

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

Yayımdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Hüseyin Özbek

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Fahrettin Demirağ

Yargıtay Onursal Başkanı - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fazıl Sağlam

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özkes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sanem Baykal

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

*İsme göre alfabetik sıralanmıştır

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM
Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is being permanently indexed
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Müdürlüğü

Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8

06520 Balgat - ANKARA

Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312) 286 55 65

web:www. barobirlik.org.tr

e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 105 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50

Özveren Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 08. 03. 2020

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
2. Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, **özeti ve anahtar kelimeleri; Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.
- c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
4. **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken **yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale** ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, **sadece eser adı İtaliye** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
5. Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**
Örneğin: Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
6. Yazıların elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
7. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
8. Yazarın; unvan, görev yaptığı kurum, ORCID, telefon numarası, haberleşme adresi ve e-posta adresini göndermesi zorunludur.
Makalenin ilk sayfasında dipnot olarak belirtilmesi zorunlu olan bilgilerden, “makalenin gönderim tarihi”; yazının yazar tarafından, dergimizin yayın ilkelerine uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, “makalenin kabul tarihi”; yazının dergimizde yayınlanmasının yayın kurulumuzca uygun bulunarak, yazının kabul edildiği ve yazara “hakem raporlarından sonra kesinlik kazanmak üzere yazının hangi sayımızın yayın listesine alındığının” bildirildiği tarihi ifade eder.
Bu aşamadan sonra aşağıdaki maddede yer alan “hakem süreci” başlar ve her yazı, en az iki hakeme gönderilir.
9. Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmez.
Hakem/hakemler tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve “yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği” bildirilir. Bu süreç hakemin/hakemlerin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına/bulmalarına kadar devam eder.
10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
11. Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
12. Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üçer adet, hakemlere birer adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

9 Serkan YOLCU

Anayasacıların Karşılaştırma Sorunu: Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Nedir, Ne Değildir? / The Constitutionalists' Problem of Comparison: What is Comparative Constitutional Law, What is Not?

49 Coşkun KOÇ

Suçun Konusunun Yokluğu Durumunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu / The Problem of the Possibility of Attempt in the Absence of the Subject of the Crime

75 Hasan ORAL

Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanı (Türkiye Uygulamasının Avrupa Yaklaşımı Işığında Değerlendirilmesi) / Witness Statement at Tax Procedural (An Assessment of the Turkish Practise in the Light of the European Approach)

111 Süha TANRIVER

Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler / Some Considerations On Mediation as a Cause of Action

143 İpek Sevda SÖĞÜT

Roma ve Türk Hukuku'nda Aile Fideikomisi (Fideicommissum Familiae Relictum) Kavramı / The Concept of Family Fideicommissum (Fideicommissum Familiae Relictum) in Roman and Turkish Law

183 Neslihan CAN

Hasta Mahremiyeti Hakkı / The Right To Privacy Of Patient

221 Remzi DEMİR

Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar / The Reasons for the End of Poverty Support and Discussions on the Indefinity of the Poverty Support

251 Onur SARI

Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk / Liability Arising from Damages Caused by Artificial Intelligence

313 Esra TEKİN

Uluslararası Hukuk Bağlamında İklim Mültecilerinin Korunması Sorunu / Climate Refugees Problem

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Yargı Reformu çerçevesinde gerçekteştirilen en önemli düzenlemelerden biri, seri muhakeme usulünün getirilmiş olmasındır.

01 Ocak 2020 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlanan seri muhakeme usulü ile asliye cezalık işlerin önemli bir kısmını temsil eden suçlarda, avukatla temsil edilen şüphelinin, Cumhuriyet savcısıyla anlaşma yapmasına imkân sağlanmıştır.

Dava sayılarının azalmasına katkı sağlayacağı kuşkusuz olan bu değişiklikle, avukatlara on binlerce yeni iş imkânı da doğmuştur.

Burada bizi en çok ilgilendiren nokta, Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği ile hem soruşturma hem kovuşturma evrelerinde müdafii zorunluluğunun getirilmiş olmasındır.

Uygulamaya göre savcı, şüpheliye seri muhakeme usulü uygulanmasını teklif edecek, şüphelinin bunu avukat huzurunda kabul etmesi halinde, usul uygulanacaktır. Bunun üzerine Cumhuriyet savcısı, suçun alt ve üst sınırı arasında belirleyeceği temel cezadan yarı oranında indirim yapmak suretiyle önereceği yaptırımını belirleyecek, gerekirse hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını veya cezanın ertelenmesini de teklifinin kapsamına alabilecektir. Teklifin şüpheli tarafından müdafii huzurunda kabulü halinde asliye ceza mahkemesi savcılığın talepnameisini, talepnamenin kanundaki şartları içerdeğini ve hukuki nitelendirmenin doğru yapıldığını tespit ederse, aynen kabul ederek mahkumiyet hükmüne dönüştürecektir.

Bu değişiklikle birlikte daha büyük anlam kazanan konu ise CMK Ücret Tarifesine ilişkindir. Türkiye Barolar Birliği olarak yaptığımız girişimler sonucunda, CMK uyarınca baro tarafından yapılan görevlendirmelerde uygulanan ücret tarifesinde yüzde 20 artış gerçekteştirilmiştir. Elbette doğru olan CMK tarifesinin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine eşitlenmesi olacaktır.

Tarife, CMK ve ilgili yönetmelik birlikte incelendiğinde soruşturma ve asliye cezadaki duruşma için ayrı ayrı ücretlendirme yapılacağı görülecektir. Baro tarafından yapılacak CMK görevlendirmelerinde, soruşturma evresi için CMK Tarifesine göre ücret tahakkuk ettirilecektir. Talepnamenin asliye ceza mahkemesinde görüşülüp hüküm verileceği duruşmada da kural olarak aynı avukat görevlendirilecektir. Bu aşama için de CMK Tarifesine göre ayrıca bir ödeme yapılacaktır.

Kural, her iki aşamanın aynı gün içerisinde veya çok kısa sürede sonuçlandırılmasıdır.

Adalet Bakanlığının verilerine göre yaklaşık 180.000 dosyada seri muhakeme usulünün uygulanması beklenmektedir. O halde bir yılda yaklaşık 360.000 CMK görevlendirmesi zorunlu olarak yapılacaktır. Bu, ekonomik sıkıntı içinde olan binlerce genç meslektaşımız için çok önemli bir destektir.

Nitekim, barolarımızdan gelen bilgiler, toplam CMK görevlendirmeleri ve ödemelerindeki artışı somut bir şekilde ortaya koymaktadır.

Uygulama bir başka yönüyle de ceza avukatlığında kalitenin yükselmesine katkı sağlayacaktır. Bununla birlikte meslek içi eğitimlerde ceza avukatlığına daha fazla ağırlık verilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Türkiye Barolar Birliği Eğitim Merkezimiz bu tespit doğrultusunda, eğitim programına "Seri Muhakeme Usulü"nü bir başlık olarak eklemiştir.

Bir avukat ve ceza hukuku akademisyeni olarak, barolarımızın talepleri doğrultusunda, meslektaşlarımızın bulunduğu illere giderek bu eğitimin verilmesine katkıda bulunuyor olmaktan ayrıca mutluluk duyduğumu ifade etmek isterim.

Saygılarımla.

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

ANAYASACILARIN KARŞILAŞTIRMA SORUNU: KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKU NEDİR, NE DEĞİLDİR? THE CONSTITUTIONALISTS' PROBLEM OF COMPARISON: WHAT IS COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW, WHAT IS NOT?

Serkan YOLCU*

"HAMLET: Şu buluta bak, deveye benzemiyor mu biraz?

POLONIUS: Vay canına, tıpkı deve gerçekten!

HAMLET: Bence sansara benziyor.

POLONIUS: Evet, sırtı, sansar sırtı.

HAMLET: Yoksa balina mı?

POLONIUS: Çok benziyor balinaya".

– Shakespeare, Hamlet, III. Perde, II. Sahn

Özet: Türkiye’de kamu hukuku ve özel olarak anayasa hukuku alanında karşılaştırmalı araştırmalara duyulan ilgi oldukça sınırlı kalmış, karşılaştırmalı anayasa hukuku müstakil bir inceleme alanı olarak görülmemiştir. Oysa karşılaştırmalı anayasa hukuku dünya çapında hızla akademik kimliğini pekiştirmekte, bu disiplindeki akademik birikim her geçen gün artmaktadır. Bu çalışma Türk hukukundaki ilgi eksikliğine dikkat çekmeyi ve karşılaştırmalı anayasa hukukunun tarihsel gelişim çizgisini takip ederek onu kavramsallaştırmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla makalenin temel motivasyonu, tarihsel süreç ekseninde karşılaştırmalı anayasa hukukunun çağdaş kimliğini belirlemektir. Bunun için karşılaştırmalı anayasa hukukunun kurucu dinamikleri ve ayırt edici özellikleri açıklanmaktadır. Çalışmanın sonunda Türk anayasa hukuku doktrininin artık karşılaştırmalı anayasa hukukunu müstakil bir hukuk bilimi dalı olarak kabul etmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Karşılaştırma, Karşılaştırmalı Hukuk, Anayasa Hukuku, Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku, Türk Anayasa Hukuku

Abstract: In Turkey, the interest in comparative research in the field of public law and constitutional law in particular has remained quite limited and comparative constitutional law has not been accepted as a distinct discipline. However, comparative constitutional

* Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, serkan.yolcu@ieu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2951-4406, Makalenin Gönderim Tarihi: 05.08.2019, Kabul Tarihi: 05.08.2019

law is rapidly reinforcing its academic identity around the world and academic knowledge in this discipline is increasing day by day. This study aims to draw attention to the lack of interest in Turkish law and to conceptualize comparative constitutional law by following its historical development. Therefore, the main motivation of the article is to determine the contemporary identity of comparative constitutional law on the axis of historical process. For this reason, the constituent dynamics and distinctive features of comparative constitutional law are explained. At the end of the study, it is emphasized that the Turkish constitutional law doctrine should start to accept comparative constitutional law as an independent branch of legal science.

Keywords: Comparison, Comparative Law, Constitutional Law, Comparative Constitutional Law, Turkish Constitutional Law

GİRİŞ

Kamu hukukçuları arasında kendi ülkelerinin hukuk sistemleri dışında diğer hukuk sistemlerinde olup bitene merak duyan en önemli topluluk muhtemelen anayasa hukukçularıdır. Gerçekten de dünya genelinde son birkaç on yılda anayasa hukukçularının yaptıkları araştırmaların ve ürettikleri eserlerin ortak noktasının “karşılaştırmalı” bakış açısı olduğu gözlemlenmektedir. Bir diğer ifadeyle anayasa hukukçuları, ulusal anayasal olgu, kurum ya da kuralları analiz ederken üzerinde çalıştıkları anayasal düzeninin diğer anayasal düzenler ile benzerlik ya da farklılıklarını tespit etmeye ve bundan birtakım normatif tespitler çıkarmaya çalışmaktadır. Bu durum II. Dünya Savaşı sonrası anayasacılığın dünyada yaşadığı muazzam dönüşümün sonucudur. Savaş sonrası başlayan yeni anayasa yapım süreci, üçüncü demokratikleşme dalgası ile pekişmiş ve nihayet Sovyetler Birliğinin dağılması süreci ile birlikte zirveye ulaşmıştır. Bu muazzam anayasa yapım sürecinin merkezinde ise bu anayasaların müeyyidesi olarak tasarlanan anayasa mahkemeleri yer almıştır. Yeni anayasalar yeni mahkemeleri yeni mahkemeler de yeni içtihatları ortaya çıkarmıştır. Mahkemeler anayasacılığın merkezine yerleştikçe, anayasa hukuku içtihat odaklı bir alan haline gelmiş ve kaçınılmaz olarak dünya çapında hem yeni yapılan anayasalara hem de bu anayasaları yorumlayan mahkeme kararlarına yönelik akademik ilgi artmıştır. Bu ilgi “karşılaştırmalı anayasa hukuku” (*comparative constitutional law*) diye adlandırılmaktadır.

Zaman içinde karşılaştırmalı anayasa hukukunun ele aldığı konular zenginleşmiştir. Önceleri kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi ve anayasa yapımı üzerine odaklandığı görülen karşılaştırmalı anayasa hukuku incelemelerinin, son yıllarda konu çeşitliliğinin arttığı görülmektedir. Artık karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışmaları anayasa değişikliklerinden din-devlet ilişkilerine, Latin Amerika anayasacılığından Brexit'e ve İskandinav anayasa kültüründen anayasal demokrasinin küresel krizine kadar uzanan geniş bir yelpaze sunmaktadır. Dolayısıyla anayasa hukukundaki karşılaştırmalı incelemeler nitelik ve nicelik bakımından, belli başlı bir akademik disiplin meydana getirmiş, karşılaştırmalı anayasa hukuku hızla müstakil bir hukuk bilimi dalına dönüşmüştür. Bununla birlikte karşılaştırmalı anayasa hukuku araştırmalarının sayısı hızla artarken, bu disiplinin nitelikleri ve sınırları konusundaki tartışmalar da giderek alevlenmektedir.

Bu makale Türkiye'de karşılaştırmalı anayasa hukukunun müstakil bir hukuk bilimi dalı olarak kabul edilmesi gerektiğini, bunun için onu diğer disiplinlerden ayıran niteliklerini kavramsallaştırmak gerektiğini ileri sürmektedir. Karşılaştırmalı anayasa hukuku, Türkiye'de içerik ve yöntem bakımından henüz yeterince tanınmamaktadır. Türk literatüründe münhasıran karşılaştırmalı anayasa hukukunu konu edinen eser izine rastlanmıyorken, sınırlı sayıda eserdeki "karşılaştırmalı" yaklaşım ise çoğunlukla kısır bir sıralamadan öteye gitmemektedir. Dolayısıyla Türkiye'de karşılaştırmalı anayasa hukukunun bilinçli bir şekilde dikkate alındığını söylemek zordur. Türk anayasa hukuku karşılaştırmalı anayasa hukukunun yükselişine ve dönüşümüne uzak kalmış, doktrindeki karşılaştırmalı yaklaşım belirli ve tutarlı bir çerçeveye oturmamıştır. Bu bakımdan çalışmanın amacı, karşılaştırmalı anayasa hukukunun tarihsel gelişimi ve çağdaş konumu üzerine odaklanarak bu disiplinin kurucu unsurlarını tespit etmeye ve Türk anayasa hukuku doktrinin dikkatini bu tespitlere çekmeye çalışmaktadır.

Bu amaçla ilk başlıkta karşılaştırmalı anayasa hukukunun bilimsel niteliği hakkında başlangıç tespitleri yapılacaktır. İkinci başlıkta bu disiplinin tarihsel gelişimi aktarılacaktır. Üçüncü başlıkta karşılaştırmalı anayasa hukukunun gelişim süreci boyunca onun diğer disiplinler ile ilişkisini çerçeveleyen yönler üzerinde durulacaktır. Dördüncü başlıkta ise disiplinin çağdaş konumu aktarılacaktır. Nihayet sonuç kısmın-

da, Türk hukukundaki ilgi eksikliği karşısında, Türkiye’de karşılaştırmalı anayasa hukukunun müstakil bir disiplin olarak tanınması ve pekişmesi için birtakım önerilerde bulunulacaktır.

1. GENEL GÖZLEMLER

Bilimsel araştırma alanlarının önüne eklenen “karşılaştırmalı” (*comparative*) sıfatı sözlüğe göre “iki veya daha fazla bilim dalı ya da çalışma konusu arasındaki benzerlikler veya benzemezliklerin sistematik olarak gözlemlenmesini içeren” anlamına gelmektedir.¹ Bir bilim dalında karşılaştırmalı araştırma yürüten bilim insanları ise “karşılaştırmacı” (*comparatist*) olarak nitelendirilmektedir.² Karşılaştırmalı bilimsel araştırma yapmak için birçok sebep sıralanabilir. Birincisi karşılaştırma doğal bir düşünme biçimidir, ikincisi ufuk açıcı bir eylemdir, üçüncüsü etnomerkezci yaklaşımı reddeder ve nihayet kalıpların dışında çıkarak düşünebilmeyi mümkün kılar. Bunlardan ilki karşılaştırmacının aslında sadece hukuka özgü olmadığını hatırlatmaktadır. Karşılaştırmacının günlük hayatta çoğu zaman kaçınılmaz olduğu söylenebilir. Çünkü karşılaştırma yoluyla bilgi edinmek doğal bir düşünme biçimi, insan aklının doğal bir bilişsel eylemidir. Bir diğer ifadeyle karşılaştırma yapmak, insanın tabiatında olan deneysel bilgi edinme yöntemidir ve çoğunlukla da günlük hayatın olağan akışı içinde istem-siz biçimde sorduğumuz sorularla gerçekleşir.³

Günlük hayatta karşılaştırma çoğunlukla karşıtlık üzerine kurulu ve bakış açısından kaynaklanan bir eylemdir. Nesnelere ya da olguları karşılaştırmak için analogi ve metaforlar kullanmak insan yaşamının her anında gözlemlenebilir. Çünkü bir nesne, olgu ya da olayı tanımlamak aslında onu bir diğeriyle karşılaştırmak yoluyla mümkün olur.

¹ Angus Stevenson (Ed.), Oxford Dictionary of English, 3. Baskı, Oxford University Press, 2010, https://www-oxfordreference-com.ezproxy.eui.eu/view/10.1093/acref/9780199571123.001.0001/m_en_gb0167650 (Erişim: Mayıs 2019).

² Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğüne göre (<http://sozluk.gov.tr/>) “karşılaştırmacı”, karşılaştırmalı edebiyat veya dil bilimi uzmanını ifade etmektedir. Bu tanım bilimsel karşılaştırma eyleminin Türkiye’de hukuk dâhil edebiyat dışındaki disiplinler bakımından ne kadar yabancı görüldüğünü ortaya koymaktadır.

³ Jaakko Husa, “Comparison” in Research Methods in Constitutional Law: A Handbook, David S. Law & Malcolm Langford (Ed.), Edward Elgar Publishing, 2019 (yayınlanacak); Helsinki Legal Studies Research Paper No. 51, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3174643> (Erişim: Mayıs 2019), s. 2-3.

Yani karşılaştırmak, tanımlamaya içkindir. Bir kimsenin uzun, zayıf ya da koyu tenli olarak nitelemek, ancak başka kişiler ile kıyaslandığında mümkün olur. Keza bu yüzden bugünkü havayı tanımlarken bugünün dünden daha sıcak ya da gökyüzünün daha bulutlu olduğunu söyleriz. Ancak hukukta karşılaştırma bir sosyal inşa sürecidir. Hukukta karşılaştırma yapan araştırmacı bir kural, kurum ya da kararı bir diğeri ile bir ilişki içine sokar. Böylece belirli bir bağlamdaki hukuki olgunun bir diğeri ile benzer ya da ondan farklı olduğunu açıklar. Karşılaştırmalı hukukçu neyi karşılaştıracağına, nasıl karşılaştıracağına ve karşılaştırma amacının ne olduğuna karar vermek zorundadır. Bu bakımdan hukukta karşılaştırma yapmak, yabancı hukuki olgu üzerinden bilimsel veriyi araştırma, seçme, algılama, yorumlama ve değerlendirmeyi içeren bir süreçtir.⁴ Bu bağlamda geniş anlamda hukukçular için “karşılaştırma” (*comparison*), farklı olgular arasındaki benzerlik ya da benzemezlik ilişkisi kurmayı ifade eder.⁵

Anayasa hukukunun karşılaştırma bağlamındaki durumu, insanın doğal düşünme biçiminden ve hukukun genel karşılaştırma sürecinden farklı değildir. Yani anayasa hukukçuları da tıpkı herkes gibi, akademik işlerinin bir parçası olarak şu ya da bu biçimde doğal bir karşılaştırma yaparlar. Karşılaştırmak farklı konular arasındaki ilişkileri belirli bir bakış açısından incelemek ve bunlar arasındaki benzerlikler ve farklılıklar hakkında çıkarımlarda bulunmaktır. Bu bakımdan anayasa hukuku, örneğin üniter devleti tanımlayabilmek için federal devletin ne olduğunu tanımlar. Çünkü bunlar ancak birbirleri karşısında tanımlanabilirler. Dolayısıyla anayasa hukuku bakımından karşılaştırma, özünde günlük hayatta bilgi oluşturmak için yapılan sezgisel karşılaştırmadan çok farklı değildir. Bir diğer ifadeyle anayasa hukuku, tıpkı hukukun diğer dalları gibi, olgular arasındaki temel ilişkileri gözlemler. Öyleyse anayasa hukuku bağlamında karşılaştırma olsa olsa gündelik bilgi oluşturma sürecinin ileri seviyede bir uygulaması olarak görülebilir.⁶ Ancak anayasa hukukundaki karşılaştı-

⁴ Günter Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, s. viii-ix.

⁵ Nils Jansen, “Comparative Law and Comparative Knowledge” in *The Oxford Handbook of Comparative Law* (İkinci Baskı), Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 295.

⁶ Husa, “Comparison”, s. 3-4.

manın gündelik dildeki karşılaştırmadan farkı, karşılaştırmalı anayasa hukukunun başlı başına bir akademik disiplin meydana getirmesi ve karşılaştırmanın bu disiplin için özel bir anlama geliyor olmasıdır.

Öyleyse karşılaştırmalı anayasa hukukunu diğer hukuk dallarından ayırt etmek için öne çıkan anahtar kavram *disiplin*dir. Yani karşılaştırmalı anayasa hukuku bizzat bir akademik disiplindir. Peki, neden? Buna cevap verebilmek için önce “akademik disiplin” kavramına değinmek gerekir. Genel olarak, belirli bir odak noktası etrafında kümelenen araştırmaların/çalışmaların bilimsel olabilmesi için her şeyden önce bir disiplin teşkil etmesi gerektiği kabul edilir. Yani bilgi bir akademik disiplin çatısı altında üretilmelidir. Bir disiplini meydana getiren ise akademisyenlerdir. Akademisyenlerin bir disiplinin boyunduruğuna girmeyi tercih etmesinin çeşitli sebepleri olabilir. Birincisi ve belki de en önemlisi akademik disiplinin koruma sağlar. Bu yolla araştırmacılar/bilim insanları bilginin muntazam elde edildiğini ve bir sistematik düzene entegre edildiğini gösterirler. Kendi çalışma alanlarının sınırlarını öğrenir, mensubu oldukları disiplinin düzenini korumak için eğitildikleri metotları uygularlar. İkincisi akademik disiplin ekonomik değer üretir; yeni iş olanakları, unvanlar ve araştırma için finansman sağlar. Bu bağlamda bir araştırma faaliyetinin disipliner niteliği ve disiplinin sınırları, bu faaliyetin kimliğini niteleyen en önemli unsurdur. Bir akademik disipline bahsetmek, bir diğer ifadeyle, o disiplini kimliğini ifade eder.⁷

Günter Frankenberg bir akademik disiplinin ayırt edici özelliklerinin şunlar olduğunu belirtmektedir: i) belirli bir inceleme konusu, ii) birbiriyle uyumlu kuramlar, iii) bilimsel analizi tayin eden yöntemler ve iv) bilimsel bilginin yeniden üretimini ve aktarılmasını düzenleyen eğitim-öğretim programı. Zaman içerisinde bu unsurları içeren bir akademik disiplinin kuralları, sınırları ve kavrayışlarının o disiplinin kimliğini meydana getirdiğini vurgulamaktadır.⁸ Bu bağlamda bir zamanlar ulusal anayasa hukukuna kıyasla olgunlaşmamış ve çok dikkat çekmeyen bir yardımcı olarak görülen karşılaştırmalı anayasa hukuku

⁷ Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, s. 7-9.

⁸ Günter Frankenberg, “Comparative Constitutional Law” in *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Mauro Bussani & Ugo Mattei (Ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 174.

artık ön plana çıkmış ve literatürün merkezine yerleşmiştir.⁹ Bir diğer ifadeyle karşılaştırmalı anayasa hukuku artık olgunlaşmış bir disiplindir.¹⁰ Gerçekten de kapsamlı ders kitapları ve akademik derlemeler, kuram, yöntem ve içerik hakkındaki yoğun tartışmalar, araştırmalar için sağlanan mali fonlar ve hukuk eğitiminde giderek artan öğrenci ilgisi ile karşılaştırmalı anayasa hukukunun günümüzde sağlam ve enerjik bir akademik disiplin olarak kimliğini kazandığını söylemek mümkündür.¹¹ Çalışmanın bundan sonraki kısımları bu temel argümanı geçmişten günümüze uzanan bir perspektifle izah etmeye çalışacaktır.

2. KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNUN BİLİNEN ÖYKÜSÜ

Yabancı ülkelerin anayasaları üzerine çalışma geleneğinin ilk izleri antik çağa ve Aristo'nun *Politika*'sına kadar geriye götürülebilir.¹² Ancak müstakil bir akademik disiplin olarak karşılaştırmalı anayasa hukukunun ancak 20'nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren yaşanan sürecin ardından kendi kimliğini kazandığı kabul edilmektedir.¹³ Bu bakımdan, karşılaştırmalı anayasa hukuku hem çok eski hem de bir o kadar yeni bir hukuk dalıdır.¹⁴ Aristo'nun Yunan site devletlerinin anayasalarının analizi yoluyla yaptığı ideal anayasa arayışının sonraki çağlardaki karşılaştırmalı çalışmalar açısından ilham verici olduğu söylenebilir. Ancak devlet aygıtının sınırlarını çizen üstün hukuk düşüncesi ve evrensel insan hakları olgusunun henüz var olmadığı antik dönemin karşılaştırma yaklaşımı, çağdaş anayasa hukukunun karşılaştırma yaklaşımından doğal olarak belirgin biçimde farklıdır. Ancak

⁹ Michel Rosenfeld ve Andras Sajó, "Introduction" in The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, M. Rosenfeld & A. Sajó (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 1.

¹⁰ Mark Tushnet, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, 2. Baskı, Edward Elgar Publishing, Cheltenham & Northampton, 2018, s. 129. Bu kitabın ilk baskısı 2014'te, güncellenmiş ve genişletilmiş ikinci baskısı 2018'de yayınlandı; atıflar ikinci baskıya aittir.

¹¹ Günter Frankenberg, *Comparative Constitutional Studies*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s. ix.

¹² Aristotle, *Politics*, Çev. H. Rackham (Loeb Classical Library 264), Harvard University Press, Cambridge, MA, 1932. Formun Üstü Formun Altı

¹³ Heinz Klug, "Constitutionalism, Comparative" in *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, N J Smelser & P B Baltes (Ed.), Volume 4, Elsevier, Oxford, 2001, s. 2643.

¹⁴ Mark Tushnet ve Vicki Jackson, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1999, s. v.

aydınlanma düşüncesi ile birlikte ortaya çıkan modern devletin normatif çerçevesini çizen anayasacılık hareketleri sonrası görülen anayasal olgu, kurum ve kuralların karşılaştırılması çabası çağdaş anayasa hukuku ile ilişkilendirilebilir. Bu bakımdan farklı anayasal düzenleri karşılaştırarak bunlar arasındaki benzerlikler ve/veya farklılıkları anlamaya çalışan modern düşünürlerden ilk akla geleni Montesquieu'den başkası değildir. Bu bakımdan *Kanunların Ruhunu*¹⁵ çağdaş karşılaştırmalı anayasa hukuku araştırmalarının öncülü olarak görülebilir.

Bununla birlikte Montesquieu'den çok önce Machiavelli'nin de karşılaştırma yoluna gittiği bilinmektedir. Gerçekten de Machiavelli *Söylevler*'de (1517) Atina, Sparta ve Roma'nın kurumsal teşkilatını düzenleyen temel kanunlarının (anayasalarının) güçlü ve zayıf yanlarını karşılaştırmıştır.¹⁶ Ancak Machiavelli'nin karşılaştırma güdüsünün, kendinden sonraki düşünürler kadar güçlü olmadığı da bir gerçektir. Çünkü kamu hukuku ancak 16'ncı yüzyılın ortaları ile geç 17'nci yüzyılda yaşanan gelişmelerle birlikte özerk bir disiplin haline gelmiştir. Bu tarihten önce kamu hukuku Roma hukuku köklerinin ötesine geçememiştir. Gerçekten de Kıta Avrupası hukukuna yön veren özel hukuk-kamu hukuku ayrımının kökeni Roma hukukuna ve 6'ncı yüzyılda İstanbul'da hazırlanan *Corpus Iuris Civilis*'e (M.S. 530-533) kadar uzandığı bilinmektedir. Hal böyleyken doğal olarak ilk bakışta kamu hukuku antik bir kavramdır. Ancak hukukun 16'ncı yüzyıl ve sonrasındaki dönüşümü göstermiştir ki iktidar ilişkilerini hukuki çerçevede tanımlamayı ifade eden kamu hukuku tipik bir modernite olgusudur. Bir diğer ifadeyle kamu hukuku kendi tarihi özellikleri olan –ve dolayısıyla tesadüfi olmayan– bir hukuki çerçevedir. Zira Roma hukukunda *ius privatum* ile *ius publicum* arasındaki ayrım, genel hukuk kültüründe ve mahkeme kararlarında görünür değildi. On altıncı yüzyıla kadar hukuk uygulamasında asıl dikkate alınan (*ius divinum/ius humanum*, *ius civile/ius canonicum* gibi) başka ayrımlardı. Dolayısıyla kamu hukuku, paradoksal biçimde, bir yandan çağlara öncesine uzanan antik bir kavram diğer yandan ise ancak 16'ncı yüzyılın ortalarından itibaren belirginleşen çok daha yeni bir kavramdır.¹⁷

¹⁵ The Spirit of the Laws [1748].

¹⁶ Niccolò Machiavelli, Discourses on Livy (Çev. Harvey Mansfield ve Nathan Tarcov), University of Chicago Press, Chicago, 1996, 1.2, 13.

¹⁷ Bernardo Sordi, "Public Law before 'Public Law'" in The Oxford Handbook of

Kamu hukuku tarihsel olarak hukuk düşüncesinin aşkın boyuttan kurumsala dönüşmesinin bir sonucudur. Modern kamu hukuku fikri orta çağın evrensel skolastik düşüncesine karşı yerel bir uygulama olarak ortaya çıkmıştır. Bu süreçte dönemin Avrupalı düşünürlerinin hukuk algılarında belirgin metodolojik değişme gözlemlenmektedir. Bunlar Avrupa’da skolastik hukuk düşüncesini reddedip hukuka tarihsel ve karşılaştırmalı bir bakış açısı ile yaklaşmayı tercih etmişlerdir.¹⁸ Bunlar arasında özellikle Fransız düşünür Jean Bodin’in hukuk düşüncesinde yol açtığı radikal değişim modern kamu hukukunun doğumunda hayati bir rol oynamıştır. Bodin, modern kamu hukukunun kurucularındandır. Onun yazdıkları Avrupa’da kamu hukukunun gelişiminde bir paradigma değişimine yol açmıştır. Bodin’in öncülüğünü yaptığı bu paradigma değişiminin merkezinde ise, kamu hukukunu tarihsel ve karşılaştırmalı yaklaşımla ele almak yer almaktadır. Bu anlamda Bodin, sadece egemenlik teorisini kurmak ve modern devletin önündeki son engeli de ortadan kaldırmakla kalmamış, modern hukuk biliminin çalışılmasında benimsenen temel ayırımına da yön vermiştir.

Gerçekten de Avrupa’da Bodin öncesi gerçek bir kamu hukuku düşüncesi gelişmemiş, Roma hukukunun özel hukuk odaklı mirası tüm hukuk dünyasına hâkim olmuştur. Oysa on altıncı yüzyılın ortalarından itibaren Bodin ve diğer bazı düşünürler ile beraber bu durum yavaş yavaş değişmeye başlamış, özel hukukun dışında ve ondan ayrı bir kamu hukuku oluşmaya başlamıştır. Nitekim Bodin’in 1566 ve 1576 tarihli eserlerinde belirgin bir karşılaştırmalı yaklaşım benimsediği görülmektedir.¹⁹ Bunlar karşılaştırmalı araştırmadan türetilen bir modern kamu hukuku fikrini temsil eder. Bodin iyi yönetim ve ideal devlet düşüncesini kurarken, tarihsel ve karşılaştırmalı yaklaşımı benimsemişti, çünkü kamu hukuku niteliği gereği ancak farklı yönetim

European Legal History, Heikki Pihlajamäki, Markus D. Dubber ve Mark Godfrey (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 705-706.

¹⁸ Martin Loughlin, “The Historical Method in Public Law” in The Oxford Handbook of Legal History, Markus D. Dubber & Christopher Tomlins (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 983-984.

¹⁹ Method for the Easy Comprehension of History [1566], Çev. Beatrice Reynolds, Norton, New York, 1945 (1945 tarihli baskının Columbia University Press tarafından hazırlanan 1969 tarihli edisyonudur); The Six Books of a Commonweale, [1576], Arno Press, New York, 1979 (Kenneth McRae (Ed.), Harvard University Press, Cambridge, 1962 edisyonunun tıpkıbasımıdır.).

biçimlerinin kanunları, gelenekleri ve uygulamaları inceleyen tarihsel ve karşılaştırmalı yaklaşımla mümkün olabilirdi. Devlet yönetebilmek için ihtiyaç duyulan bilginin karşılaştırmalı bir yöntemle edinilmesi gerektiğini savunmuş ve fikirlerini belirgin bir karşılaştırmalı eksene oturtmuştur. Bu bakımdan Bodin tarihteki farklı yönetim sistemlerini ve hukuk uygulamalarını karşılaştırarak, modern kamu hukukunun ilk sistematik dökümünü yapmıştır.²⁰ Bu bakımdan Bodin, erken modern dönemin ilk gerçek karşılaştırmalı kamu hukuku çalışmasının sahibi olarak nitelendirilmektedir. Onun Fransız, Roma hukukundan antik Yunan ve Mısır'a, Asur ve Pers medeniyetlerinden Rusya ve İskandinavya'ya kadar uzanan bir coğrafyanın hukuk sistemlerine değindiği karşılaştırmalı yaklaşımının kendi zamanındaki en büyük yenilik olduğundan övgüyle bahsedilmektedir.²¹

Nihayet anayasaları karşılaştırma geleneğinin geç dönemdeki en bilinen uygulaması elbette Fransız ve ABD devrimleri sonrasında yaşanan anayasa yapım süreçlerinde belirmiştir. Fransa'da devrimin önderleri ve ABD Anayasasının kurucu babaları kendi anayasal düzenlerini tasarlarırken, daha önce var olmayan yeni bir devlet teşkilatı icat etmek zorunda kalmıştır. Oysa o tarihte yeryüzünde bunun için yol gösterebilecek sınırlı sayıda anayasa mevcuttu. Bu bakımdan Fransız ve Amerikan anayasa yapımcıları mevcut anayasaları inceleyip karşılaştırarak hem bunlardan ilham alıp özgün bir sonuca varmış, hem de kurucu iktidarın meşruiyetini pekiştirmişlerdir.²² Öte yandan sonraki anayasa yapım süreçlerinde de hem ABD hem de Fransız Anayasalarının özellikle Latin Amerika ve Avrupa'da yapılan diğer anayasa yapım süreçlerinde referans almıştır.²³ Gerçekten de erken on dokuzuncu yüzyılda mevcut ve önceki Fransız anayasaları ile karşılaştırma yapmak dönemin anayasa yapma sürecinin olağan bir parçası iken, Latin Amerika'daki anayasa yapım sürecinin ise sıklıkla ABD Anayasasını dikkate alarak şekillendiği de bilinmektedir.²⁴

²⁰ Loughlin, "The Historical Method in Public Law", s. 986-992.

²¹ Ran Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 118-119.

²² Rosenfeld ve Sajó, "Introduction", s. 3.

²³ Andrew Harding ve Peter Leyland, "Comparative Law in Constitutional Context" in *Comparative Law: A Handbook*, Esin Örucü & David Nelken (Ed.), Hart Publishing, Oxford & Portland, 2007, s. 325.

²⁴ Rosenfeld ve Sajó, "Introduction", s. 4.

Hukukta karşılaştırmalı bilimsel bilginin (yeniden) üretildiği akademik disiplin, karşılaştırmalı hukuk, aşağı yukarı 19'uncu yüzyılın sonundan itibaren varlığını sürdürmektedir. Geç 19'uncu yüzyıldan başlayarak karşılaştırmalı hukuk müstakil bir hukuk dalı olarak hızla gelişmiş ve özellikle 20'nci yüzyılın başından itibaren bu alanda kapsamlı bir literatür ortaya çıkmıştır.²⁵ Deyim yerindeyse karşılaştırmalı hukuk, 20'nci yüzyılda büyüme çağına giren bir 21'inci yüzyıl çocuğu olarak nitelendirilebilir.²⁶ Bu bağlamda içinde "karşılaştırmalı" sözcüğü geçen bir hukuk dalı söz konusu olunca, doğal olarak ilk akla gelen bu alanın karşılaştırmalı hukukun bir alt dalı olduğudur. Yani karşılaştırmalı hukuk ile karşılaştırmalı anayasa hukukunun yakından ilişkili olduğu makul bir varsayımdır.²⁷ Bu varsayım geniş anlamda doğrudur. Karşılaştırmalı anayasa hukuku genel olarak karşılaştırmalı hukukun bir şubesidir. Ancak karşılaştırmalı hukukun diğer şubelerine kıyasla karşılaştırmalı anayasa hukuku hem ideolojik hem de metodolojik açıdan üzerinde yoğun bir tartışma ve ihtilaf bulunan ayrıksı bir karşılaştırmalı hukuk şubesidir.²⁸

Karşılaştırmalı anayasa hukuku, en başından beri karşılaştırmalı hukukun çatısı altında yer almamıştır; karşılaştırmalı hukukun gelişim sürecinde anayasa hukukuna duyulan ilgi çok yenidir.²⁹ Bu ise karşılaştırmalı anayasa hukukunun varlık sebepleri ve kendine has dinamikleri ile açıklanabilir. Çünkü yirminci yüzyıldan itibaren kimliğini kazanan karşılaştırmalı hukuk dalı daha ziyade özel hukuk odaklıdır.

²⁵ 1900 tarihli Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Kongresi (International Congress of Comparative Law) karşılaştırmalı hukukun başlı başına bir akademik disiplin olarak gelişimindeki dönüm noktası olarak görülmektedir. Genel olarak karşılaştırmalı hukukun tarihsel gelişimi için bkz. Konrad Zweigert ve Hein Koetz, *Introduction to Comparative Law*, 3. Baskı, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 48-62.

²⁶ Esin Örucü, "Developing Comparative Law" in *Comparative Law: A Handbook*, Esin Örucü & David Nelken (ed.), Hart Publishing, Oxford & Portland, 2007, s. 43.

²⁷ Husa, "Comparison", s. 6.

²⁸ Rosenfeld ve Sajó, "Introduction", s. 2.

²⁹ Çağdaş karşılaştırmalı hukukun temel başvuru kaynaklarından biri olan *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press, Oxford, 2006) tematik konu başlıkları arasında karşılaştırmalı anayasa hukukuna da yer vermiştir. Ancak bin dört yüz küsur sayfalık bu kitabın dört yüz küsur sayfalık tematik kısmının sözleşmeler, alım -satım, haksız fiil, mülkiyet, miras, aile, şirketler, tekelleşmeyi engelleme ve medeni usul hukuku konularının yanında sadece otuz küsur sayfasının (s. 1225-1258) anayasa hukukuna ayrılması, karşılaştırmalı hukukun özel hukuk eksenli inceleme konuları yanında anayasa hukukunun ne kadar ikincil olduğunun berrak bir göstergesidir.

Yani hukuk kuraları, hukuk sistemleri ve hukuki kurumları anlamlı bir şekilde karşılaştırma çabasına kamu hukuku değil özel hukuk öncülük etmiştir. Bir başka ifadeyle modern karşılaştırmalı hukukun kuruluşu özel hukukçuların çabasına dayanır. Bu çabanın merkezinde ise uluslararası ticari menfaatler ve büyük özel hukuk kodifikasyonlarının başka ülkelere ihraç edilmesi fikri yer almaktadır.³⁰ Gerçekten de karşılaştırmalı hukukun ortaya çıkışı dünya çapında yaşanan ekonomik dönüşüm ile yakından ilgilidir. Zira karşılaştırmalı hukuk fikri egemen uluslardan meydana gelen bir dünyada ticaretin küreselleşmesinin bir sonucudur. Ticari ilişkiler genişledikçe bir ulusun hukuki aktörleri alım satım yaptıkları diğer ulusların kanunlarını ve hukuk sistemlerini öğrenmek zorunda kalmıştır. Bu ise ticaret yapan uluslar arasındaki özel hukuk sözleşmeleri için birbirinden tamamen farklı ulusal kanunları uyumlaştırmaya yönelmiştir. İşte karşılaştırmalı hukuk, geç on dokuzuncu yüzyıldan itibaren bu özel hukuk ilişkilerine ait dinamiklerle şekillenmeye başlamıştır.³¹

Kamu hukuku alanında karşılaştırmalı yaklaşımın ilk modern örnekleri ise ancak 20'nci yüzyılın ikinci yarısı ile birlikte ortaya çıkmaya başlamıştır. Çünkü tarihsel olarak kamu hukukunda karşılaştırma yapmak, niteliği gereği, özel hukukta karşılaştırma yapmaya göre daha problematik görülmüştür. Karşılaştırmalı anayasa hukuku bir akademik disiplin olarak ancak II. Dünya Savaşı sonrası belirmiştir. O zamana kadar anayasa hukuku, her ulusal hukuk sistemi için geçerli evrensel unsurlar içermemesi nedeniyle karşılaştırmalı hukukta görmezden gelinmiştir.³² Bir diğer ifadeyle anayasa hukuku, özel hukuk odaklı karşılaştırmalı hukukun gölgesinde kalmıştır. Çünkü anayasa hukukunda karşılaştırma yapmak, hukuki karşılaştırmadan ziyade daha çok siyaset biliminin bir özel alanı olarak görülmüş, kamu hukukunun hukuken karşılaştırma yapmak için anlamlı olmadığı düşüncesi egemen olmuştur.³³

Gerçekten de anayasa hukuku bu dönem boyunca özel hukuktaki gelişmelerden farklı olarak ulusal egemenlik ile ilişkilendirilmiş ve dolayısıyla bir ülkenin ulusal anayasa hukukunun diğer ülkelerinkiyle

³⁰ Rosenfeld ve Sajó, "Introduction", s. 5.

³¹ Tushnet, *Advanced Introduction*, s. 2.

³² Rosenfeld ve Sajó, "Introduction", s. 2, 5-6.

³³ Husa, "Comparison", s. 1.

bir ilgisi olabileceği fikri ulusal egemenlik düşüncesiyle bağdaşmadığından gelişmemiştir. Dolayısıyla özel hukuktan farklı olarak karşılaştırma ihtiyacı anayasa hukuku bakımından hiçbir rol üstlenmemiştir.³⁴ Bu bağlamda çağdaş anayasa hukukunda karşılaştırmalı perspektifle yürütülen araştırmalar esasen II. Dünya Savaşı sonrası şekillenen yeni dünya düzeni ve özellikle de üçüncü demokratikleşme dalgasından sonra ortaya çıkmaya başlamıştır. Soğuk savaşın bitmesiyle beraber başlayan hızlı demokratikleşme süreci, anayasa hukukunun inceleme konuları daha önce hiç olmadığı kadar benzer bir hal almış bu da anayasa hukuku alanındaki karşılaştırmayı hem kolaylaştırmış hem ilginin artmasına yol açmıştır.³⁵ Bir yazarın ifadesiyle çağdaş anayasa hukuku bir zamanlar özel hukukun hâkim olduğu karşılaştırmalı hukuk araştırmaları içinde hukuk biliminin sessiz yedek oyuncusu olmaktan çıkıp öncü bir disiplin haline gelmiştir.³⁶

Anayasa hukukunun sistematik olarak karşılaştırmalı çalışılması ancak 20'nci yüzyılın ikinci yarısında yaşanan anayasa yapımı süreciyle mümkün olmuştur. Bundan önce karşılaştırmalı anayasa hukukunun odak noktası ABD Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme içtihadı olmuştur. Ancak kuruluşundan itibaren Alman Anayasa Mahkemesi ve Kanada Yüksek Mahkemesi'nin giderek daha fazla ilgi çekmesi, ABD Anayasası'nın ve Yüksek Mahkemenin karşılaştırmalı anayasa hukukundaki hâkimiyetini kırmıştır.³⁷ En önemlisi de önce Latin Amerika'da, ardından da Orta ve Doğu Avrupa'da ve nihayet Güney Afrika'da yaşanan anayasal demokrasiye geçiş süreci, karşılaştırmalı anayasa hukukunun seyrini etkilemiş ve pekişmesini sağlamıştır.³⁸ Dolayısıyla anayasa hukukçularının, dünyanın başka yerlerindeki anayasal gelişmelere daha fazla ilgi duyması ve karşılaştırmalı anayasa hukukunun 21'inci yüzyılda diğer hukuk dalları arasında edindiği konum, bu tarihsel gelişmelerin bir sonucudur.

³⁴ Tushnet, *Advanced Introduction*, s. 3.

³⁵ Harding ve Leyland, s. 325.

³⁶ Husa, "Comparison", s. 8.

³⁷ ABD'nin küresel anayasacılık üzerindeki etkisinin giderek azaldığı ve başka aktörlerin devreye girdiği hakkında ampirik bir araştırma için bkz. David S. Law & Mila Versteeg, "The Declining Influence of the U.S. Constitution", *New York University Law Review*, Vol 87, 2012, s. 762-858.

³⁸ Mark Tushnet, "Comparative Constitutional Law" in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 1226-1228.

3. KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNUN AZ BİLİLEN ÖYKÜSÜ

Karşılaştırmalı anayasa hukuku ve karşılaştırmalı siyaset çalışmalarına göz atıldığında, ilk fark edilen bu iki alanın hem konu ve yöntem bakımından birbirinden farklı hem de birbirleriyle birçok noktada çakışan iki disiplin olduğudur. Karşılaştırmalı anayasa hukuku kaçınılmaz olarak siyaset bilimi ile yakın ilişki içindedir. Çünkü tarihsel olarak karşılaştırmalı anayasa hukuku ilk defa hukuk biliminin çatısı altında değil, siyaset bilimi ve özellikle de karşılaştırmalı siyaset disiplini çatısı altında gelişmiştir. Geleneksel olarak “karşılaştırmalı hukuk” özel hukuk odaklı bir gelişme göstermiştir. Anayasa hukuku alanındaki karşılaştırma ise daha ziyade siyaset biliminin inceleme konusu olarak görülmüş ve siyasal sistemlerin içerdikleri büyük farklılıklar nedeniyle karşılaştırmalı anayasacılığın hukukun doktriner inceleme alanı içerisinde yer alması düşüncesi uzun bir zaman benimsenmemiştir.³⁹

Karşılaştırmalı anayasa hukuku en basit ifadeyle anayasaları *hukuki* bir olgu olarak inceleyen disiplindir. Oysa karşılaştırmalı siyaset esas olarak siyasal sistemleri *sosyal* bir olgu olarak inceler. Bununla birlikte bu iki alan birbirinden bağımsız da değildir. Karşılaştırmalı siyaset siyasal sistemlerin içinde işlediği mekân ve üzerinde işlediği koşullar tanımlamak için bir hukuki olgu olan anayasaları dikkate almak zorundadır.⁴⁰ Aynı şekilde karşılaştırmalı anayasa hukuku da bir hukuki metin olan anayasaların fiilen işlediği bağlamın koşullarını açıklamak için siyaset biliminin verilerini dikkate almak zorundadır. Dolayısıyla bu iki disiplinin temel odak noktası birbirinden farklı olsa da uygulamada birbirleriyle etkileşim içinde oldukları ve birbirlerinden istifade ettikleri bilinmektedir.⁴¹ Karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışan hukukçular hukuki metinlere ve bunların yorumuna odaklanmaktayken, siyaset bilimciler gerçek durumu tespit edebilmek için anayasal hükümlerin uygulanmasına odaklanmaktadır.⁴² Bu bakım-

³⁹ Harding & Leyland, s. 324.

⁴⁰ Nitekim siyaset biliminin çağdaş temel başvuru eserlerinde anayasalara ve/veya karşılaştırmalı anayasacılığa ilişkin ayrı bir bölüm adanması bu iddiayı doğrulamaktadır. Bkz. Josep M. Colomer, “Comparative Constitutions” in The Oxford Handbook of Political Science, Robert E. Goodin (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 176-195.

⁴¹ Harding & Leyland, s. 322.

⁴² Tushnet, Advanced Introduction, s. 4.

dan hukuki olguları analiz ederken hukukçuların önce hukuk sonra iktidar üzerine düşündüğü, siyaset bilimcilerin ise önce iktidar sonra hukuk üzerine düşündükleri ve bu bağlamda karşılaştırmalı anayasa hukukunun iktidara yönelik ilgiyi hukuki analize katmaktan muazzam derecede istifade ettiği belirtilmektedir.⁴³

Karşılaştırmalı anayasa hukukunun bu niteliğini karşılaştırmalı hukukun sınır ötesi niteliğinden hareketle açıklamak mümkün. Karşılaştırmalı hukuk sadece başka ülkelere ve onların hukuk sistemlerine yapılan bir entelektüel yolculuk değil, aynı zamanda hukuk dışında tarih, felsefe ve siyaset bilimi gibi diğer disiplinlere doğru yapılan bir yolculuk için de en uygun platformlardan biridir. Karşılaştırmalı anayasa hukukunun ilk önce siyaset bilimi çatısı altında tanınması da bunun bariz örneğidir.⁴⁴ Bu bakımdan karşılaştırmalı anayasa hukukunun siyaset bilimi oryantasyonunun, hukuk ile siyaset arasındaki ilişkinin niteliğinden kaynaklandığı söylenebilir. Kamu hukuku, devletin kendi teşkilatını oluşturmasının aracı olduğu için, sadece siyasetin bir sonucu değil aynı zamanda siyaseti meydana getiren yapıcı bir unsur olarak telakki edilmiştir.⁴⁵ Doğası gereği siyaset ile kaçınılmaz bir ilişki içinde olan kamu hukuku, uzun süre siyaset bilimi ile beraber yol almıştır. Bunu anayasa hukuku ve siyaset biliminin ABD’deki ortak gelişme çizgisinde ve İngiltere’nin az bilinen karşılaştırmalı anayasacılık geleneğinde net olarak gözlemlemek mümkündür. İzleyen başlıklar disiplinin tarihine dönerek Türkiye’de az bilinen bu iki vaka-ya ışık tutmaya çalışacaktır.

3.1 Burgess: Anayasa Hukuku v. Siyaset Bilimi

Dünyanın en eski yazılı ve katı anayasa geleneğine sahip ülkesi olması itibarıyla ABD, kamu hukuku-siyaset bilimi ilişkisindeki dönüşümün en berrak gözlemlendiği modeldir. On sekizinci yüzyılda yapılan Federal Anayasa sayesinde, Amerikan hukuk fakültelerinde

⁴³ Mark Tushnet, “Saying and Doing in Comparative Constitutional Studies,” *American Journal of Comparative Law* 64, No. 1, 2016, s. 207.

⁴⁴ Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, s. 13.

⁴⁵ Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen ve Gregory A. Caldeira, “Overview of Law and Politics the Study of Law and Politics”, in *The Oxford Handbook of Political Science*, Robert E. Goodin (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 241.

anayasa hukuku müstesna bir yer edinmiştir. Ancak zamanla anayasa hukuku diğer disiplinlerin de yakın ilgisine mazhar olmuş, bu da anayasayı, hukukun inceleme alanının dışına, siyaset bilimine taşımıştır. Daha geç 19'uncu yüzyılda dahi, karşılaştırmalı anayasa hukuku karşılaştırmalı siyasetin bir uzantısı olarak görülmüştür.⁴⁶

Siyaset bilimi ABD'de ilk defa on dokuzuncu yüzyılda, anayasa hukukunun öncülüğünde bir akademik disiplin olarak belirmeye başlamıştır. Dolayısıyla anayasa hukuku ABD'de siyaset bilimi ile iç içe gelişmiştir. Çünkü siyaset biliminin aynı zamanda karşılaştırmalı anayasa hukukunun erken dönem uzmanları olan kurucu babaları, anayasal alanı politik alandan ayrı bir form değil, onun bir uzantısı olarak görmekteydiler.⁴⁷ Bu sürecin en önemli isimlerinden ve ABD'nin ilk siyaset bilimi bölümünün kurucusu John William Burgess'tir. John Burgess, tarih eğitimi aldıktan sonra başladığı Columbia Hukuk Fakültesi'ni hastalık yüzünden yarıda bırakmak zorunda kalınca, özel bir ofiste hukuk eğitimini tamamlamıştır. Daha sonra Burgess 1871'de doktora yapmak için Almanya'ya gitmiş, orada çeşitli üniversitelerde devlet teorisi (*Staatswissenschaft*) üzerine doktora çalışmalarını sürdürmüştür. İki yıl sonra ABD'ye geri dönmüş ve 1876'da Columbia Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyesi olmuştur. Ancak onu karşılaştırmalı anayasa hukuku bakımından asıl önemli kılan, ABD'de bir akademik disiplin olarak siyaset bilimi disiplininin kurucu babalarından biri olmasıdır. Çünkü Burgess 1880'de Columbia Üniversitesi'nde açılan Amerikan tarihindeki ilk siyaset bilimi bölümünün kurucusudur.⁴⁸ Burgess'in öncülüğünde Columbia Üniversitesi ilk önce Siyaset Bilimi Okulu olarak kurulan bu ünite, daha sonra Siyaset Bilimi Bölümüne dönüşmüştür. Bölümün önemli departmanlarından biri de kamu hukukudur. Ülkenin ilk siyaset bilimi doktora programını da barındıran Columbia'da yazılan ilk siyaset bilimi doktora tezlerinin yoğun olarak hukuk tarihi ve özellikle anayasa tarihi odaklı olduğu belirtilmektedir.⁴⁹

⁴⁶ A. E. Dick Howard, "A Traveler from an Antique Land: The Modern Renaissance of Comparative Constitutionalism", *Virginia Journal of International Law*, Cilt 50, No. 1, 2009, s. 8.

⁴⁷ Hirschl, *Comparative Matters*, s. 154.

⁴⁸ Ayrıca Burgess ABD'nin en eski siyaset bilimi dergisi olan *Political Science Quarterly*'nin (1886) de kurucusudur. (Hirschl, *Comparative Matters*, s. 154) Bkz. <https://www.psqonline.org/History.cfm> (Erişim: Mayıs 2019).

⁴⁹ Whittington, Kelemen ve Caldeira, s. 242-243.

Columbia Üniversitesi Siyaset Bilimi Bölümü, esasen 1872’de Paris’te açılan öncülü École Libre des Sciences Politique’i (bugün bilinen adıyla Sciences Po) örnek almıştır. Burgess’den önceki Fransız ekolüne mensup Amerikalı isimler tarafından da siyaset bilimi eğitimi için model alınması gerektiği tavsiye edilen Sciences Po’nun, Alman ekolü hayranı Burgess’in de ilgisini çektiği ve Columbia Siyaset Bilimi Bölümünün ders programının Avrupalı öncüsü ile büyük bir ölçüde paralel olduğu belirtilmektedir.⁵⁰ Burgess’in başında olduğu ABD’nin bu ilk siyaset bilimi bölümünün üç yıllık öğretim programında, anayasa tarihi ve karşılaştırmalı anayasa hukuku dersleri yer almaktadır.⁵¹ Alman devlet teorisi ekolünün büyük etkisi altındaki Burgess, devletin insan aklının tarih yoluyla ilerlemeci bir dışa vurumunun ürünü olduğunu, bu bağlamda siyaset biliminin görevinin tarihsel gerçekleri bilimsel sonuçlar şeklinde düzenlemek ve bu gerçeklerde henüz gerçekleşmemiş siyasi idealleri ayırt etmek olduğunu düşünmekteydi. Ona göre bu idealler, sonunda kanunlar ve kurumlara dönüşüyordu. Bu nedenle Burgess öğretim programını siyasi ve hukuki kurumlar etrafında tasarlamış ve hepsini tarihsel bir bakış açısı ile ele alıp modern siyasi kurumları karşılaştırmalı incelemeye odaklanmıştır.⁵² Nitekim karşılaştırmalı anayasa hukuku, ilk önce Burgess’in tasarladığı siyaset bilimi eğitiminin bir parçası olarak belirlemiştir. Columbia Üniversitesi Siyaset bilimi bölümünün 1890-1891 eğitim öğretim yılı ders kataloğunda, iki farklı karşılaştırmalı anayasa hukuku yer aldığı, bunlardan birinde⁵³ İngiltere, Fransa ve Almanya ile ABD’nin federal anayasal düzenlerini karşılaştırmalı biçimde inceleyerek bu farklı hukuk sistemlerinin ortak kamu hukuku ilkelerinin genelleştirmeye çalışıldığı, diğer derste⁵⁴ ise aynı amaçla ABD’nin o dönemki otuz sekiz eyaletinin federe anayasal düzenlerinin karşılaştırmalı olarak ele alındığı görülmektedir.⁵⁵

⁵⁰ Robert Adcock, *Liberalism and the Emergence of American Political Science: A Transatlantic Tale*, Oxford University Press, New York, 2014, s. 118-120.

⁵¹ John W. Burgess, “The Study of The Political Sciences in Columbia College”, *The International Review*, Vol. XII, April 1882, s. 346-351, <https://archive.org/details/internationalrev12newy/page/347> (Erişim: Mayıs 2019), s. 348.

⁵² Dorothy Ross, *The Origins of American Social Science*, Cambridge University Press, New York, 1991, s. 71.

⁵³ Dersin adı: “Comparative Constitutional Law of the Principal European States and of the United States”

⁵⁴ Dersin adı: “Comparative Constitutional Law of the Several Commonwealths of the American Union”

⁵⁵ Columbia University School of Political Science, *Circular of Information 1890-*

John Burgess, Columbia’da siyaset bilimi bölümünün kurulmasından on yıl sonra, ilk sistematik karşılaştırmalı anayasa hukuku incelemelerinden birini yayınlamıştır.⁵⁶ Burgess, kitabının en önemli özelliğinin kullandığı “karşılaştırmalı” yöntem olduğunu vurgulamaktadır. Burgess kendisinden önce başka kıtalarda bu yönde girişimler bulunmakla birlikte Amerika için karşılaştırmalı yöntemin yeni olduğunu belirtir ve kitabını, “doğa bilimleri alanında çok üretken olan [karşılaştırmalı] metodu, siyaset bilimi ve hukuk bilimine uygulama girişimi” olarak nitelendirmektedir.⁵⁷ Burgess, anayasa hukukunun en önemli veçhelerinden birini meydana getiren anayasa yapımını, hukuki değil siyasi bir süreç olarak nitelemektedir. Nitekim kitabının siyaset bilimi kısmının üçüncü bölümünde anayasa yapımı konusunu incelerken, bu konuyu neden kitabın “anayasa hukuku” kısmında değil de “siyaset bilimi” kısmında işlediğini izah etmek için Burgess şöyle yazmaktadır:

“İlk bakışta, bu konuyu [anayasa yapımı] kitabın Anayasa Hukukuna ayrılan kısmı yerine, Siyaset Bilimi kapsamında ele almam biraz şaşırtıcı gelebilir. Ancak [b]ir anayasanın oluşumu nadiren mevcut hukuka göre ilerler. Tarihsel ve devrimci güçler, bu işteki daha belirgin ve önemli faktörlerdir. Bunlar hukuki yöntemlerle ele alınamaz. Buna kalkılırsa, hatalı ve bazen tehlikeli sonuçlara ulaşılabilecektir.”⁵⁸

Dahası Burgess anayasa yapımı konusunda karşılaştırdığı ülkeleri belirlerken neden sadece ADB, İngiltere, Fransa ve Almanya’yı seçtiğini açıklamak için önce çalışmasının ansiklopedik değil, sistematik olduğunu vurgulamaktadır. Ardından bu anayasaların o dönemki gelişmiş anayasacılık türleri olduğunu, farklı ülke anayasalarından kamu

1891, New York, s. 16, <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uiuo.ark:/13960/t7gq85s8k;view=2up;seq=1> (Erişim: Mayıs 2019).

⁵⁶ John W. Burgess, *Political Science and Comparative Constitutional Law*, Ginn & Company, Boston/London, 1890. (<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.32044054584347;view=1up;seq=3>) (Erişim: Mayıs 2019). Bu eser iki kısımdan oluşmaktadır, ilk kısım siyaset bilimi, ikinci kısım karşılaştırmalı anayasa hukuku başlığını taşımaktadır. Kitap iki ciltten oluşmaktadır. İlk cildin bir kısmı ve ikinci cildin tamamı karşılaştırmalı anayasa hukuku kısmına ayrılmıştır. Hirschl, Burgess’ten önce yayınlanmış ve karşılaştırmalı anayasa hukukuna adanmış ilk kitabın şu olduğunu aktarmaktadır: William W. Crane & Bernard Moses, *Politics: An Introduction to the Study of Comparative Constitutional Law*, 1884. (Comparative Matters, s. 154)

⁵⁷ Burgess, *Political Science and...*, s. vi.

⁵⁸ Burgess, *Political Science and...*, s. 90.

hukukunun genel ilkeleri çıkarılacaksa, genelleme için en az kusursuz sistemlere güvenilmesi gerektiğini ve daha önemsiz ve atipik örnekleri dikkate alamamak gerektiğini belirtmektedir.⁵⁹ Elbette Burgess'in hangi ülkenin daha gelişmiş, hangi örneğin daha önemsiz ya da daha az kusurlu olduğuna ilişkin tespiti muğlak ve eleştiriye açıktır. Ancak Hirschl'in belirttiği gibi, 19'uncu yüzyılın henüz sonlarında karşılaştırmalı anayasacılık çalışan bir siyaset bilimcinin, araştırmasında kullanacağı örneklerin seçimi ve araştırma tasarımı sorununa odaklanması, karşılaştırmalı anayasa hukukunun çağdaş kimliği bakımından dikkat çekicidir.⁶⁰

3.2 Dicey: Saklı Kalmış Karşılaştırmacılık

Anayasa hukukunda karşılaştırmalı yöntemi kullanan Atlantik'in diğer tarafındaki erken dönem bir diğer önemli isim ünlü İngiliz hukukçu A. V. Dicey'dir. Dicey (1835-1922) İngiliz anayasacılığının akla gelen ilk ve belki de en önemli ismidir. Öte yandan Dicey İngiliz kamu hukukçularının hem en çok eleştirdiği hem de kendisinden en çok istifade ettiği isim olması bakımından, anayasa hukukunu doktrinini domine eden bir isimdir. William Blackstone ile birlikte Dicey, İngiltere hukuk literatüründe en çok atıf alan isimlerindedir. Onun İngiltere anayasal düzeni üzerine yazdıkları, sadece İngiliz anayasa hukukunun gelişiminde çok büyük bir dönüm noktası yaratmakla kalmamış, İngiltere'de anayasa kuramını baştan şekillendirmiştir. Yakın zamana kadar Dicey daha çok Anglosakson hukuk sistemi üzerindeki araştırmalar açısından önem arz ediyordu. Zira Birleşik Krallık hukukunun uzun süre hüküm sürdüğü, eski İngiltere sömürgesi pek çok ülkede, anayasacılığın gelişiminde İngiliz hukuk kuramının ve dolayısıyla Dicey'nin çok büyük etkisi görülmektedir. Dolayısıyla Dicey, *common law* hukuk sistemine ait birçok ülkenin ulusal anayasa hukukçuları tarafından uzun zamandır dikkate alınan bir isimdir.

Kuşkusuz Dicey'nin en meşhur eseri ilk baskısı 1885'de yapılan *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* başlıklı kitabıdır. Kitabın yeni ve daha uzun bir giriş kısmı ile birlikte sekizinci baskısı 1915'te yayınlanmıştır. Ancak Dicey'nin anayasa hukuku açısından

⁵⁹ Burgess, *Political Science and...*, s. 90-91.

⁶⁰ Hirschl, *Comparative Matters*, s. 155.

önemi, onun yalnızca birkaç yıl önce yayınlanan “karşılaştırmalı anayasacılık” dersleri sayesinde başka bir boyut kazanmıştır. Dicey’nin 19’uncu yüzyılın sonu ve 20’nci yüzyılın başında Oxford, Londra ve ABD’de verdiği karşılaştırmalı anayasa hukuku derslerine ait notları ancak 2013 yılında bir araya getirilebilmiştir.⁶¹ Bir asırdan uzun bir süre sonra bir araya getirilen yayınlanmamış bu ders notları, Dicey’nin başladığı ancak bitiremediği bir karşılaştırmalı anayasa hukuku kitabı taslağının parçalarıdır. Oxford Üniversitesindeki kariyeri boyunca Dicey, önce 1895 ile 1900 yılları arasında daha sonra da emekli olmadan önce birkaç yıl boyunca (1905-1908) çeşitli karşılaştırmalı anayasa hukuku dersleri vermiştir. Bu dersler arasında Dicey’nin ABD ziyareti öncesi ve sonrası belirgin bir farklılık olduğu gözlemlenmektedir. İlk kez 1898’de Harvard Üniversitesinin daveti üzerine ders vermek için ABD’ye seyahat etmeden önce Dicey’nin karşılaştırmalı anayasa hukuku derslerinin İngiliz anayasacılığı odaklı olduğu, buna karşın ABD ziyaretinden iki yıl sonra bu derslerin İngiltere ekseninden uzaklaştığı ve daha genel bir karşılaştırmalı anayasa hukuku nosyonuna kavuştuğu belirtilmektedir. Bu ders notlarını kitaba dönüştürmek istediği dile getiren Dicey, planladığı kitaba da *Karşılaştırmalı Anayasacılık* başlığını uygun görmüştür. Ancak Dicey karşılaştırmalı anayasacılık ders notlarını hiçbir zaman kitaplaştırmamış, onun yerine diğer dersleri üzerine yoğunlaşmayı tercih etmiş ve bunları yayınlamıştır.⁶²

Bir asır sonra Dicey’nin karşılaştırmalı anayasacılık dersleri basıldığında (2013), karşılaştırmalı anayasa hukuku Dicey’nin zamanının çok ötesinde yeni bir kimlik kazanma yolunda hızla ilerlemekteydi. Nitekim Dicey’nin ders notlarını bir araya getirerek yayına hazırlayan editör, bu derslerin anayasa tarihi açısından sahip oldukları değer yanında, kaleme alınmalarından çok uzun zaman sonra yeniden yükselişe geçen karşılaştırmalı anayasa hukukunun öncü girişimlerinden biri olduğunu vurgulamaktadır.⁶³ Gerçekten de Dicey’nin bu dersleri ver-

⁶¹ A.V. Dicey, *Lectures on Comparative Constitutionalism*, J. W. F. Allison (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2013.

⁶² Allison, “Editor’s Introduction” in Dicey, *Lectures on Comparative Constitutionalism*, s. vi-viii. Dicey’nin yayına dönüştürmeyi tercih ettiği eser şudur: *Lectures on the Relation Between on Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century*, Macmillan, London, 1905.

⁶³ Allison, “Editor’s Introduction” in Dicey, *Lectures on Comparative Constitutionalism*, s. xv.

diği yıllarda, dünyada karşılaştırmalı anayasa hukuku eksenli yayınlar hala istisnaydı.⁶⁴ Dolayısıyla yukarıda zikredilen çağdaş Burgess gibi Dicey'nin karşılaştırmalı anayasa hukuku nosyonu da, disiplinin bugünkü konumunu daha iyi kavrayabilmemizi sağlayacak önemi haizdir.

On dokuzunu yüzyılın sonu ile yirminci yüzyılın başlarında bugüne kıyasla çok sınırlı imkânlarla yapılan bu inceleme bugüne birçok açıdan ışık tutmaktadır. Özellikle Dicey'nin bu derslerde benimsediği metot, çağdaş karşılaştırmalı anayasa hukuku açısından büyük bir önem taşımaktadır. Dicey derslerinde İngiltere, Fransa, Prusya (Alman İmparatorluğu) ve ABD anayasal sistemlerini karşılaştırmıştır. Ancak bunu yaparken farklı anayasacılık tiplerini anayasal düzenlemelerin sosyal ve tarihsel koşullarını dikkate alan bir yaklaşımla ele almış, karşılaştırmalı ve tarihsel bir bağlam kullanmıştır.⁶⁵ Nitekim Dicey ilk derslerinin girişinde konuya yaklaşımını açıklarken, anayasaları çalışmanın *analitik, tarihi ve karşılaştırmalı* olmak üzere üç yöntemi olduğunu yazar. Buna göre Dicey anayasa hukukunda karşılaştırma yaklaşımını “mevcut kurumları ya da kanunları ... bir zamanlar var olan veya halen varlığını sürdüren benzer kurumlar ya da kanunlar ile karşılaştırmak suretiyle açıklamak” şeklinde tanımlamaktadır. Dicey'ye göre karşılaştırma örneğin I. Charles dönemi ile Kraliçe Victoria dönemi anayasası arasındaki gibi tarihsel olabileceği gibi, Britanya Parlamentosu ile ABD Kongresini karşılaştırmaktaki gibi tarihsel olmayabilir de. Ona göre anayasaların karşılaştırılması geçmiş ya da şimdiki zamana doğrudan bağlı değildir. Aksine sadece gerçekten var olan olgular değil, tarihsel olarak gerçekte hiç var olmamış ve fakat filozofların ya da şairlerin fantezileriyle üretilmiş hayali kurumlar dahi karşılaştırmaya konu edilebilir.⁶⁶

Öte yandan Dicey karşılaştırmalı yöntemin anayasa araştırmalarına muazzam katkıları olduğunu belirtir. Birincisi karşılaştırmalı yön-

⁶⁴ Hukuki pozitivistizmin baskın etkisi altındaki bu dönemde, Georg Jellinek, Adhemar Esmein, Leon Duguit, Edouard Lambert ve James Bryce gibi isimlerde karşılaştırmalı anayasacılığın ilk izlerinin görüldüğü belirtilmektedir. Hirschl, *Comparative Matters*, s. 156; Rosenfeld ve Sajó, “Introduction”, s. 4-5.

⁶⁵ Allison, “Editor’s Introduction” in Dicey, *Lectures on Comparative Constitutionalism*, s. xxi.

⁶⁶ Dicey, *Lectures on Comparative Constitutionalism*, “Introduction”, s. 6.

tem kendi anayasal kurumlarımızın daha önce fark edemediğimiz yönlerine dikkatimiz çeker. İkincisi Dicey'ye göre karşılaştırmalı yöntem araştırmacıyı farklı anayasalar arasındaki benzerlikleri ve benzemezlikleri keşfetmeye yönlendirir, böylelikle de anayasaları yeni ilkelere göre yeniden sınıflandırabilmeyi mümkün kılar. Üçüncüsü karşılaştırmalı yöntem kendi anayasamız ya da başka anayasalar üzerindeki araştırmaya rehberlik edecek genel sonuçlar sunar. Bu genel sonuçlar, örneğin, anayasal düzenlemelerin gerçek önemini ortaya koyar.⁶⁷ Nihayet Dicey sadece kurumlar ya da kanunları karşılaştırmaktan ziyade, siyasi düzenlemeleri belirleyen kavramları veya fikirleri karşılaştırmının daha verimli olduğunu belirtmektedir. Nitekim derslerinde "anayasanın ruhu" (*spirit of constitution*) kavramını vurgulaması da bu düşüncesinin bir sonucu olarak görülebilir. Gerçekten de Dicey, karşılaştırmalı anayasa hukuku derslerinin bir kısmında kurumları/kuralları açıklamak için onların ruhuna eğilmek gerektiğini vurgulamıştır. Dicey, anayasanın ruhunun muğlak ve tanımlanması çok güç bir kavram olduğunu kendisi de itiraf etmekte, ancak buna rağmen, bu tercihi ukalalık gibi görünmesi pahasına, diğer terimlere göre daha uygun olduğunu düşündüğü için onu kullanmaktan imtina etmeyeceğini belirtmektedir. Kurumların ruhunun onların yaptığı işin subjektif tarafı olduğunu belirten Dicey, ruh teriminin muğlaklığını asgarîye indirebilmek için, bunu en görünür olduğu bir örnek olan İngiliz anayasasının Kral III. George dönemi (18'inci yüzyıl sonu) ile Kraliçe Victoria dönemindeki (19'uncu yüzyıl sonu) farklarını açıklamak için kullanmıştır.⁶⁸ Bu iki dönemin anayasacılığını karşılaştırmının neden gerekli olduğunu açıklarken Dicey şöyle yazmaktadır:

"III. George döneminde, diyelim ki 1787'de, var olan anayasayı şu andaki, 1897'de, anayasa ile karşılaştıran biri benzerlikleri abartma ve bazı önemli fakat daha az belirgin farklılıkları görmezden gelme tehlikesi ile karşı karşıyadır. 1787'de anayasa şeklen bugünkü ile çok benzerdi. ... [1787'de] hem şeklen hem de gerçekte İngiltere'de parlamenter hükümet sisteminin kurulmuş olması ve anayasal gelişmenin kesintisizliği bir öğrenciyi III. George zamanındaki anayasacılığın günümüzün anayasacılığı olduğunu düşünmeye teşvik etmektedir. Oysa

⁶⁷ Dicey, Lectures on Comparative Constitutionalism, "Introduction", s. 7, 11, 13.

⁶⁸ Dicey, Lectures on Comparative Constitutionalism, "English Constitutionalism under George III", s. 70.

yüzeğin biraz altına bakan herkes burada, başka yerlerdeki gibi, sürekliliğin kimlikten tamamen farklı bir şey olduğunu ve hem şeklen hem de ruhen George [dönemi] anayasasının Victoria [dönemi] anayasasından farklı olduğunu hissedecektir. Amacımız gerçek benzerliklerin ve hatta kimliğin, ve de önemli farklılıkların neler olduğunu... açığa kavuşturmak olmalıdır.”⁶⁹

Dicey'nin anayasasının ruhu hakkındaki bu akıl yürütmesi, kullandığı karşılaştırmalı yöntemle özel bir önem yüklemiştir. Dicey'nin karşılaştırmacılığı zamanının çok ötesindedir. Dicey'nin İngiliz anayasacılığının yaşadığı derin dönüşümü şekli kuralların ve kurumların ötesine geçerek izah etmek için referans aldığı anayasasının ruhu kavramı, bir asır sonra başka bir isimle yeniden vücut bulmuştur. Dicey'nin *ruh* adını verdiği şeyin, çağdaş karşılaştırmacıların sıklıkla başvurduğu *kültür* kavramına denk geldiği söylenebilir. Gerçekten de 1990'ların başından itibaren hukukun kültür ile ilişkisine yönelik ilgi karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında çok daha belirgin hale gelmiştir. Özellikle de “hukuk kültürü” (*legal culture*) kavramı karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının niteliği ve amacı üzerindeki tartışmalarda önemli bir yer edinmiştir.⁷⁰ En genel ifadeyle hukuk kültürü, hukuk temelli sosyal davranışların ve tutumların nispeten istikrarlı örüntülerini açıklamanın bir yolu olarak görülebilir.⁷¹ Karşılaştırmalı hukuk bakımından ise hukuk kültürü kavramı, hukukun (kurallar, uygulamalar, kurumlar, doktrinler, vb.) bir tür daha geniş bir kültürün içine gömülü olarak ele alınması gerektiği anlamına gelir. Dolayısıyla karşılaştırmalı hukukta hukuk kültürü kavramı kullanmak hukuk kurallarından çok daha fazlasının karşılaştırmaya tabi tutulması gereğine işaret eder.⁷²

Karşılaştırmalı hukuk teorisinde gözlemlenen hukuk kültürü tartışmaları, karşılaştırmalı anayasa hukuku bakımından özel bir anlam kazanmaktadır. Dicey'nin kullandığı anayasasının ruhu kavramı, gü-

⁶⁹ Dicey, *Lectures on Comparative Constitutionalism*, “English Constitutionalism under George III”, s. 62.

⁷⁰ Roger Cotterrell, “Comparative Law and Legal Culture” in *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2. Baskı) Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 710.

⁷¹ David Nelken, “Defining and Using the Concept of Legal Culture” in *Comparative Law: A Handbook*, E. Özücü and D. Nelken (Ed.), Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 113.

⁷² Cotterrell, “Comparative Law and Legal Culture”, s. 711.

nümüzdeki anayasa kültürü (*constitutional culture*) kavramını hatırlatmaktadır. Tam ve üzerinde uzlaşmış bir tanım yapmak zor olsa da, anayasa kültürü geniş anlamda hem yurttaşlar ile devlet arasındaki hem de devletin kurumları arasındaki ilişkileri düzenleyen temel ilkeleri ifade eden ve anayasa metni, kurumsal araçlar (mahkemeler ya da medya gibi) ya da toplumsal hareket aktörlerinde yansıması görülen normlar ve değerler bütünü olarak tanımlanabilir.⁷³ Genel olarak anayasacılığa bağlılık için anayasa kültürünün gerekli olduğu kabul edilir. Çünkü anayasacılık normların ve anayasa yorumlarının karmaşık bir toplamıdır. Bu yüzden her türlü anayasacılık biçimi bir anayasa kültürüne atfedilir. Bu bağlamda anayasa kültürü, belirli bir toplumun çoğunluğunun (en azından zımnen) kabul ettiği ve anayasal düzen tesis etmek için kullandığı yorumlayıcı normlar ve uygulamalar ağını ifade eder ve anayasal devleti anayasalı devletten ayıran bir olgudur.⁷⁴ Anayasa kültürü bir anayasal düzenin anayasal kimliğini meydana getirir. Hukuk sistemleri, kültürel bir alt tabaka içerir ve hukukun üst tabakası onu belirleyen alt tabakalarla ilişki içindedir. Anayasa hukuku sadece yüzey seviyesindeki bileşenlerden (şekli anayasa normlarından) ibaret değildir, aynı zamanda çeşitli kuramlar, kavramlar ve ilkelerle de ilgilenir. Bu kuram, kavram ve ilkeler anayasa kültürünün temel bileşenleridir. Bu bakımdan anayasa kültürü tamamen hukuki değildir, anayasanın siyasal niteliği anayasa kültürünü de zorunlu olarak siyasetin de inceleme konusu haline getirir. Siyasal kültür de anayasal kültür bileşenleri içerir. Dolayısıyla anayasa kültürü sadece hukukla izah edilemez, çünkü anayasa hem hukuk sisteminin hem de niteliği gereği siyasal sistemin bir parçasıdır.⁷⁵

Elbette anayasanın ruhu, metafizik bir kavramdır. Ancak Dicey'nin kendi zamanında bu kavramı bilinçli olarak karşılaştırmalı anayasa hukuku derslerinde tercih etmesi, anayasal kurumları ve kuralları yapay bir karşılaştırmaya tabi tutmanın ötesine geçmek istemesinin ve

⁷³ David Schneiderman, "Property Rights and Regulatory Innovation: Comparing Constitutional Cultures", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 4, No. 2, 2006, s. 374.

⁷⁴ Bkz. John Ferejohn, Jack N. Rakove ve Jonathan Riley, "Editors' Introduction" in *Constitutional Culture and Democratic Rule*, J. Ferejohn, J. N. Rakove ve J. Riley (Ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2001, s. 1-38.

⁷⁵ Kaarla Tuori, "Introduction to the Theme: Constitutional Identity", *Retfaerd* 37, No. 4/147, 2014, s. 3-5.

bunların altında yatan dinamikleri ve bunlara karşı yöneltilen sosyal davranışları kavrama çabasının bir sonucu olarak görülmelidir.⁷⁶ Ran Hirschl bu çabanın erken 20'nci yüzyıl ile 21'inci yüzyılda gözlemlenen karşılaştırmalı anayasa hukuku incelemeleri arasındaki derin epistemolojik farkın açık bir örneği olduğunu belirtmektedir.⁷⁷ Dolayısıyla Dicey'nin karşılaştırmalı anayasa hukuku derslerinde anayasa kültürünü başka bir kavramla da olsa odağına alması, Burgess'te de görülen kamu hukuku-siyaset ilişkisinin bir diğer tezahürüdür ve çağdaş karşılaştırmalı anayasa hukuku disiplininin sınır ötesi niteliğini çağdaşı Burgess gibi bütün açıklığıyla yansıtmaktadır.

4. GÜNÜMÜZDE KARŞILAŞTIRMANIN DAYANILMAZ CAZİBESİ

Bu başlığın amacı karşılaştırmalı anayasa hukukunun çağdaş konumunu tasvir etmektir.⁷⁸ Bunun için disiplinin güncel durumuna dair bir tespit yapılacaktır. Yukarıda izah edildiği gibi anayasa hukuku alanındaki sistematik karşılaştırmalı incelemelerin -diğer hukuk dallarına kıyasla- çok uzun bir geçmişi yok. Ancak anayasa hukukçularının tarihin bir döneminden itibaren, büyük bir hızla karşılaştırmaya yöneldiği de bilinmektedir. Öyle ki günümüzde dünya çapında akademisyenler, hukuk uygulayıcıları, kanun koyucular ve anayasa yapıcılarını şunu kabul ettiği söylenebilir: “artık hepimiz karşılaştırmacıyız.” Bu durum bir akademik disiplin olarak karşılaştırmalı anayasa hukukunun küresel ölçekte yaşadığı fevkalade gelişme ile doğrudan ilgilidir. Son birkaç on yılda küresel ölçekte yaşanan anayasal dönüşüm akademisyenler, yargıçlar ve politika yapıcılar arasında başka ülkelerin anayasa hukuklarına ve anayasal kurumlarına karşı muazzam bir ilginin ortaya çıkmasına yol açmış, böylece karşılaştırmalı anayasa hukuku bir zamanlar sınırlı sayıda kişinin ilgilendiği, pek tanınmayan ve egzotik

⁷⁶ Allison, “Editor’s Introduction” in Dicey, Lectures on Comparative Constitutionalism, s. xiii-xv.

⁷⁷ Hirschl, Comparative Matters, s. 155.

⁷⁸ Ancak bu tasvir sadece bu disiplinin dönüşümünde etkisi olan İngilizce bileşenleri dikkate almaktadır. Her ne kadar diğer dillerde (Almanca, İtalyanca, Fransızca ve İspanyolca) karşılaştırmalı anayasa hukukunun gelişimine şu veya bu ölçüde katkıda bulunan etkenler mevcutsa da, İngilizcenin akademik camia içindeki erişilebilirliği ve yaygınlığı karşısında çağdaş karşılaştırmalı anayasa hukuku bakımından bu makalede diğer dillerdeki birikimi dikkate almamak bir eksiklik olarak belirmeyecektir.

bir çalışma alanı olmak çıkıp çağdaş hukuk biliminin en gözde alanlarından biri haline dönüşmüştür.⁷⁹

Karşılaştırmalı anayasa hukuku özellikle son yirmi yılda olağanüstü bir ivmeyle gelişmektedir.⁸⁰ Her ne kadar çok değil daha on yıldan biraz uzun bir süre önce bu alanın tarihinin çok uzun olmadığı, pekişmiş bir kurama sahip olmadığı ve literatürünün (diğer hukuk dallarına göre) nispeten daha az olduğu ileri sürülüyorduysa da⁸¹, özellikle son yirmi yılda disiplinin bir yeniden uyanış yaşadığı da bir gerçek. Bu nedenle artık karşılaştırmalı anayasacılığın hukuk bilimi içindeki yerini ve anlamını tespit etmek gerekir. Bu bağlamda karşılaştırmalı anayasa hukukunun gelişmekte olan bir araştırma alanı değil, artık varlığı görmezden gelinemeyecek oturmuş bir akademik disiplin olduğunu kabul edilmelidir. Günümüzde karşılaştırmalı anayasa hukuku tanınan ve artık hukuk eğitiminde kendini ispat etmiş bir akademik disiplindir.⁸² Bunda birtakım etkenlerin ön plana çıktığı gözlemlenmektedir.

Birinci etken karşılaştırmalı anayasa hukukunu sistematik bir yaklaşımla irdeleyen çeşitli tematik ve/veya içtihat odaklı derlemelerinin sayısının her geçen gün artmasıdır. Gerçekten de 1970'lerin ortalarından itibaren görülen üçüncü demokratikleşme dalgası, görmezden gelinemeyecek bir anayasal hareketliliğe yol açmış, bu da anayasal

⁷⁹ Hirschl, *Comparative Matters*, s. 2, 19.

⁸⁰ Hâlihazırda küresel ölçekte bir karşılaştırmalı anayasa hukuku bibliyografyası mevcut değil. Ancak büyük bir kütüphane katalogunda "karşılaştırmalı" (comparative) ve "anayasal" (constitutional) sözcükleri beraber tarandığında bu muazzam ilgi açıkça görülmektedir. Böyle bir taramada, sadece basılı kitap türünde son elli yılda kayıt altına alınmış eserlerin yarısından fazlasının son on yılda yayınlanan eserler olduğu görülecektir. Bu alanda yayınlanan bilimsel makalelerin sayısını tespit etmek ise neredeyse mümkün değildir. Drake University Law School tarafından hazırlanan kısmi karşılaştırmalı anayasa hukuku bibliyografyası sadece 2018 yılı içinde yayınlanmış "karşılaştırmalı anayasa hukuku" temalı 60'ın üzerinde kitap ve 140'in üzerinde makale, kitap bölümü ve çalışma taslağı vb. zikretmektedir. Bkz. Mark S. Kende, Rebecca Lutkenhaus and Karen L. Wallace, *Partial Bibliography of 2018 Comparative Constitutional Law Books and Articles*, Aralık 2018, <https://libguides.law.drake.edu/compConLawSeminar/Bibliography> (Erişim: Haziran 2019). Elbette bu rakamlar bibliyografyanın başlığının da işaret ettiği gibi tüketici değil. Ancak sadece bir yıl için ortaya çıkan bu rakamlar bile karşılaştırmalı anayasa hukukuna yönelik ilgiyi çarpıcı biçimde sergilemektedir.

⁸¹ Harding ve Leyland, s. 313-314.

⁸² Frankenberg, *Comparative Constitutional Studies*, s. ix.

gelişmelere daha fazla dikkat kesilen akademik yayınların ortaya çıkmasını tetiklemiştir. Nitekim de 1970'lerin sonlarına doğru özellikle Amerika'da karşılaştırmalı anayasa hukukunun giderek daha fazla hukuk eğitimine entegre olmasıyla birlikte ders programlarına yönelik Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku⁸³ başlıklı alanın öncü eserleri yayımlanmıştır.⁸⁴ Sovyetlerin yıkılması sonrası hızla yeni anayasaların yapılması yabancı anayasalara duyulan ilgiyi pekiştirmiş ve karşılaştırmalı anayasa hukukunun yükselişini de beraberinde getirmiştir. Özellikle 1990'ların sonundan itibaren karşılaştırmalı anayasa hukuku başlıklı kitapların sayısında belirgin bir artış gözlemlenmektedir. Tushnet ve Jackson'ın 1999'da yayınladığı Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku başlıklı kitap⁸⁵, alanın gelişiminde birinci dönüm noktası olarak görülebilir. Tushnet ve Jackson'ın önderlik ettiği süreç beklenmedik bir hızla karşılaştırmalı anayasa hukuku alanında diğer referans eserlerin ortaya çıkması ile devam etmiş, özellikle son on yılda karşılaştırmalı anayasa hukuku incelemelerinin sayısı muazzam derecede artmış, art arda karşılaştırmalı anayasa hukuku başlığı ile günümüz çalışmaları-

⁸³ Walter Murphy ve Joseph Tanenhaus, *Comparative Constitutional Law: Cases and Commentaries*, Macmillan, London, 1977; Mauro Cappelletti ve William Cohen, *Comparative Constitutional Law: Cases and Materials*, The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis, 1979. Cappelletti bu kitaptan yıllar evvel kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini karşılaştırmalı bir yaklaşımla analiz etmiştir. Bkz. Mauro Cappelletti, *Judicial Review in The Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1971. Bu eserin yayınlanmasından yarım yüzyıla yakın zaman sonra anayasa yargısının dünyadaki çağdaş konumu üzerine bir değerlendirme için bkz. Doreen Lustig ve Joseph H. H. Weiler, "Judicial review in the contemporary world – Retrospective and prospective", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 16, Issue 2, 2018, s. 315–372.

⁸⁴ II. Dünya Savaşı sonrasında basılan – ve erişebildiğimiz – en eski "karşılaştırmalı anayasa hukuku" başlıklı kitap şudur: Harry E. Groves, *Comparative Constitutional Law: Cases and Materials*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, 1963. Kitabın basım tarihinde Singapur Üniversitesinde öğretim üyesi olan yazar, bu kitabı Amerikan hukuk eğitiminde yaygın olarak kullanılan klasik bir içtihat derlemesi (casebook) olarak tasarlamıştır. Bu bakımdan kitap esas olarak 21'inci yüzyılda pekişen bir akademik disiplin olarak karşılaştırmalı anayasa hukukunun anayasal olgu, kurum ve kuralları sistematik bir bakış açısıyla incelenme hedefinden uzaktır. Nitekim yazar da kitabın amacının "temel kanunlarının kaynağı Anglo-Amerikan kavramlarına dayanan birkaç hukuk sistemindeki mahkemelerin anayasal sorunlara bulduğu çözüm yöntemlerini örneklerle açıklamak" olduğunu belirtmektedir. (s. viii) Bu yüzdendir ki kitapta değinilen yargı kararları sadece ABD, Avustralya, Burma, Kanada, İngiltere, Hindistan, İrlanda, Malaya, Pakistan ve Singapur kaynaklıdır.

⁸⁵ Bkz. supra not 2. Bu kitabın yayınlanmasının ardından geçen yirmi yılda kitap iki yeni baskı daha yapmış, güncellenmiş son baskı 2014'te yayınlanmıştır.

nın temel başvuru kaynağı niteliğinde sistematik incelemeler yayınlanmıştır. Bunların ilki 2011'de yayınlanan Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku başlıklı kitaptr.⁸⁶ Bunu 2012'de yayınlanan, 65 bölüm ve 1400 küsür sayfadan oluşan Oxford Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Elkitabı takip etmiştir.⁸⁷ Hemen ertesi yıl (2013) Routledge Anayasa Hukuku Elkitabı yayınlanmıştır.⁸⁸ Bir ertesi sene (2014) ise Karşılaştırmalı Anayasa Hukukuna İleri Giriş başlıklı 140 küsür sayfalık kısa kitap alanın öne çıkan konularını yalın ve anlaşılır bir dille özetlemiştir.⁸⁹

Nihayet aynı yıl anayasa hukukçularının son yıllarda en çok karşılaştığı isimlerden biri olan Ran Hirschl dünya çapında büyük ses getiren *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law* başlıklı kitabını yayınlamıştır.⁹⁰ Bu kitap çağdaş karşılaştırmalı anayasa hukukunun gelişimindeki ikinci dönüm noktası olarak görülebilir. Hirschl kitapta özetle bir hukuk dalı olarak karşılaştırmalı anayasa hukukunun başından beri derin bir kimlik bunalımı yaşadığını, amaç, konu ve yöntem bakımından muğlak olduğunu, karşılaştırmalı anayasacılığın hukukçular ve siyaset bilimciler arasında sıkışıp kalmaması gerektiğini ve artık bu hukuk alanının sosyal bilimlerin yöntemlerini içselleştirilerek karşılaştırmalı anayasa çalışmalarına dönüşmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bu görüşleri de bir hayli tartışma yaratmıştır. Siyaset bilimi doktorası yapan bir hukukçu olan Hirschl'in karşılaştırmalı anayasa hukukuna ilişkin temel argümanı karşılaştırmalı anayasa hukukunun hukukun hâkimiyetinden çıkıp sosyal bilimlerle daha iç içe geçmiş bir kendine özgü disiplin olarak yola devam etmesi gerektiğidir. Hirschl'in görüşleri literatürde büyük yankı uyandırmış, kimileri Hirschl'in dönüşüm teklifini sempati

⁸⁶ Tom Ginsburg ve Rosalind Dixon (Ed.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham & Northampton, 2011.

⁸⁷ Michel Rosenfeld ve András Sajó (Ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012. Bu kitabın muadili niteliğindeki bir diğer karşılaştırmalı anayasa hukuku konulu kitap -Roger Masterman & Robert Schütze (Ed.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019- internet sitesindeki bilgiye göre Eylül 2019'da yayınlanacaktır. Bkz. <https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-companion-to-comparative-constitutional-law/114574B55A9C18AD5B58220D22B4C9C9#> (Erişim: Nisan 2019)

⁸⁸ Mark Tushnet, Thomas Fleiner ve Cheryl Saunders (Ed.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge, Abingdon & New York, 2013.

⁸⁹ Tushnet, *Advanced Introduction*, supra not 9.

⁹⁰ Bkz. supra not 20.

ile karşılarken diğerleri bu fikre şüpheyle yaklaşmayı tercih etmiştir.⁹¹ Hirschl'in kuramı öyle ilgi çekmiştir ki, Comparative Matters'ın genel olarak hukukta karşılaştırmalı yöntemin ilham verici bir manifestosu ve özel olarak ise karşılaştırmalı anayasacılığın geleceğine yön verecek bir bilimsel katkı olduğu dile getirilmiştir.⁹² Hatta bir yazar, Hirschl'i karşılaştırmalı anayasa hukukunun yeni büyük ustalarından biri olarak gördüğünü belirtmekte ve Comparative Matters'ın sıradan bir kitap olmadığını, karşılaştırmalı anayasa hukukunun geleceğine yön verme kapasitesine sahip çığır açan bir eser olduğunu vurgulamaktadır.⁹³

Öte yandan Comparative Matters ile birlikte karşılaştırmalı anayasa hukukuna yönelik yeni çalışmaların ortaya çıkmasında yeni bir ivme yaşanmıştır. Gerçekten de Comparative Matters'ın yayınlanmasının akabinde, karşılaştırmalı anayasa hukuku eserlerinin sayısında belirgin bir artış yaşandığı gözlemlenmektedir. Bir kere yeni genel/sistemik eserler yayınlanmaya devam etmektedir.⁹⁴ Öte yandan ta-

⁹¹ Hirschl'in kitabı üzerine yayınlanmış iki önemli dergideki incelemeler ve yazarın bunlara cevaplarını zikretmek kitaba yönelik ilginin düzeyini göstermeye ışık tutacaktır. Bkz. *American Journal of Comparative Law*, Cilt 64, Sayı 1, 2016, s. 191-217; *Boston University Law Review*, Cilt 96, Sayı 4, 2016, s. 1323-1424.

⁹² Anna di Robilant, "Big Questions Comparative Law," *Boston University Law Review*, Cilt 96, No. 4 (2016), s. 1325 ve Richard Albert, "The Modern Study of Comparative Constitutionalism", *American Journal of Comparative Law*, Volume 64, Issue 1, 2016, s. 192.

⁹³ Rosalind Dixon, "Toward a Realistic Comparative Constitutional Studies," *American Journal of Comparative Law* 64, No. 1, 2016, s. 193, 197.

⁹⁴ Bkz. Rosalind Dixon & Tom Ginsburg (ed.), *Comparative Constitutional Law in Asia*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham & Northampton, 2014; Rosalind Dixon & Tom Ginsburg (ed.), *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham & Northampton, 2017. Ayrıca 2017'de Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Almanya) tarafından hazırlanan ve Oxford University Press bünyesinde sadece internet ortamında yayınlanan karşılaştırmalı anayasa hukukuna özgü ilk online ansiklopedi erişime açılmıştır: Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL] (<http://oxcon.ouplaw.com/home/mpeccol>). Ulusal anayasa mahkemelerinden çeşitli anayasal ilkelere, belirli anayasal haklardan çok meşhur davalara kadar anayasa hukukuna ilişkin birçok konu başlığını içeren ve sürekli güncellenerek yeni girdiler eklenen bu kapsamlı online ansiklopedi için bugüne kadar (Haziran 2019) 577 girdi planlanmış olup, bunların 181'i yayınlanmıştır. (<http://oxcon.ouplaw.com/page/mpeccol-articles>). Ayrıca Haziran 2019 itibarıyla bu ansiklopedide Türkiye ile ilgili iki girdi yer almaktadır. Bkz. Ergun Özbudun, "Ottoman Constitution of 1876", MPECCoL, No 639, Mayıs 2016 ve Selin Esen, "Constitutional Court of Turkey (Anayasa Mahkemesi)", MPECCoL, No 540, Ocak 2018.

nınmış uluslararası yayınevleri karşılaştırmalı anayasa hukuku temalı kitap serileri kurarak ilgi çekici monografiler yayınlamaktadır.⁹⁵ Nihayet ulusal anayasa hukuku incelemeleri de belirgin şekilde çoğalmaktadır. Hukuk alanında dünyanın önde gelen yayınevleri tarafından basılan ulusal anayasa hukuku incelemelerinin sayısı da fevkalade hızla artmaktadır.⁹⁶ Öte yandan art arda, karşılaştırmalı araştırmalarda en çok referans alınan örnekler olan ABD, Hindistan, Kanada ve Avustralya anayasal sistemlerini inceleyen eserler yayınlaması özellikle dikkat çekicidir.⁹⁷ Belirtmek gerekir ki bu kitapların her biri bin küsur sayfalık ve kırk veya elli küsur bölüm içeren oldukça kapsamlı incelemelerdir. Bir ülkenin anayasal sistemi için bu hacimde inceleme yapılıyor olması, hem bu ülkelerin ulusal anayasal sistemlerine yönelik akademik ilgi hem de karşılaştırmalı anayasa hukukunun akademik yayıncılıkta ulaştığı konum açısından çarpıcıdır.

İkinci etken karşılaştırmalı anayasa hukukuna özgülenmiş akademik dergilerdir. Bunlar alanın gelişiminde önemli bir misyon üstlenmiş, dünyanın birçok yerinden akademisyenin ilgi odağı haline gelmiştir.⁹⁸ Küresel anayasal gelişmelerin takip edildiği ve akademik

⁹⁵ Örneklendirmek için en yaygın ve bilinen dört yayıncının şu serilerine bakılabilir: Cambridge Studies in Constitutional Law, Comparative Constitutional Law and Policy (Cambridge University Press); Research Handbooks in Comparative Constitutional Law, Elgar Monographs in Constitutional and Administrative Law (Edward Elgar Publishing); Oxford Constitutional Theory, Oxford Comparative Constitutionalism (Oxford University Press); Hart Studies in Comparative Public Law (Hart Publishing).

⁹⁶ Hart Publishing tarafından yayınlanan Constitutional Systems of the World serisinden bugüne kadar (Nisan 2019) yirmi sekiz ülke incelemesi basılmıştır (<https://www.bloomsburyprofessional.com/uk/series/constitutional-systems-of-the-world/>). Kluwer Law International tarafından yayınlanan International Encyclopedia for Constitutional Law serisinden ise bugüne kadar (Nisan 2019) elli ülkenin anayasa monografileri basılmıştır <http://www.kluwerlawonline.com/toc.php?area=Looseleafs&mode=bypub&level=4&values=Looseleafs~~IEL+Constitutional+Law> (Erişim: Nisan 2019).

⁹⁷ Bkz. Mark Tushnet, Mark A. Graber ve Sanford Levinson (Ed.), The Oxford Handbook of the U.S. Constitution, Oxford University Press, Oxford, 2015; Sujit Choudhry, Madhav Khosla ve Pratap Bhanu Mehta (Ed.), The Oxford Handbook of the Indian Constitution, Oxford University Press, Oxford, 2016; Peter Oliver, Patrick Macklem ve Nathalie Des Rosiers (Ed.), The Oxford Handbook of the Canadian Constitution, Oxford University Press, Oxford, 2017; Cheryl Saunders ve Adrienne Stone (Ed.), The Oxford Handbook of the Australian Constitution, Oxford University Press, Oxford, 2018.

⁹⁸ Bunlardan en önemlisi 2003'ten beri basılan International Journal of Constitutional Law dergisidir. (<https://academic.oup.com/icon>) Ayrıca 2005'te yayınlan-

tartışmalara konu edildiği bu dergiler, çağdaş karşılaştırmalı anayasa hukukunun önemli başvuru kaynakları haline gelmiştir. Günümüzde bu dergiler bir yandan karşılaştırmalı araştırmaların ortak platformunu kurarken, diğer yandan da alanın gidişatına yön vermektedir. Öyle ki, alanın en tanınmış dergisi karşılaştırmalı anayasa hukukunun “amiral gemisi” olarak nitelendirilmektedir.⁹⁹

Üçüncü etken çağımızın imkânlarıyla alakalıdır. Günlük yaşam, siber bağlantı yoluyla her türlü bilginin sınırlar ötesinden saniyeler içinde erişebildiği bir safhaya erişmiş, bu da akademik bilginin üretildiği ve paylaşıldığı yeni ortamların türemesine yol açmıştır. Artık geleneksel basılı yayınların dışında, sadece internet ortamında yayın yapan çeşitli platformlar vasıtası ile karşılaştırmalı anayasa hukukuna ilgi duyan akademisyenler daha çabuk ve güncel veriye ulaşabilmektedir. Anayasa hukuku odaklı bu internet platformlarının (blog) anayasa hukukçuları arasındaki diyalogu pekiştirdiği, alanın karşılaştırma fonksiyonuna büyük bir katkı sağladığı gözlemlenmektedir.¹⁰⁰ Ayrıca sosyal bilimlerde sıkça kullanılan ancak hukukta nadiren izleri görülen veri seti oluşturmanın anayasa hukukundaki ilk uygulaması da çağdaş karşılaştırmalı araştırmaları pekiştirmektedir. Bu hususta özellikle dünya çapında yürürlükteki tüm anayasaların İngilizcelerine erişim ve bunlar arasında kavram ve/veya konu taraması yapmayı ve

maya başlayan European Constitutional Law Review (<https://www.cambridge/core/journals/european-constitutional-law-review>), 2007'den beri yayınlanan Vienna Journal on International Constitutional Law (<https://www.degruyter.com/view/j/icl>) ve 2012'de yayın hayatına başlayan Global Constitutionalism (<https://www.cambridge.org/core/journals/global-constitutionalism>) dergileri de benzer bir fonksiyon görmektedir. Nihayet, Amerikan Karşılaştırmalı Hukuk Topluluğu (American Society of Comparative Law) tarafından 1952'den beri yayınlayan American Journal of Comparative Law (<https://academic.oup.com/ajcl>) da zikredilmelidir. Her ne kadar bu dergi kamu hukuku ya da anayasa hukukuna özgülenmiş değilse de, genel karşılaştırmalı hukuk çatısı altında anayasa hukukçularının karşılaştırmalı araştırmalarına sıklıkla yer vermektedir.

⁹⁹ Husa, “Comparison”, s. 8.

¹⁰⁰ Bkz. <http://www.iconnectblog.com> (I-CONnect); <https://blog-iacl-aidc.org> ve <https://verfassungsblog.de> (Nisan 2019). Bunlar arasında I-CONnect tarafından yayınlanan her haftalık bülten (What's New in Public Law) muazzam bir güncel bilgi kaynağıdır. Bu haftalık online bültende dünyada yaşanan anayasal gelişmeler, yeni yayınlar ve etkinlik ve/veya akademik yayın çağrılarına ilişkin bir okuma listesi yer almaktadır. Haber bültenine üye olan alıcılar, her hafta e-posta hesaplarına iletilen bu hizmet sayesinde, anayasal gelişmelerden kolay ve hızlı bir şekilde haberdar olmaktadır.

bunları karşılaştırmayı mümkün kılan *Constitute* veri tabanının karşılaştırmalı anayasa hukukuna muazzam bir katkıda bulunduğu belirtilmelidir.¹⁰¹

Dördüncü olarak ulusal, bölgesel ve uluslararası çapta anayasa hukuku temalı akademik örgütler ve iş birliği ağları düzenledikleri etkinliklerle karşılaştırmalı anayasa hukuku alanında çalışan akademisyenler ve uygulayıcıların düzenli olarak bir araya gelmesini sağlarken, karşılaştırmalı anayasa hukukunun kolektif kimliğinin belirmesine muazzam bir katkıda bulunmaktadır.¹⁰²

Nihayet karşılaştırmalı anayasa hukukunun yükselişindeki baş aktör olan anayasa mahkemeleri, kendilerini uluslararası platformda giderek daha fazla görünür kılmaya gayret etmektedir. İngilizcenin resmi dil olmadığı ülkelerin anayasa mahkemeleri dünya çapında dikkat çeken önemi kararlarının tamamını ya da en azından özetini İngilizce yayınlamakta ve böylece karşılaştırmalı incelemelerin en önemli aracı haline gelen yargı kararları çok daha hızlı ve kolay erişilebilir hale gelmektedir.¹⁰³

¹⁰¹ Bkz. <https://www.constituteproject.org/>. Bu internet sitesinde yer alan bilginin kaynağını oluşturan veri seti için bkz. <http://comparativeconstitutionsproject.org/> Yakın zamanda erişime açılan bir diğer karşılaştırmalı anayasa hukuku eklenli veri seti için bkz. Michael Hein, *Constitutional Entrenchment Clauses Dataset* (2018), University of Göttingen, Göttingen, <https://sites.google.com/view/drmichaelhein/akademisches/data> (Erişim: Haziran 2019).

¹⁰² Anayasa hukuku alanındaki en eski uluslararası organizasyon olan Uluslararası Anayasa Hukuku Derneği (International Association of Constitutional Law) (<https://iacl-aicd.org/index.php/en/>) tarafından 1983 yılından beri her dört yılda bir “dünya kongresi” düzenlenmektedir. Keza 2014 yılında karşılaştırmalı anayasa hukukçularının öncülüğünde kurulan Uluslararası Kamu Hukuku Topluluğu (International Society of Public Law) (<https://www.icon-society.org/>) da her yıl dünya çapında kamu hukukçularının bir araya geldiği büyük toplantılar düzenlemektedir.

¹⁰³ Anayasa Mahkemelerinin kararlarının İngilizce çevirilerinin geniş kitlelerin erişimine sunulmasına yönelik en güncel girişimlerden ikisi için bkz. Manuel José Cepeda Espinosa & David Landau, *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*, Oxford University Press, New York, 2017 ve Christian Bumke & Andreas Voßkuhle, *German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2019. Kolombiya kitabının yazarlarından biri (Espinosa) Kolombiya Anayasa Mahkemesinin eski başkanıdır. Kolombiya Anayasa Mahkemesi kuruluşundan beri, verdiği dikkat çekici kararlar ile karşılaştırmalı anayasa hukukunda en çok ilgi gören kurumlardan biridir. Ancak Mahkemenin sınırlı sayıda kararının İngilizcesi mevcuttur. Bu bağlamda bu kitap Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin 1991'den beri verdiği çok sayıda – kitapta 1993-2016 arasında verilmiş yüz altmış iki (162) karar zikredilmektedir – kararın İngilizce çevirilerini tematik olarak bir araya getiren türünün ilk örneğidir. Kitap Kolombi-

SONUÇ

Karşılaştırmalı anayasa hukuku, günümüzde, hızla genişleyen literatürü, dünyanın çeşitli yerlerinde kendini bu alana adanmış akademisyenleri, araştırmalara sağlanan hatırı sayılır finansman olanakları ve üretilen bilginin eğitime aktarılması bakımından olgun bir akademik disiplin, hukuk biliminin bir dalıdır. Her disiplin gibi, kendi kimliği ve bu kimliğe ait sorunları olduğu aşikâr. Dolayısıyla şunu tespit etmek gerekir: karşılaştırmalı anayasa hukuku, anayasa hukuku çalışan akademisyenlerin herhangi bir konu üzerindeki araştırmalarını meşrulaştıracak bir yardımcı oyuncu değil, artık bu araştırmalara yön veren bir başroldür. Bu rolü anlayabilmek için önce onu tanımak gerekir. Bu bağlamda bu makale karşılaştırmalı anayasa hukukunu “tanıtma” girişimi olarak görülebilir.

Karşılaştırmalı anayasa hukukunun artık net bir disipliner kimliğe büründüğü açıktır. Bununla birlikte bu kimliğin “karşılaştırmalı” sıfatı, zamanla birtakım kimlik tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmaların bir kısmı bizatihi karşılaştırmalı hukukun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Çünkü karşılaştırmalı anayasa hukuku aka-

ya Anayasa Mahkemesi'nin hem temel haklar hem de anayasal yapının işleyişi ile ilgili içtihadını içermektedir. Ancak içtihat yanında açıklayıcı bilgi ve notlar da yer almaktadır. Nitekim yazarlar kitabın amacının sadece Mahkemenin kararlarının bir araya getirilmesi değil, okuyucuya “Mahkemenin temel doktriner katkısının” ne olduğuna ilişkin bir fikir vermek olduğunu belirtmektedir. Mahkemenin kararları oldukça uzun ve teknik ayrıntılarla dolu olduğunu da belirten yazarlar, bu nedenle çevirilerde kararların tamamından ziyade çevirinde esasa ilişkin gerekçe ve hüküm kısmına odaklandıklarını da belirtmektedir (s. 19). Benzer şekilde Almanya kitabının yazarlarından biri ise (Voßkuhle) halen Alman Anayasa Mahkemesinin başkanıdır. Yazarlar kitabın amacını şöyle açıklamaktadır: “Alman Federal Anayasa Mahkemesi yon yıllarda dünyanın en etkili anayasa mahkemelerinden biri haline geldi. Bu kitabın amacı okuyucuya kararlarından alıntılarla Mahkemenin çalışma yöntemleri ve argümantasyonları hakkında bilgi vermektir.” (s. v) Kitapta Mahkemenin üç yüz doksan beş (395) kararı zikredilmektedir. Nihayet belirtmek gerekir ki Türk Anayasa Mahkemesi de son yıllarda dünyadaki diğer emsalleri gibi öne çıkan kararlarını İngilizceye çevirmeye başlamıştır. Daha on yıl öncesine kadar düzgün bir İngilizce internet sitesine bile sahip olmayan Mahkeme, birçok kararını hızla yabancı ilgililerin kullanımına sunmaktadır. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi sürekli olarak verdiği güncel kararların özetinin ya da en azından basın bülteninin İngilizcesini kendi internet sitesinde yayınlamaktadır. Bunun dışında Mahkemenin yıllık raporları da İngilizce yayınlanmaya başlamış, bu raporlarda bir önceki yıl verilen seçme kararların İngilizce özetleri bir araya getirilmeye başlanmıştır. 2018 raporunda 19 norm denetimi, 81 bireysel başvuru kararının özeti yer almaktadır. Bkz. Annual Report of The Constitutional Court of Turkey 2018, Publications of the Constitutional Court, 2018, <https://www.anayasa.gov.tr/en/publications/annual-reports/> (Erişim: Mayıs 2019).

demik kimliğini kazanmazdan çok önce, genel olarak karşılaştırmalı hukukun disipliner kimliği uzun zaman tartışılmıştır. Bu bakımdan karşılaştırmalı anayasa hukukunun kimlik sorunları, her şeyden önce bir şubesi olduğu karşılaştırmalı hukukun geçirdiği süreç ile yakından bağlantılıdır. Karşılaştırmalı hukuk oldukça uzun bir zaman kimlik bunalımı yaşamıştır. Karşılaştırmacılar diğer akademik disiplinler tarafından yeterince tanınmadıkları ve hukuk eğitiminde yeterli temsil edilmediğinden şikâyet etmiştir. Öyle ki ona hak ettiği önemin verilmediğini düşünenler tarafından karşılaştırmalı hukuk, hukuk biliminin Sindirella'sı olarak nitelenmiş, karşılaştırmacıların girdiği bu dışlanma/ötekileştirilme hissini onları bir tür Sindirella kompleksine taşıdığı ileri sürülmüştür.¹⁰⁴

Karşılaştırmalı hukuk zaman içinde bu kompleksinden kurtulmuş ve hakiki bir disiplin olduğunu kanıtlamıştır. Ancak bir disiplin teşkil etmenin eleştirel düşüncüyü evleviyetle barındırdığı göz önüne alınırsa¹⁰⁵, karşılaştırmalı anayasa hukukun disipliner kimliğinin eleştirileri de beraberinde getirmesi olağandır. Nitekim karşılaştırmalı anayasa hukukunun gelişim süreci içerisinde mücadele ettiği kimlik sorunlarının kimileri, hala önemini korumaktadır. Özellikle günümüzde karşılaştırmalı anayasa hukukunun diğer disiplinler ile ilişkisi üzerinde derin bir ayrılık görülmektedir. Kimileri anayasa hukuku alanındaki karşılaştırmalı araştırmaların münhasıran hukuk biliminin sınırları içinde kalması gerektiğini savunurken, diğerleri bu alanın artık saf bir hukuk dalı olarak devam edemeyeceğini ve sosyal bilimlerin yöntemlerini de benimsemesi gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁰⁶ Nitekim son zamanlarda karşılaştırmalı anayasa hukuku yerine “karşılaştırmalı anayasa çalışmaları”,¹⁰⁷ “karşılaştırmalı anayasa teorisi”¹⁰⁸ başlıklı eserler yayımlandığı gözlemlenmektedir.

¹⁰⁴ Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, s. 3-4. Karşılaştırmalı hukukun yaşadığı Sindirella kompleksi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Günter Frankenberg, “Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 26, 1985, S. 411-455, özellikle s. 418-421.

¹⁰⁵ Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, s. 3-4.

¹⁰⁶ Bu konuda literatürdeki nadir bir Türkçe kaynak için bkz. Ran Hirschl (Çev. Serkan Yolcu), “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukundan Karşılaştırmalı Anayasa Çalışmalarına”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 11, 2017, s. 227-242.

¹⁰⁷ Bkz. Frankenberg, *Comparative Constitutional Studies*, supra dip not 11.

¹⁰⁸ Bkz. Gary Jacobson ve Miguel Schor (ed.), *Comparative Constitutional Theory*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham & Northampton, 2018.

Son yıllarda dünyanın çeşitli yerlerinde gözlemlenen anayasal demokrasinin krizi, anayasa hukuku açısından birçok yeni araştırma sorununu da beraberinde getirmektedir.¹⁰⁹ Dolayısıyla karşılaştırmalı anayasa hukukunun yakın gelecekte gündemden düşmesi olası değildir. Buna karşın Türk hukukunda karşılaştırmalı anayasa hukukunun statüsü iç açıcı değildir. Bir diğer ifadeyle karşılaştırmalı anayasa hukuku disiplinin Türkiye’de henüz arzu edildiği kadar dikkate alındığını söylemek güç. Bu eksiğin giderilmesi için yukarıdaki tespitlerden hareketle birtakım önerilerde bulunmak mümkün.

Bir kere Türkiye’de karşılaştırmalı anayasa hukuku artık müstakil bir hukuk disiplini olarak kabul edilmelidir. Keza henüz ders programlarında çok sınırlı bir yer bulan bu disiplin,¹¹⁰ artık hukuk fakültelerinin lisans ve/veya lisansüstü düzeyde ders programlarına daha fazla girmelidir. Bunun için kısa vadede ilk adım yabancı dildeki mevcut kaynakların Türkçeye kazandırılması olabilir. Orta vadede ise bu disiplinin dersleri için anlaşılabilir, sade ve yol gösterici ders kitaplarının

¹⁰⁹ Bkz. Mark A. Graber, Sanford Levinson, Mark Tushnet (Ed.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press, New York, 2018; Tom Ginsburg & Aziz Z. Huq, *How To Save A Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2018.

¹¹⁰ Örneğin Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin ders kataloğuna göre “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku” dersi lisansüstü düzeyde sunulmaktadır. (<https://catalog.bilkent.edu.tr/dep/d45.html>). Keza Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi lisansüstü ders programında da “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku: Haklar, Kurumlar ve Anayasa Yargısı” başlıklı bir ders yer almaktadır. (<https://gsssh.ku.edu.tr/akademik/hukuk/ders-tanimlari/>) Öte yandan TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi kamu hukuku lisansüstü programında ise “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı” başlıklı bir ders sunulmaktadır. (<https://www.etu.edu.tr/tr/bolum/hukuk/lisans-ustu-programlar/26>). Benzer şekilde Ankara Üniversitesinin kamu hukuku lisansüstü programında “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı” ve “Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri” derslerinin sunulduğu bilgisi yer almaktadır. (http://bbs.ankara.edu.tr/Ders_Planı.aspx?bno=3649&bot=809) İstanbul Üniversitesinin kamu hukuku doktora ders programında ise “Karşılaştırmalı Anayasa Metinleri İncelemeleri” başlıklı bir ders yer aldığı görülmektedir. ([http://ebs.istanbul.edu.tr/home/program?id=2246&birim=kamu_hukuku_doktora_programi_\(organ_ogretim\)](http://ebs.istanbul.edu.tr/home/program?id=2246&birim=kamu_hukuku_doktora_programi_(organ_ogretim))) Elbette bu derslerin günümüzde sunuluyor olması dikkate değerdir. Ancak maalesef söz konusu derslerin ders programında yer almasına rağmen açılıp açılmadığı, açılıyor ise kaç öğrencisi olduğu ve ne zamandır bu derslerin sürdürüldüğüne dair güncel bilgiye erişmek mümkün değil. Dolayısıyla her ne kadar bazı girişimler bulunsa da, kanımızca karşılaştırmalı anayasa hukuku Türkiye’de hala müstakil bir disiplin görüntüsü vermekten uzaktır. Özellikle ülkemizdeki hukuk fakültesi sayısı dikkate alındığında, çok sınırlı sayıda fakültede sunulan bu dersler hala karşılaştırmalı anayasa hukukunun Türk hukuk eğitimi müfredatında bir istisna olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

hazırlanması gereklidir. Keza fakültelerde karşılaştırmalı anayasa hukuku kürsülerinin kurulması da uzun vadeli planlar arasında düşünülmelidir. Öte yandan Türk anayasa hukukunda ortak çalışma alışkanlığı yoktur. Oysa modern karşılaştırmalı hukukta, farklı özellikteki akademisyenlerin birbirlerini tamamlaması yoluyla üretilen ortak çalışmalar giderek artmaktadır. Hukukçular geleneksel olarak yalnız çalışmaya meyillidir. Bunu hem kamu hukuku hem özel hukukta gözlemlemek mümkün. Ancak eğer karşılaştırmalı anayasa hukukun pekişmesi isteniyorsa, araştırmacıların bir araya gelme vesilelerinin arttırılması ve ortak çalışma yapmaya teşvik edilmesi üzerine düşünülmelidir.

Son olarak şunu hatırlatmak gerekir: Bu makale tarihsel perspektiften karşılaştırmalı anayasa hukukunun disipliner niteliğine değindi. Ancak karşılaştırmalı anayasa hukukunun günümüzdeki muhtemelen en önemli sorunu metodolojidir. Çünkü karşılaştırmalı anayasa hukukunda benimsenmiş tek bir araştırma yöntemi yok. Yani karşılaştırmalı anayasacılık çalışmalarında uygulanan birden fazla metodoloji var. Bu durum onun hem zayıf noktası hem de alametifarikası olarak görülebilir. Çünkü bir yandan, belirgin bir metodoloji üzerinde oydaşma olmaması karşılaştırmalı anayasa hukukunu diğer disiplinler karşısında belirsiz bir konuma yerleştirmektedir.¹¹¹ Ancak öte yandan karşılaştırmalı anayasa hukukunun metodolojik çeşitliliği, bu disiplinin olgunlaştığının da göstergesidir.¹¹² Bu paradoks karşılaştırmalı anayasa hukukunu “nasıl” çalışmak gerektiğini, yani metodolojiyi hala güncel bir sorun kılmaktadır. Karşılaştırmalı anayasa hukukunun bu sorunu bir başka makalenin konusudur.

Kaynakça

- Adcock Robert, *Liberalism and the Emergence of American Political Science: A Transatlantic Tale*, Oxford University Press, New York, 2014.
- Albert Richard, “The Modern Study of Comparative Constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, Volume 64, Issue 1, 2016, s. 191-192.
- Allison J. W. F., “Editor’s Introduction to Volume Two” in A.V. Dicey, *Lectures on Comparative Constitutionalism*, J. W. F. Allison (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2013, s. xi-xixii.

¹¹¹ Hirschl, *Comparative Matters*, s. 3-5.

¹¹² Husa, “Comparison”, s. 1.

- Aristotle, *Politics*, Çev. H. Rackham (Loeb Classical Library 264), Harvard University Press, Cambridge, MA, 1932. Formun Üstü Formun Altı
- Bodin Jean, *Method for the Easy Comprehension of History* [1566], Çev. Beatrice Reynolds, Norton, New York, 1945.
- Bodin Jean, *the Six Books of a Commonweale*, [1576], Arno Press, New York, 1979.
- Bumke Christian & Andreas Voßkuhle, *German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- Burgess John W., "The Study of the Political Sciences in Columbia College", *The International Review*, Vol. Xii, April 1882, S. 346-351, <https://Archive.Org/Details/Internationalrev12newy/Page/347> (Erişim: Mayıs 2019).
- Burgess John W., *Political Science and Comparative Constitutional Law*, Ginn & Company, Boston/London, 1890, <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.32044054584347;view=1up;seq=3>, (Erişim: Mayıs 2019).
- Cappelletti Mauro & William Cohen, *Comparative Constitutional Law: Cases and Materials*, The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis, 1979.
- Choudhry Sujit, Madhav Khosla ve Pratap Bhanu Mehta (Ed.), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Colomer Josep M., "Comparative Constitutions" in *The Oxford Handbook Of Political Science*, Robert E. Goodin (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 176-195.
- Columbia University School of Political Science, *Circular of Information 1890-1891*, New York, <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uiuo.ark:/13960/T7gq85s8k;view=2up;Seq=1> (Erişim: Mayıs 2019).
- Constitutional Court of Turkey, *Annual Report of the Constitutional Court of Turkey 2018*, Publications of the Constitutional Court, 2018, <https://www.anayasa.gov.tr/en/publications/annual-reports/> (Erişim: Mayıs 2019).
- Cotterrell Roger, "Comparative Law and Legal Culture" in *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2. Baskı) Mathias Reimann ve Reinhard Zimmermann (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 710-733.
- Dicey A.V., *Lectures On Comparative Constitutionalism*, J. W. F. Allison (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Dixon Rosalind & Tom Ginsburg (Ed.), *Comparative Constitutional Law in Asia*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham & Northampton, 2014.
- Dixon Rosalind & Tom Ginsburg (Ed.), *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham & Northampton, 2017.
- Dixon Rosalind, "Toward A Realistic Comparative Constitutional Studies," *American Journal of Comparative Law* 64, No. 1, 2016, s. 193-199.
- Espinosa Manuel Jose Cepeda & David Landau, *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*, Oxford University Press, New York, 2017.
- Ferejohn John, Jack N. Rakove ve Jonathan Riley, "Editors' Introduction" in *Constitutional Culture And Democratic Rule*, J. Ferejohn, J. N. Rakove ve J. Riley (Ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2001, s. 1-38.
- Frankenberg Günter, "Comparative Constitutional Law" in *The Cambridge Companion To Comparative Law*, Mauro Bussani & Ugo Mattei (Ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 171-190.

- Frankenberg Günter, "Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law", *Harvard International Law Journal*, Vol 26, 1985, s. 411-455.
- Frankenberg Günter, *Comparative Constitutional Studies*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham & Northampton, 2018.
- Frankenberg Günter, *Comparative Law as Critique*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016.
- Ginsburg Tom & Rosalind Dixon (Ed.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham & Northampton, 2011.
- Groves Harry E., *Comparative Constitutional Law: Cases and Materials*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, 1963.
- Harding Andrew ve Peter Leyland, "Comparative Law in Constitutional Context" in *Comparative Law: A Handbook*, Esin Örucü & David Nelken (Ed.), Hart Publishing, Oxford & Portland, 2007, s. 313-338.
- Hein Michael, *Constitutional Entrenchment Clauses Dataset (2018)*, University of Göttingen, Göttingen, <https://sites.google.com/view/drmichaelhein/akademisches/data>, Erişim: Haziran 2019.
- Hirschl Ran, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Howard A. E. Dick, "A Traveler From An Antique Land: The Modern Renaissance of Comparative Constitutionalism", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, No. 1, 2009, s. 3-41.
- Husa Jaakko, "Comparison" in *Research Methods in Constitutional Law: A Handbook*, David S. Law & Langford, Malcolm (Ed.), Edward Elgar Publishing, 2019 (Yayınlanacak); Helsinki Legal Studies Research Paper No. 51, <https://ssrn.com/abstract=3174643> (Erişim: Mayıs 2019).
- Jacobson Gary & Miguel Schor (Ed.), *Comparative Constitutional Theory*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham & Northampton, 2018.
- Jansen Nils, "Comparative Law and Comparative Knowledge" in the *Oxford Handbook of Comparative Law (2. Baskı)*, Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 292-320.
- Kende Mark S., Rebecca Lutkenhaus ve Karen L. Wallace, *Partial Bibliography of 2018 Comparative Constitutional Law Books and Articles*, Aralık 2018, <https://libguides.law.drake.edu/componlawseminar/bibliography> (Erişim: Haziran 2019).
- Klug Heinz, "Constitutionalism, Comparative" in *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, N J Smelser & P B Baltes (Ed.), Volume 4, Elsevier, Oxford, 2001, s. 2643-2648.
- Loughlin Martin, "the Historical Method In Public Law" in *The Oxford Handbook of Legal History*, Markus D. Dubber & Christopher Tomlins (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 983-1000.
- Machiavelli Niccolò, *Discourses on Livy* (Çev. Harvey Mansfield ve Nathan Tarcov), University of Chicago Press, Chicago, 1996.
- Montesquieu Charles De Secondat, Baron De, *The Spirit of The Laws* [1748].

- Murphy Walter & Joseph Tanenhau, *Comparative Constitutional Law: Cases And Commentaries*, Macmillan, London, 1977.
- Nelken David, "Defining and Using the Concept of Legal Culture" in *Comparative Law: A Handbook*, E. Özücü And D. Nelken (Ed.), Hart Publishing, Oxford, 2007, s. 109-132.
- Oliver Peter, Patrick Macklem ve Nathalie Des Rosiers (Ed.), *The Oxford Handbook of The Canadian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- Özücü Esin, "Developing Comparative Law" in *Comparative Law: A Handbook*, Esin Özücü & David Nelken (Ed.), Hart Publishing, Oxford & Portland, 2007, s. 43-65.
- Robilant Anna Di, "Big Questions Comparative Law," *Boston University Law Review* 96, No. 4, 2016, s. 1325-1346.
- Rosenfeld Michel ve András Sajó (Ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Rosenfeld Michel ve Andras Sajó, "Introduction" in the *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, M. Rosenfeld & A. Sajó (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Saunders Cheryl ve Adrienne Stone (Ed.), *The Oxford Handbook of The Australian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- Schneiderman David, "Property Rights and Regulatory Innovation: Comparing Constitutional Cultures", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 4, No. 2, 2006, s. 371-391.
- Sordi Bernardo, "Public Law Before 'Public Law'" in the *Oxford Handbook of European Legal History*, Heikki Pihlajamäki, Markus D. Dubber ve Mark Godfrey (Ed.) Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 705-728.
- Stevenson Angus (Ed.), *Oxford Dictionary of English*, 3. Baskı, Oxford University Press, 2010.
- Tuori Kaarla, "Introduction to the Theme: Constitutional Identity", *Retfaerd* 37, No. 4/147, 2014, s. 3-9.
- Tushnet Mark ve Vicki Jackson, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1999.
- Tushnet Mark, Thomas Fleiner ve Cheryl Saunders (Ed.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge, Abingdon & New York, 2013.
- Tushnet Mark, "Comparative Constitutional Law" in the *Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 1226-1258.
- Tushnet Mark, "Saying and Doing in Comparative Constitutional Studies," *American Journal of Comparative Law* 64, No. 1, 2016, s. 201-208.
- Tushnet Mark, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, 2. Baskı, Edward Elgar Publishing, Cheltenham & Northampton, 2018.
- Tushnet Mark, Mark A. Graber ve Sanford Levinson (Ed.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <http://sozluk.gov.tr/>.

Whittington Keith E., R. Daniel Kelemen ve Gregory A. Caldeira, "Overview of Law and Politics the Study of Law and Politics", in *The Oxford Handbook Of Political Science*, Robert E. Goodin (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 241-252.

<https://catalog.bilkent.edu.tr/dep/d45.html>)

<https://gsssh.ku.edu.tr/akademik/hukuk/ders-tanimlari/>)

<https://www.etu.edu.tr/tr/bolum/hukuk/lisans-ustu-programlar/26>)

http://bbs.ankara.edu.tr/Ders_Plani.aspx?bno=3649&bot=809

[http://ebs.istanbul.edu.tr/home/program?id=2246&birim=kamu_hukuku__doktora_programi__\(orgun_ogretim\)](http://ebs.istanbul.edu.tr/home/program?id=2246&birim=kamu_hukuku__doktora_programi__(orgun_ogretim))

<https://iacl-aidc.org/index.php/en/>

<https://www.icon-society.org/>

<http://oxcon.ouplaw.com/home/mpeccol>

<https://academic.oup.com/icon>

<https://www.cambridge/core/journals/european-constitutional-law-review>

<https://www.degruyter.com/view/j/icl>

<https://www.cambridge.org/core/journals/global-constitutionalism>

<https://academic.oup.com/ajcl>

<http://www.iconconnectblog.com>

<https://www.constituteproject.org/>

<http://comparativeconstitutionsproject.org/>

<https://www.bloomsburyprofessional.com/uk/series/constitutional-systems-of-the-world/>

[http://www.kluwerlawonline.com/toc.php?area=Looseleafs&mode=bypub&level=4&values=Looseleafs~IEL+Constitutional+Law_\(Erişim: Nisan 2019\).](http://www.kluwerlawonline.com/toc.php?area=Looseleafs&mode=bypub&level=4&values=Looseleafs~IEL+Constitutional+Law_(Erişim: Nisan 2019).)

SUÇUN KONUSUNUN YOKLUĞU DURUMUNDA TEŞEBBÜSE ELVERİŞLİLİK SORUNU

THE PROBLEM OF THE POSSIBILITY OF ATTEMPT IN THE ABSENCE OF THE SUBJECT OF THE CRIME

Coşkun KOÇ*

Özet: Suçun konusunun yokluğu halinde teşebbüs meselesi doktrinde tartışmalı bir konudur. 5237 sayılı Ceza Kanunumuzda suçun maddi konusunun yokluğu (işlenemez suç) ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, suçun konusunun yokluğu durumunda nasıl bir cezalandırma yoluna gidileceği belirsizdir. Bu çalışmada, suçun maddi konusunun yokluğu halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı, mevzuat, Yargıtay kararları ve doktrinin görüşleri çerçevesinde incelenmiştir. Söz konusu inceleme, her şeyden önce konuya ilişkin Türk Ceza Kanununda açık düzenleme yapılması gerektiğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Suçun Konusunun Yokluğu, Teşebbüs, İşlenemez Suç

Abstract: The question of the possibility of attempt in the absence of the subject of the crime is a controversial issue in the doctrine. There is no regulation in our penal code numbered 5237 regarding the absence of the material subject of the crime (uncommitable crime). Therefore, what kind of a punishment will be administered in the absence of the subject of the crime is unclear. In this study, whether the provisions regarding attempt can be applied in the absence of the material subject of the crime is examined within the framework of the extant legislation, decrees of the Supreme Court of Appeals and the doctrine. The examination in question elicits that, above all, an explicit regulation should be conducted in the Turkish Penal Code.

Keywords: Absence of the Subject of the Crime, Attempt, Uncommitable Crime

* Dr. Öğr. Üyesi, Kafkas Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, coskun-koc01@hotmail.com, ORCID:0000-0001-9453-5919, Makalenin Gönderim Tarihi: 08.07.2019, Kabul Tarihi: 08.07.2019

GİRİŞ

Kişi hakkında ceza yaptırımının uygulanması, işlediği fiilin ceza kanununda yasaklanan suç tipine uygun olmasına bağlıdır. Kanunilik ilkesi olarak adlandırılan bu ilke uyarınca kişi, işlemeyi kastettiği suça ilişkin icra hareketlerini tamamladığında veya suç tipinde ayrıca bir netice öngörülmüşse bu netice gerçekleştiğinde, o suç için kanunda öngörülen müeyyide ile cezalandırılır. Ancak bazı durumlarda fail icra hareketlerini bitiremez veya meydana gelmesini istediği netice gerçekleşmez.¹ İşte başlanılan ancak elde olmayan nedenler ile tamamlanamayan suçlara teşebbüs halinde kalmış suçlar denir. Teşebbüs icra hareketi ile tamamlanma arasında söz konusu olur.² Teşebbüsten bahsedebilmek için, netice failin elinde olmayan engel nedenlerden ötürü gerçekleşmemelidir.³ Fail teşebbüs durumunda, suçun kanunda tanımlanan neticesi gerçekleşmese dahi cezalandırılır.

Tamamlanmış suçlar hangi sebeple cezalandırılıyorsa, teşebbüs aşamasında kalan suçlar da o sebeple cezalandırılırlar; çünkü her iki durumda da sosyal barış ve düzen bozulmaktadır.⁴ Esasen haksızlık teşkil eden bazı insan davranışlarının ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmasıyla güdülen amaç, belirli hukuki değerlerin daha etkin bir şekilde korunmasıdır. Teşebbüse ilişkin hükümler, bu suç tanımlarıyla korunan hukuki değerlerin koruma alanını genişletmektedir. Suçun kanuni tanımındaki fiilin icrasının tamamlanmamasına, tamamlanmış olmakla beraber neticenin gerçekleşmemiş olmasına rağmen, fiil cezalandırmaktadır. Bu nedenledir ki teşebbüse ilişkin hükümler cezalandırılabilirliğin alanını genişletmektedir.⁵

Teşebbüsün neden cezalandırıldığına dair üç farklı teori bulunmaktadır. *Objektif teoriye* göre, teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi,

¹ M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M.Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 617.

² Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler/Temel Bilgiler*, Astana Yayınları, Ankara 2018, s. 360.

³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 491.

⁴ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.462.

⁵ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 480; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Basım, İstanbul 2017, s. 453.

failin davranışıyla açığa çıkan ve toplumdaki hukuk bilincini tehdit edecek şekilde hukuksal değerlere karşı yöneltilen somut tehlikede aranmalıdır. Böyle bir yaklaşım, objektif elverişsiz teşebbüsün herhangi bir hukuksal değeri ihlal etmediği gerekçesiyle ya hiç cezalandırılmamasını ya da Alman Ceza Kanunu m.23/3'de düzenlendiği şekliyle sınırlandırılmış bir çerçevede cezalandırılması sonucunu beraberinde getirecektir. *Subjektif teoriye* göre teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi, sadece fail tarafından sergilenen ve hukuk düzeniyle bağdaşmayan iradeye dayandırılmalıdır. Bu anlamda fail “kötü/kınanabilir” bir şey yapmak istemekte ve bu nedenle de cezalandırılması gerekmektedir. Bu bakış açısından hareketle, failin hukuka aykırı iradesi esas alındığı için, fail objektif elverişsiz teşebbüs söz konusu olduğu durumlarda dahi cezalandırılacaktır.⁶ Son olarak *Etki teorisine* göre teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni, failin bir ceza normuna karşı çıkışın ifadesi olan irade bir hareketle toplumun hukukun gerçekliğine ilişkin güven duygusunu sarsacak bir şekilde hukuki barışı zedelemesidir.⁷

Teşebbüs aşamasında, tipe uygun eylemin bütünüyle gerçekleşmemesine karşın failin cezalandırılması yoluna gidilmesinin hukuksal temeli, ceza kanunlarında teşebbüsün cezalandırılacağına ilişkin açık hükümlere yer verilmiş olmasıdır. Teşebbüs kurumunu düzenleyen özel hükümler bu anlamda cezalandırmayı genişleten, onları tamamlayan, bütünleştiren bir niteliğe sahiptirler.⁸

Hukukumuz yönünden teşebbüsün cezalandırılabilmesi, kaynağını Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 35. maddesi hükümlerinden alır. Madde teşebbüs konusunda çok önemli bir değişiklik yapmış, geleneksel eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayırımını kaldırmıştır. Bunun dayanakları gerekçede açıklanmıştır.⁹ Maddenin birinci fıkrasına göre: *Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.* Yurtcan'a göre, birinci fıkrada, icraya başlamadan

⁶ Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Ed. Yener Ünver (Çev. Hakan Hakeri vd.), Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 420-421.

⁷ Veli Özer Özbek vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 448.

⁸ Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, İstanbul 2017, s. 504.

⁹ Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler) Cilt I, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 305, Ankara 2015, s. 635. tbbyayinlari.barobirlik.org.tr. (Erişim Tarihi: 03.06.2019).

söz ederken, bunun doğrudan doğruya olması gerektiği, biçimindeki ibare gereksizdir. Failin icraya başlamasında doğrudan doğruya-dolayısıyla gibi bir ayırım da yoktur. Önemli olan husus failin hazırlık hareketleri aşamasında olup olmadığının tespitidir. Fail şayet hazırlık hareketleri aşamasında ise, henüz ceza hukukunun sınırları içine girmemiştir.¹⁰

Teşebbüse ilişkin hüküm, cezai sorumluluğu genişletici bir etkiye sahiptir. Öyle ki, söz konusu hükümler suç yaratan çeşitli normlarda tanımlanan fiillere ilişkin yasağı, failin bu fiilleri tam olarak gerçekleştirmeyip, sadece bunları gerçekleştirmeye yönelik davranışlarda bulunduğu durumlara doğru genişletir. Söz konusu normlar, bunlar olmasaydı kanuni müeyyidelerle karşılaşmaları mümkün olmayan hareketleri cezalandırılabilir hale getirerek yeni hükümler yaratır. Gerçekten de, bu normlar var olmasaydı bir suçu işlemeye çalışıp da, bunu başaramayan kimse cezalandırılmazdı. Buna TCK'nın 2. maddesinde yer alan temel norm engeldir.¹¹

Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde cezalandırılabilir hareketlerle cezalandırılmayanlar arasındaki farkın belirlenmesi açısından, suçun konusunun yokluğu halinde teşebbüsün mümkün olup olmadığının tespiti önem arz eder. Bu tespitin yapılabilmesi için çalışmamızda öncelikle suçun konusunun yokluğu kavramı üzerinde durulacaktır. Ardından, suçun konusunun yokluğu durumunda teşebbüs sorunu detaylı bir şekilde incelenecektir.

I. SUÇUN MADDİ KONUSU KAVRAMI

Suçun maddi konusu, üzerinde suçun işlendiği birey veya şeydir. Buradaki şey ile birey kavramını, suç yaratan normdaki tanıma bakarak belirlemek gerekir. Yani suçun maddi konusu, normda öngörülen tipik fiilin üzerinde gerçekleştirilen birey veya şey olabilir.¹² Suçun maddi konusu, prensip itibarıyla, suçun pasif süjesinden, yani, suçtan zarar gören kimseden ayrılır. Bununla beraber bazı hâllerde suçun pa-

¹⁰ Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 317, Ankara 2016, s. 85-86. tbyyayinlari.barobirlik.org.tr. (Erişim Tarihi: 04.06.2019).

¹¹ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 300.

¹² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2010/6-225 E. , 2010/268 K.

sif süjesi ile konusu, aynı olabilir. Mesela, kasten öldürme suçunda, gerek suçun maddi konusu, gerek suçun pasif süjesi, yani mağduru, aynı kişi, öldürülecek kimsedir.¹³

Erem'e göre, bazı suçların konusu "maddi" değildir, fakat konuları vardır. O halde "suçun maddi konusu" terimi sadece "suçun hukuki konusu" ndan ayrı bir kavramı ifade ihtiyacını karşılamakta, fakat ismini taşıdığı kavramı eksiksiz gösterememektedir.¹⁴

Suçun konusu, bir insanın maddi (bedeni, cismi) veya manevi (psişik, maddi olmayan) varlığı olabilir. Gerçekten insan, cismi kadar maddi olmayan varlığı ile de gerçektir. Pozitif hukuk kuralları da bu gerçeği kabul etmiştir. Bu bakımdan örneğin kasten yaralama (m. 86) suçunda, konu vücuduna zarar verilen kişi olduğu kadar, manevi varlığına da zarar verilen kişi olunabilir. Gerçekten, yaralamaya maruz kalanın algılama yeteneğinin bozulması, insanın psişik, yani maddi olmayan varlığının da suçun konusunu oluşturabileceğini göstermektedir. Aynı şekilde hakaret (m.125) suçunun konusunu insanın maddi olmayan varlığı yani onur, şeref ve saygınlığı teşkil eder. Bu bakımdan insanın sadece maddi varlığı yani cismi değil, manevi varlığı da, suçun konusunu oluşturabilir.¹⁵

Suçun maddi konusu olarak şey denilince, suçun gerçekleşmesi için fiilin herhangi bir şey veya belli bir niteliğe sahip şey üzerinde gerçekleşmiş olması anlaşılır.¹⁶ Bazen suç tipinde konunun bir nesneden oluştuğu açıkça ifade edilmektedir. Örneğin hırsızlık (m.141) ve yağma (m.148) suçlarında "taşınır bir mal", mala zarar verme (m.151) suçunda "taşınır veya taşınmaz mal", zimmet (m. 247/1) ve güveni kötüye kullanma (m.155) suçlarında "mal", konut dokunulmazlığını ihlal (m.116) suçunda girilen "konut, konutun eklentileri", ulaşım araçlarının kaçırılmasında (m. 223) "ulaşım aracı" ve belgede sahtecilik (m.204,207) suçunda suçun konusu, üzerinde sahtecilik yapılan "belge" dir.

¹³ Uğur Alacakaptan, İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 223, Ankara 1967, s. 113. dspace.ankara.edu.tr (Erişim Tarihi: 01.06.2019).

¹⁴ Faruk Erem, "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1968, S.1 C. 25, s. 12.

¹⁵ Artuk vd., s. 316.

¹⁶ Demirbaş, s.559.

Toroslu/Toroslu'ya göre, pek çok suçun maddi konusu yoktur. Kural olarak sonucu olmayan suçlar, aynı zamanda maddi konusu da olmayan suçlardır. Zira bunların objektif olarak tamamlanmaları için, kanuni tanımdaki davranışın gerçekleştirilmiş olması gerekir ve yeterlidir. Örneğin kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi (m.262), hükümlü veya tutukluların kaçması (m.292) ve suçu bildirmeme (m.278,279,280) gibi sırf hareket veya sırf ihmal suçları böyledir. Sonucu olmasına rağmen maddi konusu olmayan suçlar da vardır. Nitekim 301. madde de öngörülen "aşağılama" suçlarının tamamlanması için aşağılama olaylarının başkaları tarafından algılanmasından ibaret olan bir sonuca gerek vardır. Ancak söz konusu aşağılama davranışları insan veya şey gibi doğal bir varlık üzerinde veya böyle bir varlıkla ilgili olarak değil, Türk Milleti, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Devletin yargı organları gibi hukuki veya sosyal varlıklarla ilgili olarak gerçekleştirildikleri için bu suçların maddi konusu yoktur¹⁷. Benzer görüşte olan Öztürk ve Erdem'e göre, her suçun koruduğu bir veya birden fazla hukuksal yarar vardır. Ancak her suçun mutlaka maddi konusunun bulunması gerekmez. Örneğin trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması konusuz bir suçtur.¹⁸ Doktrinde, maddi konusu olmayan suçların olabileceği görüşünü kabul etmeyen yazarlar da vardır. Nitekim karşıt görüşte olan Özgenç'e göre, konusuz suç olmaz.¹⁹ Artuk'a göre de, konusu bulunmayan bir suçun varlığından bahsedilemez.²⁰

Suç teşkil eden fiilin ihlal ettiği hukuki değer ile maddi unsurlardan birini oluşturan suçun konusu kavramları birbirinden farklıdır. Suçun hukuki konusu, ceza kanununda düzenlenen tipik norm ile korunan, suç ile ihlal edilen hukuki menfaattir. Konuyu bir örnek ile izah etmemiz gerekirse, hırsızlık suçunda ihlal edilen hukuki değer, genel olarak zilyetliktir. Buna karşılık suçun konusu ise başkasına ait menkul bir maldır. Suçun konusu ile mağdur da farklı kavramlardır. Örneğin mala zarar verme suçunun maddi konusu taşınır ve taşınmaz mallar iken mağduru malı zarar gören gerçek ve tüzel kişilerdir.

¹⁷ Toroslu/Toroslu, s. 111.

¹⁸ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 191-192.

¹⁹ Özgenç, s. 203.

²⁰ Artuk vd., s. 315.

II. SUÇUN MADDİ KONUSUNUN YOKLUĞU

Suçun maddi konusunun yokluğu halinde doktrinde işlenemez suçun varlığı kabul edilmektedir. İşlenemez suç; ceza normunu ihlale yönelmiş olmasına rağmen, ya vasitanın ihlal edilmek istenen suç karakterize eden zarar veya tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmaması yahut hareketin konusunun bulunmaması sebebiyle başarısız kalmaya mahkum bir davranış olarak tanımlama mümkündür.²¹ Normal bir şahsın bilebileceği şartlara ve *id quod plerumque accidit* (en olası durum) ilkesine göre bir suçun meydana geleceğine ihtimal verilmemesi halinde işlenemez suç ortaya çıkacaktır.²² Özbek'e göre, failin işlemek isteyip de kullandığı araçların elverişsiz olması veya suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle işleyemediği suça işlenemez suç denir.²³ Vasitanın elverişsizliğine örnek, arızalı bir tabanca ile bir kimseyi öldürmeye çalışmadır. Esas inceleme konumuz olan suç konusunun yokluğuna örnek ise ölmüş bir kimseye yaşıyor zannıyla ateş edilmesidir. İşlenemez suç, failin bağımsız bir suçu oluşturmak için gerekli olan şartlarda hataya düşmesi olarak tanımlayanlar da bulunmaktadır.²⁴

Doktrindeki bir görüşe göre, suçu meydana getiren hareket ile suçun maddi konusu arasında sıkı bir bağ olduğundan, konuda yokluk veya elverişsizlik denilen şey, aslında harekette elverişsizlikten başka bir şey değildir. Bu düşünceyi savunanlara göre, yanlışlıkla bir gölgeye ateş eden kimse konusunda elverişsizlik bulunan bir hareket değil, elverişsiz bir hareket yapmıştır. Çünkü neticeye ulaşmak için seçilmiş olan "yol" yanlıştır. Dolayısıyla bu iki kurumu birbirinden ayırmanın bir anlamı yoktur.²⁵ Biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira elverişsiz hareket başka, suçun maddi konusunun yokluğu başkadır. Hareketin elverişli olup olmadığı her olayın somut koşullarına göre belirlenir. Yukarıdaki örnekte belirtilen yanlışlıkla bir gölgeye ateş etme, esasında kasten öldürmek için elverişli bir harekettir. Gerçekten, ateş edilen

²¹ Alacakaptan, s. 1.

²² Köksal Bayraktar, "Uğur Alacakaptan-İşlenemez Suç", Kitap İncelemesi, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1968, Cilt: 34 - Sayı: 1-4, s. 730. dspace.ankara.edu.tr. (Erişim Tarihi: 06.02.2020)

²³ Özbek vd., s. 461.

²⁴ Ira P. Robbins, "Attempting the Impossible: The Emerging Consensus", *Harvard Journal on Legislation*, 1986, Volume 23, p. 377.

²⁵ Alacakaptan, s.114.

yerde, bir gölge yerine bir insan bulunsaydı hareket kastedilen öldürme neticesini meydana getirebilecekti. Suçun maddi konusu ise hareketin elverişsizliğinden farklı olarak, her olayın somut koşullarına göre değişiklik göstermez. Bunun sebebi de maddi konunun suç tipinde tanımlanmış olmasındandır.

Hareketin elverişli olup olmadığını belirlerken, kuşkusuz ki maddi konu dikkate alınmalıdır. Zira elverişlilik nisbi bir kavramdır, her olayın somut koşullarına göre değerlendirilmelidir. Ancak, işlenemez suçu yalnızca aracın veya salt hareketin elverişsizliği ipotezi ile sınırlamak ve maddi konunun yokluğu haline de ayrı bir varlık tanımamak ikisi arasındaki bağın bir sonucu olmamalıdır. O halde, hareketin elverişsizliği geniş anlamıyla kabul edilmeli ve elverişlilik de bu anlam içerisinde hem kullanılan aracın hem de fiilin bütünü açısından, unsurlar dışında kalan durumları da kapsar şekilde değerlendirilmelidir.²⁶

Bazı durumlarda, failin eyleminin konusu, suç tipinin unsuru olan maddi konu değildir. Teşebbüs, “suç konusunu teşkil eden şeyin cinsinden dolayı, suçun tamamlanmaması” şeklinde de gerçekleşmiş olabilir (Alman Ceza Kanunu, prg.23 fıkra 3). Örneğin, (A), (B)’yi öldürmek ister. Bir gece bahçede pusu kurar ve görmüş olduğu bir silueti o zannederek ateş eder. Aslında o siluet aslında bahçede gezmekte olan çoban köpeğine aittir. Kurşun ona isabet ederek ölümüne neden olur. İsbet ettirilen obje (=köpek) aslında mala zarar verme suçunun elverişli objesidir, kasten öldürmenin değil, çünkü Alman Ceza Kanunu prg.212’ye göre kasten öldürmenin maddi konusunu sadece bir insan teşkil edebilir.²⁷

Yukarıda da ifade edildiği gibi TCK m.35 kapsamında teşebbüsün varlığından bahsedilebilmesi için elverişli hareketlerin yapılması şartı aranması dolayısıyla elverişli olmayan hareketler açısından işlenemez suçun varlığı tespit edilebilmekteyse de suç konusunun yokluğuna ilişkin olarak herhangi bir hukuksal düzenlemenin varlığından söz edilmesi mümkün olmamaktadır. Ancak suç konusunun yokluğu da doğası gereği işlenemez suça temel oluşturacaktır. Nitekim TCK m. 35’in gerekçesinde “Suça teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni ta-

²⁶ Pervin A. İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 109.

²⁷ Heinrich, s.441.

nımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır.” ifadesine yer verilmiştir. Burada geçen “suçun konusu” ibaresi doğru bir kullanım olmamakla beraber “suçun maddî konusu” olarak anlaşılmalıdır. Tek başına “suçun konusu” ifadesi suçun maddi konusu demek değildir.²⁸

Doktrinde maddi konunun yokluğunun belirlenmesi konusunda bazı ayrımlar yapılmıştır.

1. Konuda Mutlak Yokluk - Nisbi Yokluk Ayrımı

Konuda mutlak yokluk, ne zaman ve hangi şartlar altında faaliyete geçerse geçsin, failin suç işleme maksadının gerçekleşmesini imkânsız kılan yokluktur. Meselâ, öldürülmek istenen kimse zaten ölmüş ise, insan zannedilen şey bir ağacın gölgesi ise, çocuğunu düşürmek için ilâç alan kadın esasen gebe değilse veya içine hırsızlık yapmak için girilen binada, hırsızlığa değer hiç bir şey mevcut değilse bu anlamda bir yokluktan söz açılmakta ve fail, fiilini ne şekilde işlemiş olursa olsun, kastettiği neticeye ulaşamayacağı kabul edilmektedir.²⁹

Konudaki yokluğun geçicilik arz ettiği ve esasen yok olmayıp, hareketin yapıldığı sırada, olay yerinde bulunmadığı hallerde ise konuda *nisbî* yokluk yahut tesadüfi bir bulunmayıştan söz edilir. Meselâ; mağdurun az önce boşalttığı yatağına bıçak saplanması, yankesicinin, elini boş bir cebe sokması, kasanın, veznedar tarafından biraz önce boşaltılmış olması gibi hâllerde bu anlamda bir yokluk vardır.³⁰ Bahsedilen örneklerde maddi konu o an olay yerinde bulunmasa dahi suçla korunan hukuki menfaat açısından bir tehlike yaratılmıştır.

Öğretide bu ayrımı yapan yazarlara göre, konuda mutlak yokluğun bulunduğu durumlarda, elverişsiz teşebbüsten (işlenemez suç) söz edilebilecek iken nisbi yokluğun bulunduğu durumlarda sorumluluk teşebbüs nedeniyle olacaktır.³¹ Yargıtay da önüne gelen bir olay-

²⁸ Devrim Aydın, “Suça Teşebbüs”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 2006, C.55 Sa.1, s. 101.

²⁹ Alacakaptan, s. 115-116.

³⁰ Alacakaptan, s. 116.

³¹ Bu görüş ve eleştirisi için bkz. Murat Aydın, “İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)”, *SÜHFD*, 2013, s. 86.

da benzer yönde karar vermiş,³² mektubun içindeki para veya sair kıymeti almak için açılan zarftan çıkan, ödenmek üzere bankaya ibraz edilen ve ödenerek arkasına ödeme kaşesi vurulan seyahat çeki ekonomik değerden yoksun bulunduğundan eylem hırsızlığa teşebbüs olarak nitelendirilmiştir.³³

2. Hareketten Önceki –Sonraki Yokluk Ayırımı

Bu görüşü savunan yazarlara göre, işlenemez suçun tespiti için maddi konu bakımından bir ayırım yapılacaksa, bu ayırım, hareketin konusunu oluşturan kişi veya şeyin harekete başlamasından sonra veya başlamasıyla birlikte yok olması hali ile icra hareketlerine başlamasından önce yok olması hali arasında yapılmalıdır. Bu ayrıma göre, sadece ikinci ipotezin söz konusu olduğu durumlarda işlenemez suçla ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Zira ancak maddi konunun icra hareketlerinden önce yok olması halinde, kanunda tanımlanmış suç tipinin gerçekleşmesinin imkansız olduğunu söylemek mümkündür.³⁴

III. SUÇUN KONUSUNUN YOKLUĞU DURUMUNDA TEŞEBBÜS SORUNU

Suçun konusunun yokluğu halinde teşebbüs meselesi doktrinde tartışmalı bir konudur. Ceza kanunumuzda suçun maddi konusunun yokluğu (işlenemez suç) ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, suçun konusunun yokluğu durumunda nasıl bir cezalandırma yoluna gidileceği belirsizdir.

Konuyla ilgili Alman Hukukuna baktığımızda işlenemez suçla teşebbüs ederek tehlikelilik gösteren failin cezalandırıldığını görmekteyiz.³⁵ Ancak mahkeme bahsettiğimiz durumda, Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrası uyarınca cezayı takdiren indirebileceği gibi ceza vermekten tamamen vazgeçebilir. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasında; "*Fail ağır bir bilgi ve anlama eksikliği nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemek-*

³² Yargıtay CGK 25.06.1990, 5-157/200. Öztürk/Erdem, s. 391

³³ Öztürk/Erdem, s. 391.

³⁴ Gürkan Özocak, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 158.

³⁵ Hans Heinrich Jeschek, Alman Ceza Hukukuna Giriş (Çev. Feridun Yenisey), Beta Basım, İstanbul 2007, s. 42.

te kullanılan vasıtaların niteliğinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak edememişse, mahkeme ceza vermekten tamamen vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirebilir" denilmektedir. Alman Ceza Kanunu'nun bu hükmü uyarınca, elverişsiz teşebbüs (işlenemez suç) halinde, mahkeme hiç ceza veremeyeceği gibi, cezayı indirebilir. Bu indirim, 49. maddenin 2. fıkrasına göre yapılır. Buna göre mahkeme, kanunun bu hükmüne yollama yapan bu düzenleme uyarınca cezayı kendi takdirine göre azaltabileceği hallerde, bunu kanunda yazılı cezanın alt sınırına kadar indirebileceği gibi, hapis cezası yerine adli para cezasına da hükmedebilir.³⁶

İtalyan Ceza Kanunu m.49'da işlenemez suçla ilgili olarak özel bir hükme yer verilmiştir. Buna göre elverişsiz bir hareketin söz konusu olduğu veya maddi konunun bulunmadığı durumlarda, zararlı veya tehlikeli sonucun gerçekleştirilmesi imkansız olduğundan, faile ceza verilmemektedir.³⁷ Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, TCK'da konuyla ilgili özel bir hükme yer verilmemiştir.

Amerika Birleşik Devletleri'ndeki uygulamaya baktığımızda mahkemeler, suçun imkansızlığına ilişkin ikili bir ayırım yapmakta idiler: yasal imkansızlık ve fiili (gerçek) imkansızlık. Örneğin boş bir cebe elini atan yankesicinin durumunda, suçun fiilen gerçekleşmesinin imkansızlığından bahisle suça teşebbüsün de mümkün olmadığı yönünde kararlar verilmiştir. Ancak zaman içerisinde, çoğu eyalet mahkemesi ve federal mahkeme, fiili ve yasal imkansızlık arasındaki ayrımı bırakmış ve her iki durumda da bu yöndeki savunmayı reddetmiştir. Örneğin, kurbanın cüzdanında hiç para olmamasına rağmen silahlı soygun girişimi sanığı, suça teşebbüsten mahkum edilmiştir.³⁸ Benzer bir diğer davada, satılan madde uyuşturucu olmamasına rağmen sanık, uyuşturucu madde bulundurmaya teşebbüsten cezalandırılmıştır.³⁹⁴⁰ Fiili (gerçek) imkansızlığın bulunması durumunda ağırlıklı olarak kişinin kusurlu düşüncesini dış dünyaya yansıtması söz konusu olduğu için mahkumiyet kararları verildiği görülmektedir.⁴¹

³⁶ Artuk vd., s. 661.

³⁷ Demirbaş, s. 485.

³⁸ Brown v. Commonwealth, 482 S.E. 2d 75 (Va. App. 1997).

³⁹ United States v. Fletcher, 945 F.2d 725 (4th Cir. 1991), cert. denied 502 U.S. 1116 (1992).

⁴⁰ Thomas J. Gardner and Terry M. Anderson, Criminal Law, Wadsworth Publishing, Belmont USA 2012, p.91.

⁴¹ Murat Aydın, "İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fa-*

Fransız hukukunda işlemez suç teorisi bütünü ile bertaraf edilmiştir ve işlenemez suç halinde teşebbüs kabul edilmektedir. Fransız Yargıtay'ına göre: İnsan öldürmeye teşebbüsün kabul edilmesi için, mağdurun fiilden önce hayatta bulunup bulunmamasının önemi yoktur. Zira fiilin yöneldiği kişinin ölmüş bulunması, failin iradesinden bağımsız olduğundan, hareketleri icraya başlama, geçme olarak tanımlanmalıdır.⁴² Fransız uygulamasında, işlenemez suçun ikinci türü olan vasıtanın elverişsizliğinde de durum aynıdır. Nitekim Fransız mahkemeleri mutlak olarak elverişsiz vasıtalarla işlenmiş çocuk düşürmeğe teşebbüs fiilini bile cezalandırmakta, kısacası, teşebbüsün cezalandırılabilmesi için, bir icra başlangıcı ile dışa yansıtan cürmi iradeyi yeterli görmektedirler.⁴³ Fransız Yargıtayı 16 Ocak 1986 tarihli kararında, zaten ölmüş maktulün kafasına önce şişe ile vurup ardından boğulması olayında, kişinin failin fiilinden önce ölmüş olmasının bir öneminin olmadığına, failin davranışının cinayet girişimini karakterize ettiğine, maktulün ölmüş olmasının failin kontrolünün ötesinde bir durum olduğuna hükmetmiştir.⁴⁴

Yargıtay, Fransız Yargıtayı'ndan farklı olarak vermiş olduğu kararlarında, suçun maddi konusunun bulunmaması halinde işlenemez suçun varlığından bahisle, teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir.⁴⁵ Ancak Yargıtay kararlarında suçun maddi konusunun yokluğunun hangi anda aranacağı noktasında farklılıklar bulunmaktadır.

kültesi Dergisi, Konya 2013, Cilt 21, Sayı 1, s. 101.

⁴² Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Basım, İstanbul 1998, s. 21.

⁴³ Alacakaptan, s. 32.

⁴⁴ Konuyla ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Cour de Cassation (Chambre Criminelle) 16 Janvier 1986 (Gaz.Pal. 1986 I 377 note J.P. Doucet) https://ledroitcriminel.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/le_proces_penal/le_jugement/qualification_faits/levasseur_meurtre_impossible.htm. (Erişim Tarihi: 05.02.2020)

⁴⁵ "Olay tutanağı, sanıkların savunmaları ve tüm dosya kapsamına göre; sanık ... diğer sanık ...'dan kullanmak için uyuşturucu madde satın almaya geldiği sabit ise de, kolluk görevlilerinin sanık gelmeden önce...da bulunan uyuşturucu maddelere el koymuş olması nedeniyle, sanık ...'in uyuşturucu madde alması fiilen mümkün olmadığından, teşebbüs aşamasında kalan eyleminin "işlenemez suç" niteliğinde olduğu ve suçun yasal unsurlarının gerçekleşmediği gözetilmeksizin, beraat kararı yerine, mahkûmiyet kararı verilmesi, Yasaya aykırı, sanıkların temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan, hükümlerin bozulmasına, 26.11.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.". Yargıtay 10. Ceza Dairesi 2019/2835 E., 2019/7422 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 05.02.2019).

Çalışmamızın bundan sonraki kısmında Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarının daha iyi anlaşılabilmesi için, maddi konunun bulunmadığı durumlarda, teşebbüsün unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine cevap arayan doktrindeki üç farklı görüşe değineceğiz.

1. Objektif Teori

Günümüzde çok az taraftarı olan objektif teoriye göre, failin teşebbüs dolayısıyla cezalandırılabilmesi için hareket vasıtasıyla hukuken korunan suç konusunun fiilen tehlikeye sokulmasına etki edilmiş olması aranmakta idi. İtalya'da *Romagnosi* tarafından kurulan ve *Feuerbach*, *Mittermaier*, *Rossi*, *Carrara*, *Carmignani* ile *Ortolan* tarafından geliştirilen ve klasik teori olarak da adlandırılan bu görüşe göre, işlenemez suç cezalandırılmaz. Bu teoriye göre, hukuk ile ahlak birbirinden ayrılmalı, hukuki konuların çözümünde ahlaki endişeler rol oynamamalıdır. Ancak, aralarında *Carmignani*, *Mittermeier* ve *Ortolan*'ın da bulunduğu *Objektif teori* taraftarlarının çoğu, cezasızlığı, vasitanın mutlak surette elverişsiz olması ve maddi konunun yokluğu hallerinde kabul etmişler ve vasıtadaki nisbi elverişsizlik ile konudaki geçici veya tesadüfi yokluk hallerinde failin cezalandırılabilmesi görüşünü savunmuşlardır.⁴⁶

Objektif teoriye göre, suçun konusunun yokluğu durumunda 2 şekilde değerlendirme yapılmalıdır: mutlak ve nisbi yokluk. Suçun konusunun yokluğunun nispi olduğu şeklinde bir değerlendirme yapıldığında, suça teşebbüsün gerçekleştiği kabul edilmektedir.

Nisbi imkansızlık suçun maddi konusunda olabileceği gibi vasıtada da olabilir. Konuda nisbi imkansızlık halinde, konu vardır, ancak fiilin icrası sırasında failin bulunduğunu zannettiği yerde değildir. Örneğin; paranın failin elini soktuğu cepte değil, başka cepte olması gibi.⁴⁷ Su içmek için mutfaka gittiği için yatağında olmayan, fakat failin orada olduğunu zannettiği mağdura ateş etmesinde de maddi konu yönünden nisbi imkansızlık vardır.⁴⁸ Alacakaptan'a göre, bu ve benzer bütün olaylarda failin teşebbüsten ötürü cezalandırılması gerekir. Çünkü fail hareketlerine devam etseydi, mağdurun öbür ceplerinde alınabilecek eşya bulabilirdi.⁴⁹

⁴⁶ Demirbaş, s.485.

⁴⁷ Artuk, s. 660.

⁴⁸ Demirbaş, s. 485.

⁴⁹ Alacakaptan, s. 116.

Suçun konusunun yokluğunun mutlak olduğu şeklinde bir değerlendirme yapıldığında ise, işlenemez suç mevcut olup, teşebbüsten dolayı sorumluluk söz konusu olmayacaktır.⁵⁰ Zira sonucun meydana gelmesi imkansız bir suça, teşebbüste imkansız olduğundan faile ceza verilemez. Öldürülmek istenenin daha önceden ölmüş olması, gebe olmayan bir kadının çocuğunun düşürtülmesi halleri, konuda mutlak imkansızlık durumuna örnektir.⁵¹

Uygulamada Yargıtay'ın mutlak imkânsızlık ve nispi imkânsızlık ayrımını benimsediği kararlar söz konusudur. Buradan yola çıkıldığında Yargıtay'ın da kanundaki düzenlemelere paralel olarak objektif teoriyi benimsediği ifade edilebilir. Nitekim Yargıtay bir kararında:

*“ Olay günü geceleyin bir lokantaya para çalmak maksadıyla giren ve boş çekmecede para bulamayan fail şikayet üzerine yakalanmıştır. Gerçekten failin cürmi hareketlerinin yöneldiği nesneye suçun maddi konusu denilmekte ve bu konu suç kastının kapsamı içinde kalmaktadır. Hırsızlıkta maddi konu taşınır mal olup, suç anında varlığı veya yokluğu eylem sırasında değil eylem öncesi bir değerlendirmeye her olayın özelliklerine, normal insanın deneyimlerine ve benzer olaylarda çoğunlukla görülen durum ve koşullara göre saptanılmak gerekir. Bu saptamada varılan olumsuz sonuç, yani maddi konunun kesin olarak yokluğu, işlenemez suç; olumlu sonuç yani maddi konunun nispi yokluğu ise eksik kalkışma aşamasında kalmış suç uygulamasına götürecektir. Olayımızda sanık ve arkadaşının girdiği lokantadaki çekmecede para bulunması, yukarıdaki deneyimlere göre doğal ve olağandır. O yüzden paranın suç anında çekmecede bulunmaması, maddi konunun niteliğine göre, mutlak değil nispi anlamda bir yokluğu ortaya çıkarttığından, olayda işlenemez suç bulunduğu ileri sürülemez ve hırsızlığa eksik kalkışma suçunu oluşturur”.*⁵²

Yargıtay objektif teori doğrultusunda vermiş olduğu bir diğer kararında:

“Sanık tarafından 12.09.2006 tarihinde imal edilerek mağdurun adresine kargo ile gönderilen ikinci bombanın mağdurun adresinin eksik olması

⁵⁰ Adem Sözüier, Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Ve Kriminoloji Araştırma Ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul 2015, s. 40.

⁵¹ Artuk, s. 660.

⁵² Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 14.6.1983, 4019/5260. YKD, Ekim 1983, s.1543, Özgenç, s.495.

nedeniyle ulaşmadan geri döndüğü anlaşılma; sanığın hareketinin objektif olarak neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olmaması nedeniyle işlenemez suç niteliğinde olacağı düşünülmemekle sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde kasten öldürmeye teşebbüsten ceza verilmesi, yasaya aykırıdır."⁵³

Teori eleştirilmiş ve mutlak- nisbi elverişsizlik konusunda yapmış olduğu ayırımın tutarlı olmadığı ifade edilmiştir. Bu yönde, doktrinin önemli bir kısmı maddi konunun mutlak - nisbi ayırımının, bu konuda ortaya çıkan gereksinimleri karşılayamadığını ve mutlak yoklukla - nisbi yokluğu ayırmada değişmez ve sağlam bir ölçüt getiremediğini ileri sürmüşlerdir. Örneğin yıllardır boş olan, terkedilmiş bir eve hırsızlık yapmak amacıyla girmek, çalınacak eşyanın mutlak yokluğu nedeniyle, işlenmesi imkansız bir suçu oluşturmaktadır. Ancak bu bakış açısı, farklı olaylarda, mutlak yoklukla ilgili farklı sonuçları ortaya çıkarabilecektir. Söyle ki, hırsızlık olayına kasanın bir ay, bir gün veya bir saat öncesinden boşaltılması arasındaki farklılığa değer atfedilecek midir? Ayrıca maddi konunun olay yerinden ne kadar zaman önce ayrılmış ve ne kadar uzaklaşmış olması halinde, nisbi bir yokluğun söz konusu olacağına dair kesin bir ölçü yoktur. Diğer yandan mutlak yoklukta suçu işlemek ne kadar imkansız ise, hareketin yapıldığı anda olay yerinde bulunmayan nisbi yokluk hallerinde de o kadar imkansızdır.⁵⁴

Objektif teoriyi eleştiren Özgenç'e göre, suçun konusu açısından, elverişsizlikten değil, yokluktan söz edilebilir. İşlenmek istenen suç açısından konu mevcut değilse, ortada işlenemez suç vardır. Yazara göre, suçun konusunun yokluğu açısından mutlak ve nisbi ayırımı yapılamaz. Somut olayın meydana geldiği şartların gözönünde bulundurulması suretiyle suçun konusunun mevcut olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Buna göre, somut olayda işlenmek istenen suçun konusu ya vardır ya da yoktur. Bu suçun konusu yoksa farazi bir değerlendirmeye bu yokluğun "nisbi" olduğunu ve dolayısıyla, işlenmek istenen suçta teşebbüsün gerçekleştiğini kabul eden bu görüş doğru değildir. Bu gibi olaylarda failin gerçekleştirdiği hareketin bağımsız bir suçu oluşturup

⁵³ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2016/3543 E. , 2017/5248 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 04.02.2019)

⁵⁴ İpekçioğlu, s.110.

oluşturmadığını tayin etmek gerekir. Mesela, fail, mağdurun yatağında uyumakta olduğunu zannederek silahıyla yatağa doğru birkaç el ateş eder. Ancak, gerçekte yatak boş olduğu için herhangi bir kimse yaralanmamış veya ölmüş değildir. Bu durumda mesela ateşli silah bulundurmamak suçundan dolayısıyla failin cezalandırılması mümkündür. Yine, hamile olduğu zannedilen kadının, çocuğu düşürmek amacıyla bir takım ameliyeye maruz bırakılması durumunda, kürtaj suçunun konusu mevcut olmadığı için bu suç oluşmayacak ise de; kasten yaralama suçunun oluştuğunu söylemek mümkündür.⁵⁵

Hafızoğulları/Özen'e göre de maddi konunun nisbi yokluğunu mutlak yokluğundan mantıksal olarak belirgin bir şekilde ayırt etmek mümkün olmadığından, objektif teorinin getirmiş olduğu ölçüt, kuramsal bir esasa değil, daha çok pratik gereklere dayanmaktadır. Yazarlar, maddi/nisbi yokluk ayrımını anlamdan yoksun olduğundan keyfi de bulmaktadırlar.⁵⁶

Eleştiriler nedeniyle objektif teori, konunun elverişliliğinin hangi ana göre araştırılacağı hususunda bir değişim göstermiş ve bu kapsamda mutlak-nisbi elverişliliği failin hareketi yaptığı zamana göre araştıran (ex ante) "yeni objektif teori" ileri sürülmüştür. *Tehlike teorisi (görüşü)* olarak da anılan bu teorinin detayları aşağıda ayrı bir başlık altında izah edilecektir.

2. Subjektif Teori

Pozitivist teori olarak da adlandırılan bu görüş, *Garofalo* tarafından ortaya atılmış ve birçok *pozitivist* yazar tarafından benimsenmiştir. *Garofalo*'ya göre cezalandırma bakımından önemli olan husus, hukuk tarafından korunan hak ve menfaatin bizzat maruz kaldığı objektif tehlike değil, suça yönelmiş olan iradenin dış dünyada belirmesidir. Ancak *Garofalo*, bu noktadan sonra subjektif teoriden ayrılarak, teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilme için, suç kastının ortaya çıkmasının yanında, failin ahlaki kötülüğünün de belirlilik kazanması gerektiğini savunmuştur.⁵⁷

⁵⁵ Özgenç, s. 494-495.

⁵⁶ Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2010, s. 341.

⁵⁷ Demirbaş, s. 486.

Subjektif teoriye göre, ceza vermek için failde suç işleme kastının bulunması yeterli olup neticenin herhangi bir önemi yoktur; çünkü failin ahlaki kötülüğü ve toplum için zararlı bir kimse olduğu anlaşılmıştır. Dolayısıyla, bir takım tesadüfler sebebiyle neticenin gerçekleşmesi, suç işleme niyetini açıkça ortaya koyan failin cezalandırılmasına engel olmaz. Örneğin, mağdurun cebine elini sokan yankesici orada para bulamamış olabilir; fakat bulsaydı alacaktı; işlenemez suç diye faile ceza vermemek doğru değildir.⁵⁸ Suç işleme kastını ortaya koyan, böylelikle tehlikeli kişiliğe sahip olduğu anlaşılan failin cezalandırılması gerekmektedir. Bu düşünce bağlamında görüşlerini açıklayan yazarlar, failce gerçekleştirilen hareketlerin elverişsiz olup olmadığı konusunun hiçbir öneminin olmadığını, bozulan toplum düzeninin ve güvenliğinin sağlanması bakımından işlenemez suçta da failin cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır.⁵⁹ Bu teoriye göre önemli olan, failin toplum için tehlike teşkil ettiğini niyet ve davranışlarıyla ortaya koymasıdır. Bu nedenle işlenemez suç kapsamında değerlendirilen suçun konusunun yokluğu hallerinde de fail, teşebbüs hükümleri aracılığıyla cezalandırılmalıdır.

Subjektif teori, aşırılığa götürmesi nedeniyle eleştirilmiştir; çünkü ceza vermek için yalnız kastın ortaya çıkması ile yetinildiğine göre, ceza hukuku sahası dışına çıkılarak, hiçbir zarar veya zarar ihtimali bulunmayan hallerde de ceza vermek gerekecektir. Örneğin, ölmüş birinin canlı zannedilerek öldürülmek istenmesinde olduğu gibi.⁶⁰

3. Tehlike Teorisi (Yeni Objektif Teori)

Objektif teorinin bir türü olan, *v. Liszt* tarafından ortaya atılan ve *v. Hippel* tarafından geliştirilen *tehlike teorisine* göre, failce gerçekleştirilen hareket, suç konusu üzerinde herhangi bir tehlike yaratmayacak nitelikteyse, ya da meydana gelebilecek tehlike önemli değilse, teşebbüs söz konusu olmaz. Bu nedenle failin de cezalandırılmasına gerek yoktur. Hareketin tehlike yaratıp yaratmayacağı veya ne zaman tehlikeye

⁵⁸ Demirbaş, s. 486.

⁵⁹ İçel, s. 527-528.

⁶⁰ Demirbaş, s. 486.

neden olacağı konusunda hakimin takdir hakkı bulunmaktadır.⁶¹ Bu düşünceye göre suç konusunun varlığını hareketin gelişmesine göre değerlendirmek gerekir.⁶²

Eski ve yeni objektif teorilerin ayrıldıkları nokta; eski teorinin mutlak ve nisbi elverişlilik veya elverişsizliği *ex post*, yani sonuç yönünden ve o ana göre yapmasıdır. Buna karşılık yeni objektif teori, belirli bir suç bakımından, işlenemez suç olup olmadığı hususundaki araştırmanın, *ex ante* yapılması gerektiğini kabul eder; yani hareketin yapıldığı ana (*ex ante*) göre, failin tasavvuru ile netice arasında bir uygunluk olup olmadığını araştırır; ayrıca elverişsizliğin mutlak veya nisbi şeklinde olan ayırımına önem vermez. Eğer uygunluk varsa işlenebilir suç vardır ve teşebbüs hükümleri gereğince failin sorumluluğu olacaktır; uygunluk yoksa işlenemez suç vardır ve fail cezalandırılmayacaktır.⁶³ Gerçekten, örneğin, otobüste, para cüzdanını çıkarken evde unutan bir yolcunun cebine elini sokarken yakalanan yankesicinin fiili, işlenemez suç değil, hırsızlık suçuna teşebbüstür. Zira fiilin ortaya konulduğu anda maddi konunun mevcudiyeti şüpheli değildir.⁶⁴ Bu nedenle failin yankesiciliğe yönelik fiili ile gerçekleşmesini umduğu hareket arasında bir uygunluk mevcuttur.

Yargıtay da birçok kararında, maddi konunun yokluğunu *ex-ante* bir değerlendirmeye belirlemiş ve somut olay koşullarına göre, maddi konunun varlığının muhtemel olup olmamasına bakarak teşebbüse veya işlenemez suça hükmetmiştir. Nitekim yüksek mahkeme maddi konunun mutlak-nisbi yokluğu ayırımını yaptığı kararlarında bile, esasen bu ayırımı yalnızca tesadüfi imkânsızlık hallerine bağlı kalmaksızın, *ex-ante* bir değerlendirmeye yapmış, dolayısıyla söz konusu ayırımı yaptığı hallerde de klasik objektif anlayıştan ziyade, bu görüşe yakın kararlar vermiştir.⁶⁵

“Sanıklar ..., ..., ..., ... ve ... hakkında müştekiler ... ve ...'e karşı işlemiş oldukları hırsızlık suçlarından kurulan hükümlerin incelenmesinde;

⁶¹ İçel, s. 527.

⁶² Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.328-329.

⁶³ Demirbaş, s. 486-487.

⁶⁴ Hafızoğulları/Özen, s. 341.

⁶⁵ Özocak, s. 985.

Sanıkların hırsızlık yapmak için girdikleri müştekelere ait evde çalacak vasıf ve değerde eşya ya da para bulamadıkları için bir şey almadan olay yerinden ayrıldıkları iki eylemde; hırsızlık suçunun icra hareketine başlandığı, ancak tamamlanmadığı anlaşıldığından, anılan suçların teşebbüs aşamasında kaldığı düşünülmeden yazılı şekilde uygulama yapılması,

Bozmayı gerektirmiş, o yer Cumhuriyet Savcısının temyiz talepleri bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan, hükümlerin açıklanan nedenle tebliğnameye uygun olarak BOZULMASINA...".⁶⁶

Bu teoriye göre, failin hareketi, suç konusu üzerinde bir tehlike meydana getirmeye muktedir değilse, işlenemez suçtan bahsedilir. Teşebbüs yoktur. Failin davranışının konu üzerinde tehlike yaratabilip yaratamayacağı değerlendirilirken failin bilgisi ile birlikte, genel hayat tecrübeleri de esas alınır ve bu değerlendirme hakim tarafından yapılır. Sadece failin bilgi ve tecrübeleriyle yetinilmez. Örneğin, atış mesafesinin dışında kalan bir kişiye tüfekle ateş edildiğinde ve doğal olarak isabet kaydedilemediğinde, bu teoriye göre (normal insanın deneyimlerine, ortak hayat tecrübelerine ve bu ve benzer hadiselerdeki sonuçlara bakılarak) objektif bir tehlikenin yokluğu sebebiyle, mutlak imkansızlığın varlığı kabul edilmelidir.⁶⁷ Aksi yönde örnek vermek gerekirse, bir kadın hamile olduğunu zannederek ve 10 haftadan sonra çocuğunu aldırılmak için doktora gider; bu sırada kadının hamile olmadığı anlaşılabilirse bile doktor çocuk düşürmeye teşebbüsten; kadın ise çocuk düşürmeye teşebbüsten sorumludur; kadının hamile olmaması doktorun sorumluluğunu etkilemez.⁶⁸

Somut tehlike (yeni objektif) teorisine göre maddi konu olmasa dahi hareketin yapıldığı anda, genel hayat tecrübesine göre failin fiili ile gerçekleştirmek istediği netice arasında uygunluk bulunuyorsa bir başka deyişle, failin fiili tehlikeli ise suça teşebbüs söz konusu olacaktır. Oysaki sübjektif teori açısından önemli olan failin suç işleme enerjisine sahip olması ve bunu dış dünyaya yansıtmasıdır. İki teori arasındaki farkı daha net bir şekilde izah için şu örnek verilebilir: Genel yaşam deneyimine göre bir bankanın kasasında para bulunması ola-

⁶⁶ Yargıtay, 13. Ceza Dairesi 2016/6126 E. , 2018/2104 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 05.02.2020)

⁶⁷ Artuk, s. 660-661.

⁶⁸ Demirbaş, s. 487.

ğandır ve olayların büyük çoğunluğunda bunun böyle olması normaldir. Bu nedenle, taşınma dolayısıyla kasası boş banka şubesine girerek kasayı açmak üzereyken yakalanan hırsız, somut tehlike teorisine göre teşebbüsten cezalandırılmalıdır.⁶⁹ Sübjektif teoriye göre ise failin hırsızlık için girdiği bankada, kasa bulunmasa dahi fail suça teşebbüsten cezalandırılır. Zira bu teoriye göre suçun maddi konusundan bağımsız olarak faildeki ruh kötülüğü başlı başına cezalandırılma için yeterlidir.

IV. SUÇUN MADDİ KONUSUNUN YOKLUĞU VE TİPİKLİK HATASI

Bilmeme veya yanlış bilme şeklinde ortaya çıkan hata, kişinin tasavvuru, zihninden geçirdikleri ile gerçeğin birbirine uymamasını ifade eder.⁷⁰ Hata, kural olarak iradenin oluşum sürecine etki eder ve gerçeğin yanlış biçimde tasavvuru veya bilinmesi nedeniyle irade bozulmuş olarak doğar. Failin tasavvurunun konusu dış dünyaya ait bir şeye ait olabileceği gibi normatif dünyaya (kurallar alanına) ilişkisinde olabilir. Dış dünyaya ait bir şeyin olduğundan farklı bir şekilde algılanması halinde *tipiklik hatasından*, normatif dünyaya ait gerçekliğin olduğundan farklı bir biçimde değerlendirilmesi halinde ise *yasak hatasından* bahsedilir. Tipiklik hatası bir algılama hatası olduğu halde; yasak hatası bir değerlendirme hatasıdır.⁷¹

Hata TCK'nın 30. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) *Fii- lin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*

(2) *Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*

(3) *Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”.*

İnceleme konumuz suçun maddi konusu, suçun maddi unsurlarından biri olduğundan yapacağımız açıklamalar, maddenin 1. fıkrası

⁶⁹ Centel / Zafer / Çakmut, s. 485.

⁷⁰ Artuk vd., s. 579.

⁷¹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 240.

çerçevesinde olacaktır. Öncelikle belirtmeliyiz ki, kasıtlı suçlarda suçun maddi unsuruna (dolayısıyla konuya) ilişkin fiili hatanın kusurluluğu ve sonuçta sorumluluğu tam olarak etkileyebilmesi için *esaslı* nitelik göstermesi gerekir. Fail hataya düşmeseydi eylemi suç oluşturmayacak idiyse, hatası esaslıdır ve bu durumda kast şeklindeki kusurluluk unsuru tamamen ortadan kalkacağı için ceza sorumluluğu söz konusu olmaz.⁷² Örneğin, tarlada korkuluk sanarak bir insana ateş eden kişinin düştüğü hata, suçun maddi konusu açısından esaslıdır.

Hata nedeniyle failin kastı kalkar. Ancak failin hatası, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanıyorsa bu halde suçun maddi unsurlarının taksirli bir şekilde gerçekleştiğinden bahsedilir. Bir başka anlatımla, fail, dikkat ve özen yükümlülüğüne riayet etseydi hataya düşmezdi denilebiliyorsa, bu halde taksirle gerçekleştirilmiş bir haksızlık söz konusu olmaktadır.⁷³ Konuyla ilgili Yargıtay kararı: “Şu durumda; yorgun olarak eve gelip, aydınlık olan dış ortamdan karanlık olan ev ortamına giren sanığın, sincaplarla ilgili olarak daha önceden meydana gelmiş olan olayların da etkisiyle, pencerenin önünde hareket eden canlıyı sincap zannedip, gerekli dikkat ve özeni göstermeden av tüfeği ile ateş etmek suretiyle pencerenin önünde bulunan kardeşini vurmaktan ibaret eylemi, hem 765 sayılı Yasa açısından, hem de 5237 sayılı Yasa yönünden “taksirle öldürme” suçunu oluşturacağından Yerel Mahkemenin direnme kararı yerinde değildir.”⁷⁴ şeklindedir.

Kişinin içine düştüğü yanlıgı aksi yönde de olabilir. Mesela kişi, müşterek ağıldan A'ya ait koyunu çalmak isterken, yanlışlıkla kendi koyununu aldığı anda hırsızlık suçunu işlemek kastıyla hareket etmiştir. Ancak hırsızlık suçunun çalınan şeyin (suçun maddi konusunun) başkasına ait olması gerektiği hususundaki unsuru bu olayda gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla, bu fiil nedeniyle kişinin cezai sorumluluğuna gidilemeyecektir.⁷⁵ Ancak burada kişinin cezasızlık nedeni, TCK 30. madde de düzenlenen hata hükümleri değil, maddi konunun yokluğuna bağlı elverişsiz teşebbüstür (işlenemez suç) .

⁷² İçel, s. 483.

⁷³ Artuk vd. s. 588.

⁷⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2008/1-150 E., 2008/192 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

⁷⁵ Özgenç, s. 460.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere suçun maddi konusunun bulunmadığı durumlarda, TCK m.30/1 kapsamında tipiklik hatasının bulunduğu söylemek mümkün değildir. Zira fail klasik tipiklik hatasında yanıldığı suçu işlemek istememektedir. En fazla tedbirsizlik ve dikkatsizliğe bağlı taksirli sorumluluk hali söz konusu olur. Oysaki elverişsiz teşebbüste (işlenemez suç) fail açıkça maddi konusu olmayan suçu işlemek istemektedir. Failin kastı, TCK m.30/1’de düzenlenen suçun maddi unsurlarına dair hata (tipiklik hatası) hükümlerinin kendisine tatbikine engel teşkil eder.

SONUÇ

Suçun maddi konunun bulunmadığı durumlarda, suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı hususunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda açık bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, nasıl bir cezalandırma yoluna gidileceği belirsizdir. Suçun maddi konusunun yokluğu halinde doktrinde işlenemez suçun varlığı kabul edilmekle birlikte, teşebbüsün cezalandırılması meselesi tartışmalıdır. *Objektif teorinin* suçun maddi konusunun yokluğuna ilişkin mutlak ve nisbi elverişsizlik ayrımını tutarsız bulmaktayız. Zira suçun maddi konusu ya vardır ya da yoktur. Bunun dışındaki ayrımlar farazidir. İlâveten bu teori, mutlak ve nisbi yokluk tespit edilirken, imkânsızlığın hangi andan itibaren bulunması gerektiği konusunda somut bir ölçüt önerememiştir. Kanaatimizce burada bakılması gereken, hareketin gerçekleştiği anda failin olayla ilgili bilgisi de dikkate alınarak maddi konunun var olup olmadığıdır. Suçun üzerinde gerçekleştirileceği kişi veya şey olmasa dahi failin fiili bağımsız bir suç teşkil ediyorsa, bu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilmelidir. Örneğin, cesede yaşıyor zannıyla ateş kişinin, ateşli silah bulundurma ve kişinin hatırasına hakaret suçlarından dolayı cezalandırılması gerekir.

Sübjektif teori ise suçun maddi konusunun yokluğuna bakmayıp, ceza vermek için yalnız kastın ortaya çıkması ile yetindiğinden çağdaş ceza hukukunun prensipleri ile bağdaşmamaktadır. Zira bu teoriye göre, hiçbir zarar veya zarar ihtimali bulunmayan hallerde de failin ruhen kötülüğü ceza vermeyi gerektireceğinden, cezalandırmanın sınırı aşırı genişlemektedir.

Suçun maddi konusunun bulunmadığı durumlarda, TCK m.30/1 kapsamında tipiklik hatasının bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Zira fail klasik tipiklik hatasında yapıldığı suçu işlemek istememektedir. Oysaki elverişsiz teşebbüste fail açıkça maddi konusunda hataya düştüğü suçu işlemek istemektedir. Ayrıca maddi konunun hareketin elverişsizliğinin ayrılmaz bir unsuru olduğu yönündeki görüşe de katılmamaktayız. Elbette aralarında bir bağ bulunmakla beraber, suçun maddi konusunun yokluğu, hareketin elverişsizliği ile aynı şey değildir. Örneğin, yanlışlıkla bir gölgeye ateş etme, maddi konu bulunmasa dahi esasında bir insanı öldürmek için elverişli bir harekettir.

Konunun doktrinde bu kadar yoğun tartışılmasının nedeni, TCK'da düzenlenmeyiştir. Bize göre maddi konunun bulunmaması durumunda suça teşebbüs açısından yapılacak değerlendirmede hareket noktası somut tehlike (yeni objektif) teorisi olmalıdır. Elbette ki teşebbüsün cezalandırılma nedeni failin fiilinin suçu oluşturmaya uygun ve tehlikeli oluşudur. Suçun maddi konusunun yokluğu halinde neticenin meydana gelmesi mümkün olmasa da, hareketin yapıldığı ana (*ex ante*) göre, failin düşüncesi ile netice arasında bir uygunluk varsa, failin fiili suçu oluşturmaya uygun ve tehlikeli ise suça teşebbüs mümkün olacaktır. Örneğin kişiyi öldürmek kastıyla boş yatağa ateş edilmesi halinde, olay anı esas alınmak üzere failin bilgisi ve genel hayat tecrübeleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre failin ateş ettiği boş yatak, öldürülmek istenen kişinin sürekli kullandığı konutunda yer alıyorsa, vakit kişinin yatakta bulunmasına uygunsa, kişi tesadüfen o anda yatakta değilse, kasten öldürmeye teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır. Zira bu durumda failin fiili suçun maddi konusu üzerinde tehlike oluşturmaktadır. Aksi koşulların varlığı halinde ise işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) söz konusu olmalıdır. Ayrıca verdiğimiz örnekte maddi konu olmasa da fail, suça ilişkin icra hareketleri ile tehlikeli kişiliğini ve kastını ortaya koymuş; korunan hukuki menfaati tehlikeye atmıştır. Bu nedenle faile, teşebbüs hükümleri uygulanmasa da antisosyal davranışından ötürü, en azından güvenlik tedbiri uygulanmasının uygun olacağı kanısındayız.

Kaynakça

- Alacakaptan Uğur, İşlenemez Suç, AÜHF Yayınları, Ankara 1967.
- Artuk M. Emin/ Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Aydın Devrim, "Suça Teşebbüs", *AÜHF Dergisi*, Ankara 2006, C.55 Sa.1, s. 85-113.
- Aydın Murat, "İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 2013, Cilt 21, Sayı 1, s. 77-104.
- Bayraktar Köksal, "Uğur Alacakaptan-İşlenemez Suç", Kitap İncelemesi, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1968, Cilt: 34 - Sayı: 1-4, s. 714- 730.
- Centel Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Basım, İstanbul 2017.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Dönmezer Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Basım, İstanbul 1998
- Erem Faruk, "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1968, S.1 C. 25, s. 11-33.
- Gardner Thomas J. and Terry M. Anderson, Criminal Law, Wadsworth Publishing, Belmont USA 2012.
- Hafizoğulları Zeki ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2010.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler/Temel Bilgiler, Astana Yayınları, Ankara 2018.
- Heinrich Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Ed. Yener Ünver (Çev. Hakan Hakeri vd.), Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, İstanbul 2017.
- İpekçioglu Pervin A., Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- Jeschek Hans Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş (Çev. Feridun Yenisey), Beta Basım, İstanbul 2007.
- Koca Mahmut ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.
- Özbek Veli Özer vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Özocak Gürkan, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Öztürk Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Robbins Ira P., "Attempting the Impossible: The Emerging Consensus", *Harvard Journal on Legislation*, Volume 23, 1986, p. 377-443.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

Sözüer Adem, Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş Ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul 2015.

Tezcan Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Toroslu Nevzat, Haluk Toroslu. Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

Yurtcan Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler) Cilt I, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 305, Ankara 2015.

Yurtcan Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 317, Ankara 2016.

İnternet Kaynakları

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (s.e.t.: 06.02.2020).

https://ledroitcriminel.fr/la_science_criminelle/ (s.e.t.: 06.02.2020).

tbbyayinlari.barobirlik.org.tr (s.e.t.: 04.06.2019).

dspace.ankara.edu.tr (s.e.t.: 06.02.2020).

VERGİ YARGILAMASI HUKUKUNDA TANIK BEYANI (Türkiye Uygulamasının Avrupa Yaklaşımı Işığında Değerlendirilmesi) WITNESS STATEMENT AT TAX PROCEDURAL (AN ASSESSMENT OF THE TURKISH PRACTISE IN THE LIGHT OF THE EUROPEAN APPROACH)

Hasan ORAL*

Özet: Türk vergi yargılaması hukukunda delil serbestisi ilkesi benimsenmekle birlikte, yeminin delil olarak kabul edilmemesi, belge düzenine uyma zorunluluğu ve vergiyi doğuran olay ile ilgili tabii ve açık olmayan kimselerin beyanlarının tanık beyanı olarak kabul edilmemesi konularında bazı sınırlamalar bulunmaktadır.

Bu sınırlamalardan biri olan “tanık beyanı”na, vergiyi doğuran olayın tespitinde, vergi idaresince başvurulabiliyor olması yasayla güvence altına alınmıştır. Ancak ülkemizde yargılama aşamasında tanık beyanına başvuruluyor olmasına engel teşkil edebilecek bir yasal düzenleme bulunmamakla beraber, tanığın vergi mahkemesinde dinlenebilmesine yönelik açık bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Vergilendirme aşamasında olduğu kadar yargılama aşamasında da tanık beyanından yararlanılması, vergi yargılama hukuku açısından büyük bir önem arz etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin son dönemdeki içtihatları da, vergi yargılamasında tanık beyanına yer verilebileceği yönündedir. Zira Avrupa Birliği’ne üye bazı ülkelerin mevzuatlarında tanık beyanın yargılama esnasında dinlenilmesine ilişkin usul hükümleri ayrıntılarıyla yer almıştır.

Bu nedenle ülkemizde vergi yargılaması esnasında tanık beyanının dinlenmesine ilişkin usul hükümlerine yer verilmesi, delil serbestisi sistemini benimseyen vergi yargılaması hukuku açısından gereklilik teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tanık, Tanık Beyanı, Vergilendirme, Vergiyi Doğuran Olay, Vergi Yargılaması, Delil Sistemi, Ceza Muhakemesi,

Abstract: Even though the principle of circumstantial evidence is adopted in the Turkish law of tax litigation, there are certain restrictions pertinent to denial of witness statement as evidence, requirement for compliance with document formalities, as well as barring persons with no natural and explicit bond to the source event of taxation from testifying as witnesses.

* Av. Dr., hasanoral74@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-4366-4988, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.04.2018, Kabul Tarihi: 12.04.2018

Concerning one of such restrictions, at identification of the source event to taxation, referral to witness statement by the tax authority is secured under the law. Nevertheless, even the Turkish legislation is not inclusive of any rule that prevents resorting to witness statement during trial, it is also not inclusive any explicit rule that refers to hearing of a witness at the tax court.

Making use of witness statements during judicial procedures, as well as in tax procedures poses a considerable significance from a tax justice point of view. Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights also condones the idea that denial of witness statements in the tax justice context constitutes a breach of right to fair trial. Legislation of certain European Union Member States likewise includes detailed rules of procedure pertinent to hearing of witnesses in tax justice.

Therefore, stipulation of procedure rules pertinent to hearing of witnesses at tax litigation constitutes a requirement for a tax justice that adopts the system of circumstantial evidence.

Keywords: Witness, Witness Statement, Taxation, Causes Tax Event, Tax Trial, Evidence System, Criminal Procedure

GİRİŞ

Türkiye’de idari işlemlerin en hassas alanlarından birini vergilendirme işlemi oluşturmaktadır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin konulması, değiştirilmesi ve kaldırılmasının Anayasa’nın 73. maddesinde kanun ile gerçekleştirileceği öngörülmüştür.¹ Ancak kanunilik ilkesi tek başına yürürlüğe giren vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin tarh, tahakkuk, tebliğ ve tahsil aşamalarını başarıyla gerçekleştirilmesinin önündeki tüm sorunları ortadan kaldıramamaktadır.

Devletin vergilendirme yetkisi 1982 Anayasası’ndaki temel hak ve özgürlükler içinde mülkiyet ve miras hakkı,² özel hayatın gizliliği,³ yerleşme ve seyahat özgürlüğü,⁴ çalışma ve sözleşme özgürlüğü,⁵ sosyal güvenlik hakkı,⁶ ailenin korunmasına⁷ ilişkin hükümlere karşı duyarlılık teşkil etmektedir.⁸ Bu durum vergilendirme yetkisini kullanan devlet ile mükellefleri sık sık karşı karşıya getirmektedir.

¹ Anayasa 73. madde 3. fıkra “Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.”

² Anayasa’nın 35. maddesi

³ Anayasa’nın 20. maddesi

⁴ Anayasa’nın 23. maddesi

⁵ Anayasa’nın 48, 49. maddeleri

⁶ Anayasa’nın 60. maddesi

⁷ Anayasa’nın 41. maddesi

⁸ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Vergi Hukuku, 14. Bası, Turhan Kitapevi, Eylül 2006, s. 44

Türk hukuk sistemimizde vergi uyuşmazlıklarının çözümü konusunda idari çözümler ve yargısal çözümler olmak üzere ikili bir yol benimsenmiştir. İdari çözümler mükellef ile vergi dairesi arasında uyuşmazlık konusunda uzlaşma ve düzeltme yolları gibi barışçıl yöntemlerle anlaşarak ya da idari denetim ilkeleri çerçevesinde ortadan kaldırılmasına ilişkin yöntemler olarak ifade edilmektedir.⁹ İdari çözümden bir sonuç alınamaması ya da idari çözümün tercih edilmemesi durumunda başvurulabilecek diğer bir yol ise yargısal çözüm yoludur.

İdari nitelikteki çözümlerin aksine yargısal çözümde davacı ve davalı arasındaki çekişme, yargı organının işlemi ile karara bağlanıp kesin olarak son bulur.¹⁰

Vergi yargılamasına konu olan vergilendirme işleminin hukuka uygun olup olmadığını tespit etmek görevli hâkimler bir takım delillerden yararlanmaktadır. Vergiyi doğuran olayın gerçekleşip gerçekleşmediği, ne zaman, nasıl, nerede ve kimin nezdinde gerçekleştiği, dolayısıyla vergilendirme işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığının tespitinde, hâkimin, hukuka uygun olarak elde edilmiş olan delillerden yararlanması mümkündür. Ancak vergi yargılaması hukukunun işlevi ve çözülen uyuşmazlıkların niteliği dikkate alınarak, yargılama hukukunun diğer dallarında delil olarak kabul edilen bazı araçlara delil niteliği tanınmamış ya da bazı araçlar sınırlamalara tabi tutularak delil niteliği tanınmıştır. Nitekim vergi yargılaması hukukunda delil serbestisi ilkesi benimsenmekle birlikte, yeminin delil olarak kabul edilmemesi, belge düzenine uyma zorunluluğu ve vergiyi doğuran olay ile ilgisi tabi ve açık olmayan kimselerin beyanlarının tanık beyanı olarak kabul edilemeyeceği konularında bazı sınırlamalar getirilmektedir.¹¹

Çalışmamızın konusunu diğer yargılama alanlarından farklı olarak değerlendirilen tanık beyanının vergi yargılaması hukukundaki delil niteliği tartışılacaktır.

İlk bölümde vergi yargılamasında tanık beyanının hukuki niteliği ele alınacaktır.

⁹ Öncel, Kumrulu, Çağan s. 170

¹⁰ Öncel, Kumrulu, Çağan s. 170

¹¹ Yusuf Karakoç, "Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanının Delil Olması", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 104, s. 91

İkinci bölümde ise Almanya ve İngiltere'nin mevzuatları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararlarının konuya yaklaşımı incelenecektir. Almanya ve İngiltere'nin Avrupa'nın iki köklü hukuk sistemine sahip devletler olması, özellikle Almanya'nın yasaları esas alınarak Gelir Vergisi, Kurumlar Vergisi ve Vergi Usul Kanunlarının ülkemizde kabul edilmiş olması, bu ülkelerin konuya yaklaşımı kanımızca önemli kılmaktadır.

Sonuç bölümünde çalışmanın öne çıkan unsurlarının altı çizilerek, vergi yargılamasında tanık beyanı dinlenmesine ilişkin tartışmanın, kendi görüşümüzü de içeren genel bir değerlendirmesi yapılacaktır.

I. TÜRK VERGİ YARGILAMASI HUKUKUNDA TANIK BEYANI

Vergilendirme işlemine girilirken devlet, otoritesini (gücünü, devlet yetkisini, devlet kudretini, egemenlik gücünü) kullanmaktadır. İlişkinin bu özelliği vergi hukukunu kamu hukuku dalına sokmaktadır.¹²

Türk vergi sistemi, vergiyi doğuran olayın belgelendirilmesi ve bu belgelerin de belli süreler içerisinde yasada öngörülen defterlere kaydedilmesi esasına dayalıdır. Yasal düzenlemelere uygun olarak düzenlenen belge ve bu belgelere dayanılarak yapılan kayıtlar, vergi hukuku açısından "ilk görünüş" ya da "doğruluk karinesi" adı verilen bir hukuksal ön kabul karinesinden yararlanır.¹³ Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 3. maddesinin "ispat" başlıklı B fıkrasında yer alan, "vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır" hükmü gerçekte bir ispat kuralından çok vergi hukukunda ekonomik yaklaşıma ilişkin kurallar öngörmektedir. Buna göre vergi doğurucu işlem, olay ve hukuki durumların sadece dış görünüşleri, hukuki biçim ve isimleri değil, aynı zamanda bunların ekonomik anlam ve içerikleri de göz önünde bulundurulacaktır.¹⁴ Belge ve kayıtlarla tespit edilen hukuki işlemin gerçek durumu yansıtır olması da gereklidir.¹⁵

¹² Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 3

¹³ Veysi Seviğ, "Gelişen Vergi Hukukunda Delil ve İspat", *Vergi Dünyası*, Sayı 277, Eylül 2004, s. 13

¹⁴ Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 25

¹⁵ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, 2002/550 E., 2003/287 K. ve 16.05.2003 tarihli kararı

Ceza hukukunun yanında re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu bir diğer yargılama hukuku da idari yargılama hukuku, dolayısıyla da vergi yargılaması hukukudur. İdari yargılama hukukunda re'sen araştırma ilkesinin hukuki dayanağı İYUK'un 20. maddesinin birinci fıkrasından almaktadır. Bu maddede "*Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. [...] lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler.*" hükmüne yer vermektedir. Bu hüküm, açık bir biçimde idari hâkimi davayı sevk ve idare etmekle ve her türlü incelemeyi ve araştırmayı kendiliğinden yapmakla görevlendirmektedir.¹⁶

Danıştay da yerleşik içtihatlarında İYUK 20. maddesinde yasal dayanağını bulan re'sen araştırma ilkesini işlemiştir. Danıştay, idari yargının, bu ilke gereğince, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kurallarını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahip olduklarını belirtmektedir. Yine idari yargı, maddi olayı belirleme yönünden de her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yaparak iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilir, tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırıp, maddi olayın çözümünü için gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırabilir.¹⁷

Danıştaya göre re'sen araştırma ilkesi, bir taraftan yargılamada göz önüne alınması gereken kamu düzenine ilişkin hususlarda mahkemenin sağlıklı bir sonuca ulaşabilmesi, bir taraftan da yargı denetiminin bir hukuka uygunluk denetimi olması ve herhangi bir işlem veya eylemin hukuka uygun olup olmadığının bazen kapsamlı bir araştırma ve incelemeyi gerektirebilmesi nedeniyle önemli bir ilkedir.¹⁸

Vergi hukukunda bir vergisel işlemin temelindeki maddi olayın (ve suçlarda manevi unsurun) ispatı delillerden yararlanmak suretiyle ortaya konmaktadır. Bu delillerden birini de tanık beyanı oluşturmaktadır.

¹⁶ Çağdaş Evrim Ergün, "Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma İlkesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, Cilt 55, Sayı 2, s. 70

¹⁷ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 1995/209 E., 1997/124 K., 21.02.1997 tarihli kararı

¹⁸ Danıştay 12. Daire, 2005/5195 E., 2006/1109 K. ve 27.03.2006 tarihli kararı

Vergilendirme işleminin tesisinden önce idarenin yaptığı araştırma ve inceleme sırasında ise, tanığa ancak kanunda yazılı niteliklere sahip olması koşulunda başvurulması mümkündür. Diğer bir ifadeyle vergi hukukunda kanıtlama vasıtası olarak tanığa ancak idare tarafından ve belli koşullarda başvurulabilir.¹⁹ Ancak vergi uyuşmazlığının dava konusu yapılması halinde, vergi yargılamasında tarafların tanık deliline başvurulabilmesine ilişkin bir hükme varabilmek için konunun hem mevzuat hem de içtihat açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

1. Tanık Beyanına Vergilendirme Aşamasında Başvurulması

VUK'un 3. maddesinin B bendinin 2. fıkrasında "*Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgili tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.*" hükmü ile gerçekleşmiştir.

Bu düzenlemenin yapılmasına kadar geçen sürede vergi hukuku uygulamaları ve Danıştay kararlarında, kimlerin tanık olarak bilgisine başvurulabileceği ve tanık beyanlarına hangi hallerde ve ne derece delil niteliği tanınıp tanınamayacağı konusu uzun süre tartışılmıştır. Danıştay bu konuda bir değişim ve gelişim çizgisi izlemiştir. Danıştay, "*ilgililerin ihbarı ve şahit ifadesi, maddi delil veya kanuni ölçü sayılmayacağı*" kararıyla²⁰ ilgililerin beyanları ve tanık ifadelerini delil olarak kabul etmezken, başka bir kararında²¹ "*şahit ifadelerine dayanarak mükellefiyet tesisi caizdir*" diyerek tanık ifadesini delil olarak kabul etmiştir. Ayrıca Danıştay 4. Dairesi "*gayrimenkul sermaye iradının tespitinde yazılı kira sözleşmesi yoksa kiracıların verdiği bilgilere dayanılması gerektiği*" kararına²² karşılık bir sonraki kararında²³ "*yazılı kira sözleşmesi bulunmayan hallerde gayrimenkul sermaye iradı üzerinden gelir vergisi tarh edilirken mücerret kiracı ifadelerinin delil sayılmayacağı*" görüşüne yer vermiştir. Aynı dairenin aynı konuda kararlar vermesi nedeniyle içtihadın birleştirilmesi yoluna gidilmiş, ancak "*gelir vergisi uygulamasında*

¹⁹ Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ekim 2005, s. 803

²⁰ Devlet Şûrası 4. Daire 1954/1884 E., 1954/3338 K. ve 26.11.1954 tarihli karar

²¹ Danıştay 4. Daire 1960/2660E., 1962/3261 K. ve 20.09.1962 tarihli kararı

²² Danıştay 4. Dairesi 1968/3609E., 1969/7042 K. (Danıştay Dergisi sayı:8 s. 64)

²³ Danıştay 4. Dairesi 1968/6217 E., 1970/1447 K. (Danıştay Dergisi sayı:8 s. 64)

yazılı kira sözleşmesi bulunmayan hallerde, gayrimenkul sermaye iradının tespiti için kiracı beyanlarının esas alınıp alınmama konusu delillerin takdirine ilişkin görüldüğünden içtihadın birleştirilmesine yer olmadığına” karar²⁴ verilmiştir.²⁵

VUK’un 3. maddesinin B bendinin 2. fıkrasında düzenlemenin yapılması ile tanık beyanının vergilendirme aşamasında kullanılması konusunda bir tereddüt kalmamıştır. Düzenlemeye göre tanık ifadesinin delil aracı olarak kullanılabilmesi için, tanığın vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii bulunmalı ve söz konusu ilgi açık olmalıdır.

1.1. Tanığın Vergiyi Doğuran Olayla İlgisi Tabii Olmalıdır

Vergi hukukunda tanık beyanının delil olarak kullanılmasında getirilen ilk koşul tanığın vergiyi doğuran olayla ilginin tabii olmasıdır. İlginin tabii bulunmasından anlaşılması gereken şeyin ne olduğu konusunda kanun hükmünde herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Danıştay kararlarında da bu konuda bir tanımlamaya gidilmemiştir. Bu açıklamaya ancak tanığa kanıtlama vasıtası olarak hukuki değer atfeden Danıştay kararlarının yorumlanmasıyla ulaşmak mümkün olabilir. Buna göre; tanığın vergiyi doğuran olayla ilgisinin tabii kabul edilebilmesi için, bu olayı ve bu olaya ilişkin muameleleri bilmek durumunda olacağı bir konumda bulunması gerektiği anlaşılmaktadır.²⁶ Örnek olarak; emtia alıcısının,²⁷ faiz karşılığı borç alan kişinin,²⁸ hekimin hastalarının, avukatın müvekkillerinin,²⁹ kiracının³⁰ mükelle-

²⁴ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, 1971/5 E., 1972/5 ve 08.01.1972 tarihli kararı

²⁵ Karakoç, “Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanının Delil Olması”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 104, s. 103

²⁶ Candan, s. 804

²⁷ Danıştay VDDGK 1999/194 E., 1999/614 K. ve 24.12.1999 tarihli kararı “Mükellefle husumeti bulunmayan alıcının vergiyi doğuran olayla ilgisinin tabii ve açık bulunması sebebiyle, ifadesinin maddi delil olduğu hk.”

²⁸ Danıştay VDDGK 2002/12 E., 2002/101 K. ve 15.03.2002 tarihli kararı
Danıştay 3. Daire 1986/1875 E., 1987/812 ve 25.03.1987 tarihli kararı “Ödediği faizi miktar itibarıyla belirten borçlunun aldığı borç miktarına yıllık ya da aylık faiz oranı uygulanarak faiz miktarının yeniden tespit edilemeyeceği borçlu tarafından ödendiği bildirilen faiz miktarının aynen alınması gerektiği hk.”

²⁹ Danıştay 7. Daire, 1973/2056 E., 1973/1808 K. ve 31.05.1973 tarihli kararı
Danıştay 3. Daire, 1986/3625 E., 1987/1255 K. ve 13.05.1987 tarihli kararı “Müvekkillerinin ifadelerinin, avukat olan mükellefin kazancının belirlenmesinde maddi delil olduğu hk.”

³⁰ Danıştay 3. Daire, 1986/3250 E., 1987/2717 K. ve 01.12.1987 tarihli kararı

fin muhasebecisinin,³¹ işyerinde çalışan işçinin,³² taşıt sürücüsünün,³³ komisyoncunun,³⁴ tarafı bulunduğu hukuki muamele veya ilişki dolayısıyla, vergiyi doğuran olayla ilgisinin tabii bulunduğu kabul edilmektedir.

Görülebileceği üzere tanığın vergiyi doğuran olayla ilgisinin tabii kabul edilebilmesinin belirlenmesinde en önemli unsur, tanığın vergiyi doğuran olayla bir bağının varlığıdır. İkinci unsur ise bu bağın, vergiyi doğuran olayla ilgisinin doğrudan olmasıdır. Nitekim mükellefin eniştesinin fatura düzenlememe eylemi ile³⁵ bir kez ticari ilişkide bulunan müşterinin mükellefin bütün ticari faaliyeti ile³⁶ ticari ilişkiye taraf olan kişinin yakınının bu ticari ilişkiyle³⁷, bina komşusunun kira kontratının içeriğiyle³⁸ ilgisinin tabii olmadığı sonucuna varılmaktadır.³⁹

1.2. Tanığın Vergiyi Doğuran Olayla İlgisi Açık Olmalıdır

VUK'un 3. maddesinin B bendinin 2. fıkrasında tanık beyanının delil olarak kullanılmasında getirilen ikinci koşul tanığın vergiyi doğuran olayla ilginin açık olmasıdır. Tanığın, içinde bulunduğu konum sebebiyle vergiyi doğuran olayla ilgisi ilk bakışta tabii görünebilmektedir. Ancak tabii görünen her ilgi gerçekte var olmayabilir. Örneğin;

³¹ Danıştay 3. Daire, 1986/2954 E., 1988/1858 K. ve 21.06.1988 tarihli kararı "Yalnızca vergi mükellef veya sorumlusunun bilebileceği türde olmayan maddi bir olgunun, diğer bir anlatımla, orada bulunan herkesin bilebileceği bir durumun, örneğin işyerinde çalışan bir işçi sayısının tespitinin muhasibin ifadesine dayanılarak tespitinde kanuna aykırılık olmadığı hk."

³² Danıştay 4. Daire, 1988/2042E., 1988/4360 K. ve 07.12.1988 tarihli kararı

³³ Danıştay 3. Daire 1986/3234E., 1987/2632K. ve 19.11.1987 tarihli kararı "Taşıt sürücüsünün ifade ve imzası ile düzenlenen yoklama tutanağından, sevk ve irsalıyesinin taşıtta bulunmadığı anlaşıldığından, aksi yoldaki iddia da isabet olmadığı hk."

³⁴ Danıştay 3. Daire, 1986/2886 E., 1987/2624 K. ve 19.11.1987 tarihli kararı "Götürü usulde gelir vergisi mükellefi olan otobüs işletmelerine yolcu temin eden yazıhane işletmecisinin belge düzenlemediği yolundaki ifadesine dayanarak özel usulsüzlük cezası kesilebileceği hk."

³⁵ Danıştay 3. Daire, 1987/2083 E., 1988/1309 K. ve 27.04.1988 tarihli kararı

³⁶ Danıştay 4. Daire, 1984/2054 E., 1985/876 K. ve 21.03.1985 tarihli kararı

³⁷ Danıştay 3. Daire, 1987/1072 E., 1988/1020 K. ve 20.03.1988 tarihli kararı "Davacıyla ticari ilişkide bulunduğu iddia edilen kişinin kardeşinin ifadesine dayanarak matrah farkı bulunulamayacağı hk."

³⁸ Danıştay 4. Daire, 1984/478 E., 1985/714 K. ve 06.03.1985 tarihli kararı "Kira kontratında gösterilen bilgilerin aksinin, kirada taraf olmayan kimselerin ifadesi ile kanıtlanamayacağı hk."

³⁹ Candan, s. 806

yükümlünün bulunmadığı zamanlarda işlerini yürüten oğlunun söz konusu işle ilgisi tabii bulunmakla birlikte, yalnızca babasının bulunmadığı zamanlarda işin başında bulunan oğlunun, işin tümünün yürütümünden haberdar olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle, bu kişinin yükümlünün tüm faaliyetini kapsayacak şekilde vermiş olduğu ifadenin delil olarak değeri olmaz. Vergilendirmede beyanı delil olarak kullanılacak tanığın vergiyi doğuran olayla tabii ilişkisinin açık olarak anlaşılabilmesi de gerekir.⁴⁰

Vergilendirme muamelelerinde ifadesine dayanılan tanığın vergiyi doğuran olayla ilgisinin tabii ve açık bulunup bulunmadığı, her olayda, olayın özellikleri dikkate alınarak idari yargı yerlerince takdir edilmektedir.

Görüleceği üzere tanığın vergiyi doğuran olayla ilgisinin açık olmasının ilk unsuru tanığın konumunun vergiyi doğuran olayla olan bağının hemen anlaşılabilmesidir. Danıştay ilk unsuru tek başına yeterli görmemektedir. Bu nedenle ikinci unsur, mükellef ile tanık arasında, vergiyi doğuran olayla ilgili doğrudan anlaşılabilir bir itilafın olmaması olarak ifade edilebilir. Bu unsurların varlığı halinde tanığın, vergiyi doğuran olayla ilgisinin açık olduğu söylenebilir.

Danıştay bazı hallerde tanığın vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerle ilgisinin tabii ve açık bulunmasına karşın, ifadesine kanıt olarak itibar etmemektedir. Örneğin; mükellefle nizalı bulunan tanığın ifadesi,⁴¹ mükellefi zarara uğratmak amacıyla verilen tanık ifadesi,⁴² kira bedelini kendi ticari defterlerine mükellefin beyanına uygun olarak geçiren kiracının, kira sözleşmesinde yazılıdan daha

⁴⁰ Yusuf Karakoç, Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No:77, İzmir 1997, s. 153

⁴¹ Danıştay 3. Daire, 1987/1199 E., 1988/1021 K. ve 30.03.1988 tarihli kararı "Mükellefin imzasını taşımayan yoklama tutanağında Vergi Usul Kanunu'nun 131. maddesine uygun olmadığı; esasen bu tutanaktaki saptamaların, mükellefle iyi ilişkiler içinde bulunmayan kişiler nezdinde yapıldığı, bu nedenle, bu yoklama tutanağına dayanılamayacağı hk."

⁴² Danıştay 3. Dairesi, 1977/3507E., 1978/465 K. ve 15.02.1978 tarihli kararı Danıştay 3. Daire, 1986/1213 E., 1987/137 K. ve 15.11.1987 tarihli kararı "Alacaklı ile akraba ilişkisi hakkında inceleme elemanına gerçek dışı beyanda buluna borçlunun faiz ödediği yolundaki ifadesinin alacaklıyı zarara uğratmak amacı taşıdığı anlaşıldığından bu ifadeye itibar edilemeyeceği hk."

fazla kira ödemediği yolundaki ifadesi,⁴³ sahteliği ve geçersizliği tespit edilemeyen noter senedinin hilafına tanık ifadesi,⁴⁴ vergiyi doğuran olayla herhangi bir iktisadi ilişkisi bulunmayan, olaya tesadüfen tanık olan kimselerin ifadesi Danıştayın kanıt olarak değer taşımadığı tanık ifadeleridir.

Vergiyi doğuran olayın tespitinde Danıştay, VUK 3/b maddesi hükmünde öngörülen bu şartları ön koşul olarak görmekle beraber, diğer delillerle desteklenmeyen tanık delilini, yargılamanın tek başına dayanağı olarak görmemektedir. Danıştay kararlarında, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin ortaya çıkarılabilmesi bakımından ifadelerin ek maddi delillerle desteklenmesi gerektiği belirtilmiş,⁴⁵ somut bir tespit yapılmadan fatura düzenleyicisinin ifadesine dayanılarak yapılan cezalı tarhiyatı kabul etmemiştir.⁴⁶

2. Tanık Beyanına Yargılama Aşamasında Başvurulması

İYUK'un 1. maddesinin ilk fıkrasında Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların çözümü, İYUK'da gösterilen usullere tabi olduğu ifade edilmiştir. Bu hükme göre vergi yargılaması görevini gören Danıştay ve vergi mahkemeleri İYUK'daki temel hükümlere göre vergi yargılamasını gerçekleştireceklerdir.

VUK ile İYUK arasındaki ilişki özel kanun - genel kanun ilişkisi olarak nitelendirilmektedir. Özel bir idari usul yasası olan VUK, yargılamaya ilişkin bazı kurallar da içerir. VUK'da yer alan bir yargılama usulü kuralı, özel kural olması nedeniyle, salt vergi yargılaması ile sınırlı olarak İYUK'daki yargılama usulü kuralından önce uygulanır.⁴⁷ Ancak 213 sayılı VUK'da duruşmalarda tanık dinletilmesine ilişkin bir hükmün bulunmadığını görmekteyiz.

⁴³ Danıştay 3. Daire, 1986/3625 E., 1987/1255 K. ve 13.05.1987 tarihli kararı

⁴⁴ Danıştay 4. Daire, 1984/ 3803E., 1985/374 K. ve 13.02.1985 tarihli kararı

⁴⁵ Danıştay 3. Dairesi, 2000/905 E, 2001/16 K. ve 16.01.2001 tarihli kararı

⁴⁶ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 1999/424 E., ve 2000/137 K. ve 07.04.2000 tarihli kararı

⁴⁷ Mustafa Akkaya, "Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 46, Sayı 1-4, s. 193

İYUK'un 17⁴⁸ ve 18.⁴⁹ maddelerinde duruşma ve duruşmaya ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Bu maddelerde ve İYUK'un diğer maddelerinde vergi yargılamasında tanık dinletilebilmesine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer yönden İYUK'un idari davada delillerin belirlenmesine ilişkin 58. maddesinde tarafların, idari dava açıldıktan sonra bu davalara ilişkin delillerin tespitini ancak davaya bakan Danıştay, İdare ve Vergi Mahkemesi istemi uygun gördüğü takdirde, üyelerden birini bu işle görevlendirebileceği gibi, tespitin mahalli idari ve adli yargı mercilerce yaptırılmasına da karar verilebileceği, delillerin tespiti isteminin ivedilikle karara bağlanacağı hükmüne yer verilmiştir.

İYUK'un 31/1. maddesinde bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda;

⁴⁸ İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 17. maddesi "1. (Değişik: 3622 - 5.4.1990) Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinde açılan iptal ve bir milyar lirayı aşan tam yargı davaları ile tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri malî yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı bir milyar lirayı aşan vergi davalarında, taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılır. (*)

(*) birinci fıkrada geçen "bir milyar" ibareleri, 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un 55 inci maddesi ile "yirmi beş bin Türk Lirasını" şeklinde değiştirilmiş ve madde metnine işlenmiştir.

2. Temyiz ve itirazlarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlıdır.

3. Duruşma talebi, dava dilekçesi ile cevap ve savunmalarda yapılabilir.

4. (Değişik: 3622 - 5.4.1990) 1 ve 2 inci fıkralarda yer alan kayıtlara bağlı olmaksızın Danıştay, mahkeme ve hâkim kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verilir

5. Duruşma davetiyeleri duruşma gününden en az otuz gün önce taraflara gönderilir.

⁴⁹ İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 18. maddesi "1. Duruşmalar açık olarak yapılır. Genel ahlakın veya kamu güvenliğinin gerekli kıldığı hallerde, görevli daire veya mahkemenin kararı ile duruşmanın bir kısmı veya tamamı gizli olarak yapılır.

2. Duruşmaları başkan yönetir.

3. Duruşmalarda taraflara ikişer defa söz verilir. Taraflardan yalnız biri gelirse onun açıklamaları dinlenir; hiç biri gelmezse duruşma açılmaz. İnceleme evrak üzerinde yapılır.

4. Danıştayda görülen davaların duruşmalarında savcının bulunması şarttır. Taraflar dinlendikten sonra savcı yazılı düşüncesini açıklar. Bundan sonra taraflara son olarak ne diyecekleri sorulur ve duruşmaya son verilir.

5. Duruşmalı işlerde savcılar, keşif bilirkişi incelemesi veya delil tespiti yapılmasını yahut işlem dosyasının getirtilmesini istedikleri takdirde, bu istekleri görevli daire veya kurul tarafından kabul edilmezse, işin esası hakkında ayrıca yazılı olarak düşünce bildirirler.

- a. Hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi,
- b. Ehliyet,
- c. Üçüncü şahısların davaya katılması,
- d. Davanın ihbarı,
- e. Tarafların vekilleri,
- f. Feragat ve kabul,
- g. Teminat,
- h. Mukabil dava,
- i. Keşif,
- j. Delillerin tespiti,
- k. Yargılama giderleri,
- l. Adli yardım halleri

m. Duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukutunu ve inziyatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu uygulanacağı belirtilmiştir. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda birçok konuda değişiklikler yapılmış ve başta kanunun ismi de değiştirilerek 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklik nedeni ile İYUK'un 31. maddesinde belirttiği Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu olarak okumamız gerekmektedir.

İYUK'un 31/1. maddesi, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'na gönderme yaptığı hususları teker teker saymış, ancak tanık beyanının delil olarak kullanılmasına ya da tanığın duruşmada dinlenilmesine ilişkin herhangi bir gönderme de bulunmamıştır.

İYUK'un 31/2. maddesinde ise bu Kanun ve 31/1 fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde VUK'un ilgili hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir.

Vergi uyuşmazlıklarının yargısal yolla çözümünde VUK'da yer alan yargılama usulüne ilişkin hangi hükümlerden yararlanılabilece-

ği konusuna açıklık getirmek gerekmektedir. İYUK, VUK'un itiraz ve temyiz yollarını düzenleyen 379-412. maddeleri arasında yer alan 34 maddeyi yürürlükten kaldırmıştır. Danıştay, VUK'da vergi yargılaması usulü ile doğrudan ilgili olarak üç maddenin yer aldığını kabul etmektedir. Bunlar, vergi mahkemesinde dava açmaya yetkili olanlarla ilgili 377, dava konusu ile ilgili 378 ve duruşmalarda dinlenebilecek olanlara ilişkin olan mükerrer 378. maddelerdir.⁵⁰ Bunlardan başka VUK'da vergi yargılaması usulüne ilişkin olarak, vergi hatalarının düzeltilmesini,⁵¹ uzlaşmanın açılmış bulunan vergi davalarına etkisini, verginin ve cezanın dava konusu yapılmaması ile ek dava süresini,⁵² emlak vergisine ait bedel ve değer tespiti karşı dava açmaya yetkili olanlar ve dava açma süresini düzenleyen hükümler de yer almaktadır. Ayrıca bunlara vergilendirme aşamasında yorum, delil ve ispat konularını düzenleyen VUK'un 3. maddesini de eklemek gerekir.⁵³

VUK'un 3. maddesi B bendinin 2. fıkrasında öngörüldüğü üzere vergilendirme sürecinde Kanunda öngörülen şartlara uygun olarak tanık beyanının da kullanılabilmesi, yukarıda ayrıntılarıyla da belirttiğimiz üzere, düzenlenmiştir. Danıştay da vergilendirme aşamasında bu hüküm uyarınca tanık beyanını geçerli saymaktadır. Ancak sorun bu fıkrada koşullarına uygun tanığın duruşmada dinlenip dinlenemeyeceğinde yatmaktadır. Örneğin; inceleme elemanı tarafından tespit edilen tanık ifadelerine dayalı olan bir vergi tarhına karşı açılan bir davada, davacı tanıkların ifadelerinin güvenilir biçimde alınmadığını ileri sürerek mahkemece dinlenmelerini talep eder ise, mahkeme tanıkların dinlenebilecek midir?⁵⁴

Danıştay ise vergi yargılamasında tanık dinletilemeyeceği yolunda karar vermiştir.⁵⁵ Danıştay söz konusu kararında; İYUK'da yazılı yar-

⁵⁰ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 1991/51E., 1991/76 ve 25.10.1991 tarihli kararı "Her ne kadar 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinin ikinci fıkrasında vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanunu'nun ilgili hükümleri saklı tutulmuşsa da, bu konuda gönderme yapılan kurallar, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ... 377, 378 ve Mükerrer 378. maddeleridir."

⁵¹ Vergi Usul Kanunu 116 ila 126. maddeler

⁵² Vergi Usul Kanunu Ek 6. ve 7. maddeleri

⁵³ Yusuf Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanının Delil Olması, s. 110-111

⁵⁴ Yusuf Karakoç, Vergi Sorunlarının/Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları (Vergi Yargılaması Hukuku), Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.191

⁵⁵ Danıştay 3. Dairesi'nin 1986/1201 E., 1986/2706 K. ve 24.12.1986 tarihli kararı

gılama usulünün esas alındığına ve esasen İYUK'un 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun tanığa ilişkin hükümlerine atıf bulunmadığına göre; yükümlüden canlı hayvan satın alan kişinin vergi mahkemesince duruşmada tanık olarak dinlenmesinde, tanığa yemin teklif edilmesinde ve yemine icabet etmediği nedeniyle yemin teklif edilen hususun ikrar edildiğinin kabulü suretiyle delil olarak değerlendirilerek karar verilmesinde kanun ve usul hükümlerine uyarlık bulunmadığına hükmetmiştir.⁵⁶

Karakoç, Danıştay'ın yukarıda belirtilen kararından yola çıktığımızda tanıklık konusundaki sorunun pozitif düzenlemelerdeki eksikliğinin yanı sıra, vergi yargılaması hukukunda kabul edilen temel ilkelerin çelişmesinden doğduğunu ifade etmektedir. Vergi yargılaması hukuku ilkeleri olan yazılılık ilkesi ile delil serbestisi ve re'sen araştırma ve inceleme ilkeleri somut sorunda çatışmaktadır.⁵⁷

Yargılama sürecinde tanık dinlenilmesinin önünde bulunan hukuki düzenleme yokluğu ve yargı organlarının bu konuda çekingen davranmaları gibi engelleri aşmak için adli yargıda delil tespiti yoluyla elde edilen tanık beyanlarına ilişkin tutanaklar, dava dosyalarına intikal ettirilmektedir. Ayrıca yapılmış ve yapılmakta olan bir vergi incelemesi nedeniyle vergi yükümlüleri VUK'un 3. maddesi gereğince vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olan tanıkların beyanlarını tespit ettirmek amacıyla noterlere başvurmaktadır. Yazılı hale getirilmiş bu beyanlar vergi davası dilekçeleri ekinde ya da daha sonraki cevap verme aşamalarında sunulmaktadır. Böylelikle yargılama sürecinde tanık dinletilmesine karşı çıkan Danıştayın engellemesi aşılmakta, mahkemede dinlenilmemesine rağmen, tanık beyanlarına uyumsuzluk

⁵⁶ Danıştay'ın aynı yönde diğer bir kararı da Danıştay 3. Dairesi 1989/3460 E., 1990/3569K. ve 25.12.1990 tarihli kararıdır. Karara göre "2577 sayılı Kanun'un 17. ve 18. maddelerinde duruşmada tarafların dinleneceği hükme bağlanmış, şahit dinleneceğine ilişkin bir hüküm verilmemiştir. Aynı Kanun'un 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun şahadete ilişkin hükümlerine de yollama yapılmamıştır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yazılı yargılama usulü esas alındığına ve esasen İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun şahadete ilişkin hükümlerine atıfta bulunulmadığına göre vergi mahkemesince mahallinde keşif yapılmasından sonra davacı tarafından getirilen ve naylon fatura düzenlendiği iddia edilen... adlı şahısların ifadeleri alınarak düzenlenen tutanaktaki tespitlere dayanılarak ulaşılan sonuca göre tarhiyatın kaldırılması yolunda karar verilmesinde hukuki uyarılık görülmemiştir."

⁵⁷ Karakoç, Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi, s. 142

konusu olayların ispatında bir delil olarak başvurulması ve bunlardan yararlanılması sağlanmaktadır.⁵⁸

Doktrinde vergi yargılamasında tanık dinletilebileceği görüşü hâkimdir.⁵⁹ Bu görüşe göre İYUK'da tanık ile ilgili bir hüküm bulunmaması ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda tanığa ilişkin hükümlerine yollama yapılmamış olması, vergi yargılamasında tanık dinlenilmesinin yasak olduğunu değil, bu konunun düzenlenmediğini gösterir. Ayrıca VUK'un mükerrer 378. maddesinde Danıştay ve vergi mahkemelerinde yapılacak duruşmalarda iddia ve savunmanın gerekli kıldığı hallerde mahkemenin vergi davasına konu olan tarhiyatın dayanağı incelemeyi yapmış olan inceleme elemanı ile yükümlünün duruşmada hazır bulundurduğu mali müşavir veya muhasebecisinin dinlenilebileceğini kabul etmesi yoluyla vergi davalarında kısıtlı tanık dinleme imkânı getirilmiştir.⁶⁰

Doktrinde vergi yargılamasında tanık dinletilebileceğine ilişkin bir diğer gerekçe ise, vergiyi doğuran olayın tespitinin getirdiği zorluklardır. Tanık beyanı, maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasında önemli bir kanıt aracıdır. İkrazatçılık, müteahhitlik gibi faaliyetlerden elde edilen gelirlerin gizlenmesi, sahte faturaların katma değer vergisi indiriminde kullanılması ya da muvazaalı işlemlerle vergi zıyana yol açılması gibi nedenlerle yapılan cezalı tarhiyatlara karşı açılan davalar, tanık beyanı deliline duyulan ihtiyacı net bir şekilde ortaya koymaktadır.⁶¹ Ayrıca dava açan yükümlü, tanık beyanının vergi inceleme elemanı tarafından baskı altına alındığı, tanığın vergiyi doğuran olayla ilgisi olmadığı ya da tanıkla arasında husumet olduğu yönündeki itirazlarını ileri sürerek aleyhindeki delilin hâkim ve kendisi tarafından sorgulanması imkânını elde edecektir.⁶²

⁵⁸ Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanının Delil Olması, s. 113-114
⁵⁹ Bknz. Öncel, Kumru, Çağan, s. 204, Tezel s. 15, Karakoç, Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi, s. 142

⁶⁰ Selçuk Hondu, İdari Yargılama Usulünde Deliller ve "Şahit", İl Han Özay, Gün Işığında Yönetim II Yargısal Korunma, Filiz Kitapevi, İstanbul 2004, s. 264

⁶¹ Mine Uzun, "Bir Adil Yargılanma Hakkı Olarak Tanığı Sorgulama ve Tanık Dinletme Hakkının Türk Vergi Yargılamasındaki Yeri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63 (1) 2014: 219-245, s. 240

⁶² Uzun, s. 239-240

II. BAZI AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKE MEZUATLARINDA VERGİ YARGILAMASINDA TANIK BEYANI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI

Bu bölümün ilk konusunu Avrupa Birliği üyesi olan Almanya ve İngiltere'nin vergi yargılamasında tanık beyanına ilişkin hükümleri oluşturmaktadır. Yine bu bölümde Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) taraf ve dolayısıyla uygulanmasını taahhüt ettiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının vergi yargılamasında tanık beyana yaklaşımı ele alınacaktır.

Gerek Avrupa Birliği'ne üye bazı ülkelerin vergi yargılamasında tanık beyanına ilişkin yasal düzenlemeleri gerekse AİHM'nin konumuzla ilgili kararları, ülkemizdeki mevzuat ve uygulama ile karşılaşma imkânı sağlayabilmesi açısından önem taşımaktadır.

1. Bazı Avrupa Ülkelerinin Vergi Yargılaması Mevzuatında Tanık Beyanı

Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin bir kısmı vergi yargılamasına tanık beyanı delil olarak kabul etmekte ve tanıkların duruşmalarda dinlenilmesine ilişkin düzenlemeleri mevzuatlarında barındırmaktadır. Vergi yargılamasında tanık beyanına yer veren ülkelerin başında İngiltere ve Almanya gelmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde Almanya ve İngiltere'nin vergi yargılaması mevzuatlarına kısaca değinerek, tanık beyanına ilişkin düzenlemelerini inceleyeceğiz.

1.1. Alman Vergi Yargılaması Sisteminin Tanık Beyanına Yaklaşımı

Vergilendirmeye ilişkin yasal düzenlemeler benzerlik göstermekle beraber, vergi yargılamasına ilişkin yasal düzenlemelerde ülkemiz ile Almanya arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıkların en önemlilerinden birisi, Alman vergi yargılaması duruşmasında tanık beyanına başvurulabilmesidir.

1.1.1. Alman Vergi Yargılaması Sistemine Kısa bir Bakış

Ülkemizden farklı olarak Almanya'da vergi yargılama usulüne ilişkin hükümler, idari yargılama usulü başlığında değil ayrı olarak düzenlenmiştir. Alman vergi yargılamasındaki usul ve esaslar, 1965

tarihli Vergi Mahkemeleri Düzenlemesi (Finanzgerichtsordnung, kısaca FGO) adlı federal yasa tarafından düzenlenmektedir.

Vergi yargılaması ilk derece mahkeme göreviyle Vergi Mahkemesi (Finanzgericht, kısaca FG) adı verilen uzmanlık mahkemelerinde yapılır. İlk derece niteliğindeki Vergi Mahkemesinin temyiz merci ise, 1966 tarihinde kurulan Federal Vergi Mahkemesidir (Bundesfinanzhof).

Merkezi Münih'te olan Federal Vergi Mahkemesi kökleri 1918'de kurulan Alman Kraliyet Vergi Mahkemesine (Reichsfinanzhof) kadar gitmektedir.⁶³

1.1.2. Alman Vergi Yargılamasında Tanık Beyanı

FGO'nun 76/1 maddesi uyarınca vergi mahkemesi, önüne gelen uyuşmazlıkları re'sen inceleme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla mahkeme, tarafların sunduğu talepler ve kanıtlarla bağlı değildir. Bu nedenle, mahkemenin dava konusuna ilişkin kanıt toplama görev ve yetkisi bulunmaktadır. Yine mahkeme başkanının taraflarca sunulan belgelerde düzeltme yapma, net olmayan hususlarda açıklama talep etme gibi maddi vakaları doğru şekilde saptamaya yönelik yetkileri vardır.⁶⁴

Almanya'da vergi mahkemesinde tanık beyanının dinletilmesine ilişkin düzenlemelere, duruşma usulüne ilişkin düzenlemeler içinde yer verilmiştir. Alman vergi mahkemelerinde yargılama kural olarak duruşmalı yapılır. Buna karşılık, mahkeme başkanı yargılamanın duruşmasız olarak yapılması yönünde karar alabilir.⁶⁵ Ancak tarafların, karardan itibaren bir ay içerisinde yargılamanın duruşmasız yapılmasına itiraz hakları bulunmaktadır. İtirazın haklı bulunması halinde mahkeme, duruşmada incelenecek hususlara ve mahkemeye sunulan maddi vakalara ilişkin taraflardan ek taleplerde bulunabilir.⁶⁶ Ayrıca, FGO 79. maddesi uyarınca, mahkeme başkanı veya naip hâkim duruşma için gerekli hazırlıkları tamamlar. Örneğin, tarafların sundukları kanıtları ikmal etmelerini veya destekleyici ek kanıtlar sunmalarını isteyebilir. Yine bu kapsamda, tanıkları duruşmaya davet eder.⁶⁷

⁶³ Serdar Kılıç, Mustafa Göktuğ Kaya, "ABD, Almanya, İngiltere ve Türkiye Vergi Yargısı Sistemleri", *Sayıştay Dergisi*, Sayı:107 Ekim - Aralık 2017 s. 43

⁶⁴ FGO madde 76/2

⁶⁵ FGO madde 79 a/2

⁶⁶ FGO madde 90 a

⁶⁷ FGO madde 79/1

Alman vergi mahkemelerinin yargılama usulünü düzenleyen federal yasa, tanık beyanlarının vergi yargılamasındaki usullerini de detaylandırmıştır. FGO 80/1 maddesinde, davet edilen tanıkların duruşmada hazır bulunmamaalarının yaptırımını olarak para cezası öngörülmüştür.

Tanık beyanların duruşmada ifade alma usulleri FGO'nun 81. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Buna göre tanık beyanlarının ifadeleri duruşma sırasında alınacaktır.⁶⁸ Taraflar duruşma sırasında mahkeme heyeti aracılığıyla karşı taraf tanıklarına sorular yöneltebilir.⁶⁹

FGO'nun 84. maddesinde tanıklıktan kaçınma halleri yönünden 1977 tarihli Vergi Kanunu (Abgabenordnung, kısaca AO) düzenlemeleri geçerli olduğu belirtilmiştir. Buna göre, mükellefin aynı Kanunun 15. maddesinde sayılan akrabaları tanıklıktan kaçınabileceği gibi,⁷⁰ sır saklama yükümlülüğüne sahip meslek mensupları da, bu yükümlülüğü ihlal edebileceğini düşündüğü sorulara yanıt vermekten kaçınabilir.⁷¹ Ayrıca tanıklar kendilerinin ya da mükellefin akrabalarının cezai yaptırıma tâbi tutulmasına yol açabileceğini düşündükleri sorulara yanıt vermeyi reddedebilirler.⁷²

Tanıklar kural olarak duruşmada hazır bulunmak suretiyle beyanlarını sunar ve sorulara yanıt verirler. Ancak, talep edilmesi halinde, mahkeme tanıkların duruşmadan varestede tutularak başka bir yerden beyanda bulunmalarına ve sorulara yanıt vermelerine izin verebilir. Bu durumda, duruşma salonu ile tanığın hazır bulunduğu yer arasında telekonferans bağlantısı kurulur.⁷³

Vergi Mahkemesi kararlarına karşı, Federal Vergi Mahkemesi (Bundesfinanzhof, kısaca BFH) nezdinde temyiz başvurusunda bulunabilir. Bundesfinanzhof'un temyiz incelemesi hukuka uygunluk denetiminden ibaret olduğu için, temyiz aşamasında tanık dinlenmez.

Alman hukukunda vergi usulüne ilişkin temel mevzuatı 1977 tarihli Abgabenordnung kapsamında vergi idaresi, savcılık tarafından

⁶⁸ FGO madde 81/1

⁶⁹ FGO madde 83

⁷⁰ AO madde 101

⁷¹ AO madde 102

⁷² AO madde 103

⁷³ FGO madde 91a/2

başlatılan soruşturmaya katılabilir ve soruşturma tanıklarına sorular yöneltebilir.⁷⁴ Ayrıca, vergi idaresi vergi ve gümrük soruşturmaları ile kanıt toplamalarını gerektiren diğer işlemlerde tanık beyanlarına başvurabilir.⁷⁵ Yine vergi davalarında vergi makamlarının tanıklara soru yöneltme hakkı saklı tutulmuştur.⁷⁶

1.2. İngiliz Vergi Yargılaması Sisteminin Tanık Beyanına Yaklaşımı

2009 yılında İngiliz vergi yargı sisteminde gerçekleştirilen reform öncesindeki durum, Türk vergi yargılamasının 1980 öncesindeki durumuna benzerlik göstermektedir. Ancak gerçekleştirilen reformlarla nispeten karmaşık İngiliz vergi yargı sistemi sadeleştirilmiştir.

İngiliz vergi yargılamasında, aynen Alman vergi yargılamasında olduğu gibi, yargılama esnasında tanık dinletilmesine imkân tanınmaktadır. İngiliz vergi yargılamasında tanıkların yazılı beyanları da delil niteliğinde kabul edilmektedir.

1.2.1. İngiliz Vergi Yargılaması Sistemine Kısa bir Bakış

İngiliz vergi yargılamasında, 1980 öncesi ülkemizdeki uygulamaya benzer bir şekilde, doğrudan vergilerden kaynaklanan uyuşmazlıklara bakmakla görevli olan genel komisyonlar bulunmaktaydı. Yine bu genel komisyonların üst temyiz mercii ise özel komisyonlardı.⁷⁷ Tam olarak mahkeme statüsünde olmayan bu komisyonların yargıç statüsünde olmayan ve hatta hukuk formasyonu taşıması zorunlu olmayan tek bir üyesi ve ona yardımcı olan bir kâtabi bulunmaktaydı.⁷⁸

2009 yılında yapılan düzenleme ile HMRC (Majestelerinin Gelir ve Gümrük İdaresi) kararlarına karşı davalar için Vergi İlk Derece Mah-

⁷⁴ AO madde 403/1

⁷⁵ AO madde 404 ve 405

⁷⁶ AO madde 407/1, FGO Madde 83

⁷⁷ Türkiye’de özellikle vergi uyuşmazlıklarını çözmekle görevlendirilmiş ilk idari merci niteliğindeki vergi itiraz ve temyiz komisyonları ile Danıştay’la birlikte üçlü bir yapı olarak faaliyet gösteren vergi yargısı, 1982 yılında kabul edilen 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu ile idari yargı yeniden yapılandırılmıştır.

⁷⁸ Kılıç, Kaya, s. 48

kemesi (First-tier Tribunal (Tax), kısaca FTT (Tax)) adı verilen mahkemeler kurulmuştur. Bu mahkemelerin işleyişine ilişkin 2009 tarihli İlk Derece Mahkemesi (Vergi Dava Dairesi) Yargılama Usul Kuralları (The Tribunal Procedure (First-tier Tribunal) (Tax Chamber) Rules) düzenlenmiştir.

İngiltere'nin diğer hukuk yargı kurumlarında olduğu gibi, Vergi İlk Derece Mahkemelerinde tanıklar yönünden uygulanacak temel usul kuralları da, 1998 tarihli Hukuk Usulü Kuralları (Civil Procedure Rules) çerçevesinde düzenlenmektedir.

Vergi İlk Derece Mahkemesi kararlarına karşı Üst Mahkeme Vergi ve Temyiz Dairesine (Upper Tribunal Tax and Chancery Chamber) başvurulabilir. Üst Mahkemede yapılacak yargılama 2008 tarihli Üst Mahkeme Yargılama Usul Kuralları (The Tribunal Procedure (Upper Tribunal) Rules) tarafından düzenlenmektedir. Üst Mahkeme tarafından yapılan inceleme bir istinaf incelemesidir ve 1998 tarihli Hukuk Usulü Kurallarının genel kapsamına ek olarak, Üst Mahkemenin duruşmanın yapılmasıyla ve duruşma düzeniyle ilgili kendi kararlarını alması mümkündür.⁷⁹

1.2.2. İngiliz Vergi Yargılamasında Tanık Beyanı

İngiliz vergi yargılamasında tanık deliline ilişkin usul kurallarının Hukuk Usulü Kuralları (Civil Procedure Rules) çerçevesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlendiğini görmekteyiz. Buna göre;

İngiliz vergi yargılamasında mahkemenin, tanık beyanın duruşma sırasında sözlü veya yazılı olarak alınacağı konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.⁸⁰

Mahkeme, tanıkların beyanda bulunacağı konuları belirleyen, bu beyanları sınırlandıran ya da dinlenecek ve yazılı beyanda bulunacak tanıkları saptayan ya da yazılı tanık beyanlarının uzunluğunu veya şeklini belirleyen kararlar alabilir.⁸¹

⁷⁹ Hukuk Usulü Kuralları (Civil Procedure Rules) 5

⁸⁰ Hukuk Usulü Kuralları (Civil Procedure Rules) 32.2 (1)

⁸¹ Hukuk Usulü Kuralları (Civil Procedure Rules) 32.2 (3)

Hukuk Usulü Kurallarına göre, talep üzerine, tanığın telekonferans bağlantısıyla dinlenmesine de izin verebilir.⁸² Ayrıca, taraflardan herhangi birisi, yazılı tanık beyanı alınmasına karar verilmiş tanığın çapraz sorgulamasının yapılmasını talep edebilir. Bu yöndeki talebi kabul etmek yetkisi de mahkemeye ait olacaktır.⁸³

Hukuk Usulü Kuralları, tanıklara gönderilecek davetiyelere ilişkin usulleri de düzenlemiştir. Buna göre dinlenecek tanıklara çıkarılan davetiye ancak, duruşma tarihinden en az 7 gün önce tanığa tebliğ edilmesi halinde bağlayıcı hale gelir.⁸⁴

İngiliz vergi yargılaması sisteminde, Alman vergi yargılaması sisteminden farklı olarak temyiz aşamasında da tanık beyanına başvurulabilmektedir. Alman vergi yargılaması sisteminde Üst Mahkemenin, İlk Derece Mahkemesinin yetkilerine paralel olarak, diğer kanıtların yanında, tanık beyanlarının nasıl alacağı konusunda da usul kararları alma, örneğin tarafların dinletebilecekleri tanık sayısını sınırlama yetkisi bulunmaktadır.⁸⁵

Üst Mahkeme kararlarına karşı itiraz mercii Temyiz Mahkemesidir (Court of Appeal). Ancak, Temyiz Mahkemesine başvuruda bulunmak için Üst Mahkemenin izin vermesi gerekmektedir.⁸⁶ Kural olarak, temyiz incelemesi yalnızca hukuka uygunluk denetimi kapsamında, duruşmasız olarak yapılır. Ancak mahkemenin, temyiz başvurusuna konu davanın “hakkaniyet gereğince” yeniden görülmesi ne karar vermesi de mümkündür.⁸⁷ Yine kural olarak, mahkemenin sözlü beyanları kabul etmemesi esas kural ise de, mahkemenin aksi yönde karar alması ve bu kapsamda tanık beyanlarını dinlemesi de mümkündür.⁸⁸

Temyiz Mahkemesi kararları için itiraz mercii ve iç hukuktaki nihai kanun yolu Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesidir (Supreme Court of the United Kingdom). Ancak, bu başvurular için de Temyiz Mahkemesinin izni gerekmektedir. Davanın yeniden görülmesi ve tanık dinlenmesine ilişkin kurallar da Temyiz Mahkemesi için geçerli olan kurallarla aynıdır.

⁸² Hukuk Usulü Kuralları (Civil Procedure Rules) 32.3

⁸³ Hukuk Usulü Kuralları (Civil Procedure Rules) 32.7 (1)

⁸⁴ Hukuk Usulü Kuralları (Civil Procedure Rules) 34.5 (1)

⁸⁵ Hukuk Usulü Kuralları (Civil Procedure Rules) 15 (1)(d)

⁸⁶ Hukuk Usulü Kuralları (Civil Procedure Rules) 52.3

⁸⁷ Hukuk Usulü Kuralları (Civil Procedure Rules) 52.21 (1)(b)

⁸⁸ Hukuk Usulü Kuralları (Civil Procedure Rules) 52.21 (2)

2. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yaklaşımı

AİHS'nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) 46. maddesine göre Akit devletler, taraf oldukları davalarda AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) nihai kararına uymayı taahhüt etmişlerdir. Bu kararlar milli mahkemenin kararlarını ortadan kaldırmasa da, ihlalin varlığını tespit etmektedir. Akit devletler bu nedenle, AİHM kararlarının uygulanması için gereken önlemleri almak zorundadır.

AİHM kararlarının sadece Avrupa Birliği nezdinde değil, bir Akit devlet olan Türkiye için de Anayasal dayanağı bulunmaktadır. 2004 yılında yapılan Anayasa'nın 90. maddesine eklenen son fıkra ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere yasalar karşısında öncelik tanınmıştır. 2010 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğiyle Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesinde değişiklik yapılarak kişilere Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma hakkı tanınmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı öngören Anayasa'nın 148/3 maddesinde "Herkes Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir" düzenlemesiyle AİHM'ye açıkça referans yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, sadece AİHS'nin metnini değil, AİHM kararlarını da bu nedenle dikkate almak durumundadır.⁸⁹

AİHM'nin vergi hukukuna ilişkin içtihatları, 1980'lerin sonunda şekillenmeye başlamıştır. Vergilendirmeyi ulusal bir münhasır yetki olarak değerlendiren ve bu konuda taraf devletlere özellikle geniş bir takdir marjı tanıyan AİHM, ilk dönem kararlarında vergisel meselelerini genellikle kabul edilemez bulmuştur. AİHM, vergi mükellefleriyle vergi mercii arasındaki ilişkinin kamusal boyutunu ön planda görmektedir. Sözleşme ile protokollerinin bir bütün olarak yorumlanması gerektiğini göz önünde bulunduran AİHM, üye devletlerin verginin ödenmesini temin etmeyi amaçlayan yasaları gerekli gördükleri şekilde çıkarılma haklarının mülkiyetin korunmasına ilişkin 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinde saklı tutulduğunu belirtir.⁹⁰ Ancak, sonra-

⁸⁹ Gülay Arslan Öncü, "Vergi Hukuku ve Vergi Yargılamasına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanabilirliği: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Analiz", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ocak 2015, Yıl: 6, Sayı:20, s. 141-142

⁹⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Gasus Dossier-und Fördertechnik GmbH -

ki dönem kararlarında AİHM vergi davalarını, vergi yükümlülerinin insan hakları, çeşitli haklar bağlamında değerlendirmiş ve esastan incelenmiştir.

Avrupa Birliği üyesi ülkeler üzerinde bu tür bir etki alanı olan Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ve AİHM kararlarının vergilendirmeye ilişkin içtihatları, Avrupa Birliği ve üye ülkelerin mevzuatına önemli katkılar sağlamıştır.

AİHS'nin 1 Nolu Protokolünün 1. maddesinde belirtilen “*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*”

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getiremez” hükmü ile vergilendirmeye ilişkin olarak önüne gelen davalarda AİHM, mülkiyet hakkını özde teminat altına almıştır.⁹¹

AİHM, AİHS'nin 6. maddesinde⁹² sayılan ve bir bütün olarak adil yargılanma hakkını oluşturan güvencelerin uygulama alanını “bir suç isnadı” ve “kişisel hak ve yükümlülükler” kavramları ile sınırlan-

⁹¹ Hollanda, Seri A No: 306-B 23 Sayılı ve 23.02. 1995 tarihli Karar, Paragraf 60 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Paula Marckx – Belçika, 6833/74 sayılı, 13.06.1979 tarihli Karar; “Sözleşme’nin ve Protokollerinin bir bütün olarak yorumlanması gerektiğini dikkate alarak, Mahkeme 1 numaralı Protokol’ün mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin madde 1 hükmünün, Devletlerin vergi tahsil edilmesini güvenceye almak için uygun gördükleri yasaları yapma hakkını korumaktadır. [...] Her ne kadar Mahkeme bu öğeye belirleyici bir önem atfediyor olmasa da, dikkate almaktadır. Vergi uzlaşmazlıklarının, vergi mükellefi yönünden yol açtığı aşikâr maddi sonuçlara karşın yurttaşlık hakları ve yükümlülükleri kapsamında yer almadığı görüşündedir.”

⁹² Sözleşme’nin “Adil Yargılanma Hakkı” başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “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 istemek hakkına sahiptir” ve 3. fıkrada (d) bendine göre de “İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek” bir suç ile itham edilen herkesin hakkıdır.

dırdığını görmekteyiz. Oysaki her iki kavramın tanımı da sözleşme-
de yapılmamıştır. Hangi hak ve yükümlülüklerin AİHS'nin 6. mad-
desi kapsamında olduğu ve hangi yaptırımların ceza niteliği taşıdığı
AİHM'nin içtihatlarının konusunu oluşturmuştur.⁹³ AİHM, metindeki
'kişisel' (civil) teriminden yola çıkarak, kişisel hak ve yükümlülükler
kavramının özel hukuk - kamu hukuku kavramına dayandığı sonu-
cuna varmaktadır. Dolayısıyla kamu hukukuna dâhil hak ve yüküm-
lülükler ve bunlara ilişkin yargılama süreçleri 6. madde kapsamında
değerlendirilmemiştir.⁹⁴

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na göre, vergi hukukunda ka-
musal yön ve kamusal yetki kullanımı ağır basmaktadır. Bu nedenle
de AİHM'ye göre vergisel uyumsuzlukları, Sözleşmenin 6. maddesi
kapsamına girmemektedir.⁹⁵ Oysaki devletin vergi yoluyla mülkiyet
hakkına müdahalesi sonucunda maddi menfaati zarar gören ve bu
müdahalenin hukuka aykırı olduğunu düşünen yükümlünün açtığı
vergi davası, doğrudan doğruya medeni bir hakla bağlantılı olan bir
uyumsuzluktur.⁹⁶

Buna karşılık hürriyeti bağlayıcı cezalar ile mali nitelikli vergi ce-
zaları AİHS'nin 6. maddesi kapsamında değerlendirilmiş ve yükümlü-
nün adil yargılanma hakkını oluşturan bütün haklardan faydalanılabi-
leceği öngörülmüştür.⁹⁷

AİHM kararlarında, Sözleşme'nin 6. maddesini vergi davala-
rından kaynaklı başvurular yönünden de tartışmıştır. Bu tartışmaya
damgasını vuran karar ise, 2001 tarihli Ferrazzini - İtalya kararıdır.
Vergi uyumsuzluğundan kaynaklı bir davanın 14 yıl sürmesinin, Söz-
leşmenin 6/1 maddesi kapsamında adil yargılanma hakkının ihlali
olduğu iddiasıyla yapılan başvuru, AİHM tarafından oy çokluğuyla
reddedilmiştir. Buna karşılık davalı devletin, "başvurucunun ileri sür-
düğü hususun ceza yargılamasına değil vergi yargılamasına ilişkin ol-

⁹³ Billur Yaltı, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı I", Vergi Sorunları, Sayı: 143, s. 154

⁹⁴ Yaltı, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı I", s. 155

⁹⁵ Yaltı, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı I", s. 157

⁹⁶ Billur Yaltı, "Vergi Yükümlüsünün Hakları", Beta Basım Yayım, 1. Bası, İstanbul Eylül 2006, s. 94

⁹⁷ Yaltı, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı I", s. 162-163

duğu, bu nedenle adil yargılanma hakkını Sözleşme'nin 6/I. maddesi hükmü kapsamında ihlal eden bir durum oluşturmadığı" iddiasını⁹⁸ AİHM, kararında kabul etmiştir.

Ferrazzini - İtalya Kararında vergi davalarından kaynaklı başvurularda izlenmesi istenilen ilke açık bir şekilde ortaya konulmuştur. Bu kararında AİHM, vergi tarhiyatı konularının, vergi mükellefi ile toplum arasındaki ilişkinin kamusal niteliğinin baskın olması nedeniyle halen kamu otoritesi hükümlerinin merkezinde yer aldığı görüşündedir.⁹⁹ AİHM'in bu gerekçelerle vermiş olduğu ret kararı, vergi yargılamasının adil yargılamaya konu edilemeyeceği yönünde görüşü ortaya çıkarmıştır.¹⁰⁰

Ferrazzini ilkesi olarak bilinen ve vergi uzlaşmazlıklarından kaynaklı başvuruları Sözleşmenin 6/1 maddesi kapsamı dışına çıkartan bu görüş, kararın karşı oy yazısından başlamak üzere, eleştirilere hedef olmuştur. AİHM, vermiş olduğu bu ret kararıyla vergi yargılamasının adil yargılamaya konu edilemeyeceği yönünde görüşü ortaya çıkarmıştır. Bu karar, özellikle insan haklarının güvenceye alınması yönünden olumsuz etkisi nedeniyle eleştirilmiştir.¹⁰¹

Ferrazzini - İtalya Kararı ile vergi uygulamalarının ne ölçüde devletin menfaatlerine ilişkin olduğu ve ne ölçüde ceza yargılamasının "özünü" ilgilendirdiği tartışma konusu edilmiştir. AİHM'nin Ferrazzini kararındaki görüşünün aksine Baker, vergi cezalarının ceza yargılaması ve sonuçlarıyla bağlantısının gözden kaçırıldığını vurgulamıştır.¹⁰² Ancak Baker, ilerleyen süreçte AİHM'nin katı görüşünün tazminat, fazla ödemelerin iadesi, tarhiyatın iptali gibi, hak ve özgürlüklere ilişkin görülen konularda ve sosyal güvenlik katkılarında aşınmaya uğradığına da dikkat çekmiştir.¹⁰³

⁹⁸ Ferrazzini - İtalya, Başvuru No. 44759/98, Büyük Daire, 12 Temmuz 2001, 16. paragraf

⁹⁹ AİHM, Ferrazzini - İtalya Kararı 29. paragraf

¹⁰⁰ Robert Attard, "The Classification of Tax Disputes, Human Rights Implications", Human Rights and Taxation in Europe and the World", Ed. G. Kofler, M. Poiars Maduro, P. Pistone, 2011, s. 397

¹⁰¹ Philip Baker, "The Decision in Ferrazzini: Time to Reconsider The Application of the European Convention on Human Rights to Tax Matters", Intertax, 2001, Vo. 29 Iss. 11, s. 360

¹⁰² Baker, s. 585

¹⁰³ Philip Baker, "Should Article 6 ECHR (Civil) Apply to Tax Proceedings?" Intertax, 2011 Vol. 29 Iss. 6-7, s. 209-210

AIHM'nin yıllarca temel bir kural olarak yorumladığı ve uyguladığı bu görüşün zamanla nasıl değerlendirildiğini, duruşma talepleri ve tanık dinlenmesi hakkında iddiaların ileri sürüldüğü ve özellikle Finlandiya aleyhine yapılan bazı başvurularda takip edebilmekteyiz. Mahkeme'nin 2006 yılında verdiği Jussila - Finlandiya kararı, vergi yargılamasında adil yargılanma hakkını, dolayısıyla ceza yargısı bağlantısını tanıklık kurumu bağlamında ele almasıyla dikkat çekicidir.

Öncelikle, Finlandiya'nın ulusal mevzuatında yer alan konuyla ilgili düzenlemeyi inceleyelim. Finlandiya İdari Yargı Usulü Kanunu'na göre, idare dışı tarafın talebi üzerine yargılama duruşmalı olarak yapılır¹⁰⁴ ancak hükmün devamında bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre bu yöndeki talebin kabul edilebilir olmadığına hükmedilmesi ya da talebin derhal reddedilmesi ya da uzlaşmazlığın niteliği veya başkaca bir nedenle yargılamanın duruşmalı olarak yapılmasının açıkça gerekli görülmemesi halinde, bu talep yerine getirilmeyecektir.¹⁰⁵

Finlandiya vatandaşı Esa Jussila'nın sahibi olduğu şirketin bazı beyan yükümlülüklerini yerine getirmediği için vergi levhasından silinmesine itirazından ve bu konuda yapılan yargılamadan kaynaklı başvurusunda AIHM, Ferrazzini ilkesini hatırlatmış ve başvurunun vergi tarhiyatına ilişkin şikâyetlerini kabul edilemez bulmuştur. Öte yandan, tanık dinlenmesine ilişkin şikâyetleri adil yargılanma hakkı yönünden ayırmış, dinlenebilir bulmuş ve incelemeye almıştır.

Sözleşmede, vergi yargılamasında tanık dinletme konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer düzenleme ise "silahların eşitliği" ilkesidir. AIHS m. 6/3-d uyarınca sanık, tanıklarını sorguya çekmek ya da çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. AIHM'ye göre olanak eşitliğini sağlayan bu bendin, sanığa tanık dinletme konusunda mutlak bir hak tanıdığı söylenemez. Taraflar arasında eşitlik gözetildiği müddetçe yerel mahkeme, tanık

¹⁰⁴ Finlandiya İdari Yargı Usulü Kanunu 38/1. maddesi

¹⁰⁵ Finlandiya İdari Yargı Usulü Kanunu'nun 38. maddesinin gerekçesinde duruşmadan murat edilenin davaya konu vakalara daha iyi odaklanmasını sağlamak olduğunu, bu sonucun elde edilemeyeceği durumlarda yargılamada esneklik ve usul ekonomisinin gözetilebileceğini, dolayısıyla duruşmanın davaya ilişkin konuları aydınlatmaya katkıda bulunacağı ve genel olarak yargılamaya olumlu etki edeceği durumlarda yapılacağı ifade etmektedir.

delilinin gerekli olup olmadığını takdir edecektir.¹⁰⁶ Nitekim Jussila – Finlandiya kararında AİHM, tanık dinletme kararını yerel mahkemenin takdirine bırakmıştır.

Jussila idare mahkemesinde açtığı davada, ilgili vergi müfettişinin ve taraf bilirkişisi olan bir uzmanın tanık olarak dinlenmesini talep etmiş ve bu amaçla duruşma istemiştir. İdare mahkemesi duruşma yapılması talebini, yargılamanın duruşmalı olarak yapılmasının açıkça gerekli görülmediği gerekçesiyle reddetmiş ve böylece, davacının tanık olarak gösterdiği kişileri dinlememiştir. AİHM, başvuruyu bu çerçevede incelese de, yargılamanın ceza yargılaması olmadığı, bu nedenle, adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği ve kaldı ki başvurusunun ulusal mevzuatta öngörülen duruşma talep etme hakkından yoksun bırakılmadığı gerekçeleriyle reddetmiştir.¹⁰⁷

AİHM, Jussila kararındaki yaklaşımından farklı olarak, yine bir Finlandiya kararı olan Lehtinen kararında, vergi yargılamasında tanık dinlenmesini adil yargılanma hakkının bir sonucu olacak görmüştür.

AİHM, Lehtinen kararında; Finlandiya vatandaşı Hannu Lehtinen'in sahibi olduğu şirket hakkında yürütülen vergi incelemesi sonucunda, defterlerin usulsüz tutulduğu ve bazı satışların işlenmediği gerekçesiyle, ek vergi tarh ettirilmiştir. İdare mahkemesinde yapılan yargılamada, Lehtinen'in vergi müfettişi tarafından ifadeleri alınan üç çalışanını tanık olarak dinletme ve bu amaçla duruşma yapılması talebi, yargılamanın duruşmalı yapılmasının gerekli olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. AİHM, Lehtinen başvurusuna ilişkin kararında bir yandan Jussila kararında vurguladığı ceza yargılaması ölçütünü tekrar etmiş, ancak öte yandan tanık dinlenmesine ilişkin bir nitelendirmeye de gitmiştir:

AİHM'in Lehtinen kararındaki gerekçeleri, Jussila kararına göre konumuza daha fazla ışık tutacak niteliktedir.¹⁰⁸ Lehtinen kararında, Jussila kararından farklı olarak mevcut başvuruda, idare mahkemesinin davayı gerek hukuki yönden, gerekse maddi vakalar yönünden değerlendirmesi gerekmiştir.

¹⁰⁶ Begüm Dilemre Öden, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Vergi Hukukuna Etkisi", Savaş Yayınevi, Ankara 2017, s. 249

¹⁰⁷ AİHM, Jussila – Finlandiya, Başvuru No. 73053/01, Büyük Daire, 23.11.2006

¹⁰⁸ AİHM Lehtinen – Finlandiya, Başvuru No: 32993/02 Büyük Daire, 22.10.2008

Finlandiya mevzuatı mükellefin süresi içinde beyanname vermesi ya da sunduğu bilgilerin esaslı surette eksik olması halinde, vergi borcunun yüzde 20'sine kadar ek tahakkuk yapılabileceğini, mükellefin, gerekli beyanları sunması yönünde ihtara rağmen yükümlülüğünü tamamen veya kısmen yerine getirmemesi halinde, ek tahakkuk tutarının vergi borcunun iki katına kadar arttırılabileceğini öngörmektedir.¹⁰⁹ Ayrıca, Fin içtihatları ek tarhiyatın ceza niteliğinde olduğunu vurgulamakta,¹¹⁰ ek tarhiyatın uygulamada mükellefin aynı konu nedeniyle ceza kovuşturmasına uğramasını engellemektedir.¹¹¹

Başvurucu ek vergi tarhının dayanağı olarak gösterilen vakaların doğruluğuna itiraz etmiş ve bununla ilgili olayların aydınlığa kavuşturulması için tanık dinlenmesini, yargılamanın duruşmalı olarak yapılmasını talep etmiştir. Burada kritik soru, maddi vakaların aydınlatılmasına ve başvurucunun ve şirketin üç çalışanın beyanlarının gerçeğe uygun olup olmadığına ilişkindir. Ancak, idare mahkemesi yargılamayı yine de duruşmasız olarak yapmış ve idari işlemin hukuka uygun olduğu yönünde hüküm tesis etmiştir.

Finlandiya, AİHM'ye vermiş olduğu savunmasında, ek tarhiyatın ceza hukukuna değil, idare hukukuna ilişkin, mükelleflerin yasal yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamaya yönelik, özel bir yaptırım olduğunu; devletin mali menfaatlerine ilişkin kabul edildiğini, genel bir cezai nitelik taşımadığını; kaldı ki ilgili miktarın düşük olduğunu ileri sürmüştür. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 6. maddesi hükmünün uygulanması mümkün değildir.¹¹² Finlandiya'ya göre, 6. maddenin uygulanabilir olduğu kabul edilse dahi, 6/I. maddesi yönünden, duruşma hakkı mutlak bir hak değildir. Çünkü davadaki özel şartlar altında, mahkemenin davaya ilişkin konuları aydınlığa kavuşturmak için gerekli ve yeterli kanıtları dikkate aldığı koşullarda, davanın duruşmalı görülmesinin ve davacının dinlenmesini talep ettiği tanıkların dinlenmesinin hukuki bir yarar sağlamayacağı açıktır.¹¹³

¹⁰⁹ Finlandiya Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 182. maddesi

¹¹⁰ Hannu Lehtinen - Finlandiya, Başvuru No. 32993/02, Dördüncü Daire, 22.10.2008, 17. paragraf

¹¹¹ AİHM Lehtinen - Finlandiya Kararı 18. paragraf

¹¹² AİHM Lehtinen - Finlandiya Kararı 26. paragraf

¹¹³ AİHM Lehtinen - Finlandiya Kararı 27-28. paragraflar

AIHM yaptığı değerlendirmede, vergi davalarının AIHS 6. maddesi kapsamında mütalaasına ilişkin önceki içtihadına atıfla ve bu içtihatla oluşturulan ölçütlere dayanarak, ek tarhiyatın cezai nitelikte olduğunu, Finlandiya vergi idaresinin bu işlemleri idare hukuku kapsamında, maliye sistemi çerçevesinde nitelendirmesinin bu durumu değiştirmedigini ifade etmiştir. Dahası, böylesi yaptırımlar cezai nitelikte değerlendirilirken ilgili tutarın düşük veya yüksek olması bu nitelendirmeyi değiştirmeyecektir.¹¹⁴ Dolayısıyla, başvurunun Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Kaldı ki başvurusunun tanık dinletme amacı ek tarhiyata esas usulsüzlüklerin gerçekleşmediğinin tespit edilmesi iken, gerek ilgili kayıtların incelenmesi gerekse ilgili kişilerin yazılı ifadelerinin alınmasıyla yapılan değerlendirme, Finlandiya idare mahkemesi tarafından yeterli görülmüştür.¹¹⁵

AIHM dosyaya ilişkin vermiş olduğu mütalaasında Lehtinen başvurusunun, Jussila başvurusundan farklılıklarına dikkat çekmiştir. AIHM'ye göre, Jussila'nın duruşma talebindeki amacı vergi müfettişinin ve bilirkişinin dinlenmesi, çapraz sorgulanması ve böylece ek tarhiyat işleminin hukuka aykırılığının ortaya konulması iken, Lehtinen usulsüzlük isnadına ilişkin maddi vakaların sübutu amacıyla duruşma talep etmiştir.¹¹⁶ AIHM, iki başvuru arasındaki bu temel ayrımdan yola çıkarak, başvuruya konu davada, yazılı ifadelerde beyan edilen hususların gerçeğe uygunluğunun başvurusunun ve tanıklarının sözlü beyanlarına başvurularak ortaya konulabileceği görüşüyle,¹¹⁷ başvurusunun duruşma talebinin reddedilmesinin Sözleşme'nin 6/I. maddesi hükmünün ihlali anlamına geldiği kararına varmıştır.¹¹⁸

AIHM'nin vergi yargılamasında duruşmada tanık beyanın dinletilebilmesinin Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen "adil yargılanma hakkı"nın gereği olduğunu vurgulan bir diğer kararı ise, yine Finlandiya'nın taraf olduğu Kallio kararıdır.¹¹⁹

¹¹⁴ AIHM Lehtinen - Finlandiya Kararı 38. paragraf

¹¹⁵ AIHM Lehtinen - Finlandiya Kararı 47. paragraf

¹¹⁶ AIHM Lehtinen - Finlandiya Kararı 43. paragraf

¹¹⁷ AIHM Lehtinen - Finlandiya Kararı 48. paragraf

¹¹⁸ AIHM Lehtinen - Finlandiya Kararı 49. paragraf

¹¹⁹ AIHM, Kallio - Finlandiya, Başvuru No. 40199/02, Dördüncü Daire, 22.07.2008; Finlandiya vatandaşı Pentti Antton Kallio'nun sahibi olduğu şirket hakkında yürütülen vergi incelemesi sonucunda, defterlerin usulsüz tutulduğu ve bazı gelir

AIHM, Pentti Antton Kallio'nun başvuruyla ilgili değerlendirmesinde, Lehtinen davasında benimsediği ölçütleri aynen ifade etmiştir. AIHM yaptığı değerlendirmede, idare mahkemesinin görevinin dava konusunu hem hukuk, hem de maddi unsurlar yönünden incelemesi gerektiğinin altını çizmiş, bu koşullar altında, başvurucunun ve tanık olarak gösterdiği kişilerin sözlü beyanlarına başvurmaksızın, dosya içeriğine dayanarak böyle bir inceleme yapmanın objektif olarak mümkün olmadığını vurgulayarak,¹²⁰ Sözleşme Madde 6/I hükmünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹²¹

Bu üç karar ışığında, AIHM'nin vergi davalarında tanık dinlenmesinde, mevzuatta tanık dinletme hakkının tanınması çerçevesinde maddi hukuktan kaynaklı bir ayrıma gittiğini söyleyebiliriz. AIHM tanık delilinin sunduğu olanaklara göre bir değerlendirme yapmakta ve somut olayı, açıklığa kavuşturulması gereken somut vakalar esasında, tanık delilinin bu yönden objektif elverişliliği içinde nitelendirmektedir. Bu çerçevede, uzlaşmazlık konusu vakaların değerlendirilmesinde tanık deliline başvurulması gereken hallerde ulusal yargının bu delile başvurmadan kaçınmasını, adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmektedir.

SONUÇ

Vergi yargılaması hukukunun kamu düzeninin sağlanması açısından, vergiyi doğuran olay ile başlayan vergilendirme işleminden, vergi yargılamasına kadar olan tüm süreçte delil sisteminin sağlamlığı büyük önem taşımaktadır. VUK'a, 30.12.1980 tarih ve 2365 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik gerek vergi hukukuna yorum ve ispat ile

kalemlerinin işlenmediği gerekçesiyle, ek vergi tarh ettirilmiştir. İdare mahkemesinde açılan davada Kallio, ilgili gelir kalemleri yönünden vergi mükellefinin kendi şirketi olmadığını, alt yüklenicisi olunan firmalarla ilişkilerinin hatalı nitelendirildiğini, ek tarhiyat işlemine dayanak oluşturan müfettiş raporunun gerçeği yansıtmadığını ileri sürmüş ve bu nedenle, düzenlenen faturalar ve şirketin alt yüklenicilik işleri yönünden konumu hakkında tanık ifadelerine başvurulmasını isteyerek duruşma talep etmiştir. İdare mahkemesi inceleme aşamasında alınan yazılı ifadelerin yeterli kanıt oluşturduğu gerekçesiyle yargılamanın duruşmalı olarak yapılmasının açıkça gerekli görülmediğine karar vererek duruşma talebini reddetmiştir.

¹²⁰ AIHM, Kallio – Finlandiya Kararı 50. paragraf

¹²¹ AIHM, Kallio – Finlandiya Kararı 51. paragraf

ilgili hükmüyle gerek de vergi yargılaması hukukunda getirdiği delil sistemine ilişkin düzenleme ile önemli bir katkı sunmuştur.

VUK'un 3. maddesinin b bendinin 2. fıkrasında öngörülen bu düzenlemede, vergi yargılama hukukunda yeminin delil olamayacağı dile getirilmiş, tanık beyanının ise "olayla tabii ve açık ilgi bulunması" koşulu aranmıştır. Bu düzenlemenin yapılmasına kadar geçen sürede vergi hukuku uygulamaları ve Danıştay kararlarında, kimlerin tanık olarak bilgisine başvurulabileceği ve tanık beyanlarına hangi hallerde ve ne derece delil niteliği tanınıp tanınamayacağı konusu uzun süre tartışma yaratmıştır. Ancak düzenlemenin yapılması ile tanık beyanının vergilendirme aşamasında kullanılması konusunda bir tereddüt kalmamıştır.

Ancak yargılama aşamasında, duruşmada tanık dinletilmesi, dinletilen tanığın medeni ve ceza yargılamasında olduğu gibi yemin teklif edilmesi ve duruşma esnasında tanıklığa ilişkin diğer hususları VUK'da düzenlenmediğini görmekteyiz.

Genel kanun niteliğinde İYUK'da da yargılama aşamasında tanık dinletilmesine ilişkin bir hükme yer verilmemiş, İYUK'un bugün yürürlükte olmayan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yaptığı alanlarda da tanık dinletilmesine ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir.

Danıştay, VUK'da yargılama esnasında tanık dinletilmesine ilişkin bir hüküm bulunmaması, İYUK'un 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun tanık beyanına ilişkin hükümlerine atıf bulunmaması nedeni ile vergi yargılaması esnasında tanık dinletilmesini kabul etmemektedir.

Yazında ise farklı görüşlerin olmasına rağmen vergi yargılamasında tanık dinletilebileceği görüşü hâkimdir. Bu görüşe göre İYUK'da tanık ile ilgili bir hüküm bulunmaması ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda tanık beyanına ilişkin hükümlerine yollama yapılmamış olması, vergi yargılamasında tanık dinlenilmesinin yasak olduğunu değil, bu konunun düzenlenmediğini göstermektedir.

Avrupa Birliği'nde önemli yer teşkil eden bazı ülkelere baktığımızda ise bu ülkelerde vergi yargılamasında tanık dinletilmesine

ilişkin düzenlemelerin ayrıntılı olarak düzenlendiğini görüyoruz. Almanya'da vergi mahkemesinde tanık beyanının dinletilmesine ilişkin düzenlemelere, duruşma usulüne ilişkin düzenlemeler içinde yer verilmiştir ve Alman vergi mahkemelerinde yargılama kural olarak duruşmalı yapılmaktadır. Alman vergi mahkemelerinin yargılama usulünü düzenleyen federal yasa, tanık beyanlarının vergi yargılamasındaki usullerini de detaylandırmıştır.

İngiliz vergi yargılamasında mahkemenin, tanık beyanın duruşma sırasında sözlü veya yazılı olarak alınacağı konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.¹²² İngiliz vergi mahkemesinin, tanıkların beyanda bulunacağı konuları belirleyen, bu beyanları sınırlandıran ya da dinlenecek ve yazılı beyanda bulunacak tanıkları saptayan ya da yazılı tanık beyanlarının uzunluğunu veya şeklini belirleyen kararlar alabileceği de İngiliz mevzuatında belirtilmiştir. Yine İngiliz vergi yargılaması sisteminde, Alman vergi yargılaması sisteminden farklı olarak temyiz aşamasında da tanık beyanına başvurulabilmektedir.

AİHM yakın bir zamana kadar vergilendirmeyi, ulusal bir münhasır yetki olarak değerlendirmiş ve bu konuda taraf devletlere özellikle geniş bir takdir marjı tanımıştır. Bu nedenle AİHM ilk dönem kararlarında, vergisel meseleleri genellikle kabul edilemez bulmuştur. Ancak, sonraki dönem kararlarında AİHM vergi davalarını, vergi yükümlülerinin insan hakları, çeşitli haklar bağlamında değerlendirmiş ve esaslan incelenmiştir. Nitekim 2001 tarihli Ferrazzini - İtalya kararında Ferrazzini ilkesi olarak bilinen ve vergi uzlaşmazlıklarından kaynaklı başvuruları AİHS madde 6/1 kapsamı dışına çıkartan bu görüş, kararın karşı oy yazısından başlamak üzere, eleştirilere hedef olmuştur. Bu eleştiriler hedefine ulaşmış, AİHM, Lehtinen ve Kallio kararlarında, vergi yargılamasında tanık dinlenmesini adil yargılanma hakkının bir sonucu olacak görmüştür. AİHM, ulusal mahkemenin vergi yargılamasının duruşmalı olarak yapılmasını açıkça gerekli görülmediği yönünde karar tesis etmesini ve duruşma talebini reddetmesini adil yargılanma hakkını ihlali olarak değerlendirmiştir.

Görüleceği üzere vergilendirme aşamasında olduğu kadar yargılama aşamasında da tanık beyanından yararlanılması vergi yargılama

¹²² Hukuk Usulü Kuralları (Civil Procedure Rules) 32.2 (1)

hukuku açısından büyük bir önem arz etmektedir. Bu nedenle ülkemizde de, yargılaması esnasında tanık beyanının dinlenmesine ilişkin usul hükümlerinin çıkarılması delil serbestisi sistemini benimseyen vergi yargılaması hukuku açısından gereklilik teşkil etmektedir.

Türk vergi yargılamasında tanık beyanının dinlenilmesine ilişkin düzenlemelerin gerekliliğine ilişkin bir diğer gerekçesi ise VUK'un 3. maddesinin "ispat" başlıklı B fıkrasında yer alan, "*vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır*" hükmüdür. Bu hüküm gerçekte bir ispat kuralından çok vergi hukukunda ekonomik yaklaşıma ilişkin kurallar öngörmektedir. Buna göre vergiyi doğuran işlem, olay ve hukuki durumların sadece dış görünüşleri, hukuki biçim ve isimleri değil, aynı zamanda bunların ekonomik anlam ve içerikleri de göz önünde bulundurulacaktır. Bu nedenle vergiyi doğuran işlemin ekonomik anlam ve içeriklerinin ortaya çıkarılmasına katkı sunması halinde vergi yargılamasında tanık dinletilmesi, zaruri bir nitelik taşımaktadır.

Vergi yargılamamızda tanık beyanının dinlenilmesine ilişkin usul kurallarının yer almasının bir diğer gerekçesi ise imzalamış olduğumuz ve uymayı taahhüt ettiğimiz AİHS ve AİHM kararlarıdır. Yukarıda ayrıntılarıyla da bahsettiğimiz üzere AİHM kararlarında, vergi yargılamasında tanık beyanına getirilen kısıtlamaları, adil yargılama hakkının ihlali olarak görmektedir. AİHM, adil yargılanma hakkını sadece adaletin "işleyişini" değil, "örgütlenişini" de içerdiğini de belirtmektedir.¹²³ Vergi yargılamasını düzenleyen İYUK'da tanık beyanına ilişkin bir düzenlemenin olmamasının, AİHM'nin öngördüğü adaletin örgütleniş açısından adil yargılanma hakkının ihlaline neden olduğu da söylenebilir.

Mükelleflerin iddialarını ispat etmek amacıyla vergi mahkemelerinde tanık beyanlarını dinletemiyor olmaları, davalı tarafın devlet olduğu, tarafların eşit güçte olmadığı göz önüne alındığında, mükellefler açısından yargılamanın adillliğini tartışmalı hale getirebilir.

¹²³ Billur Yaltı Soydan, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı -II", Vergi Sorunları, Sayı: 145, s. 119

Kaynakça

Kitaplar

- Akkaya Mustafa, Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Turhan Kitapevi, Ankara 2002
- Attard Robert, "The Classification of Tax Disputes, Human Rights Implications", Human Rights and Taxation in Europe and the World", Ed. G. Kofler, M. Poiars Maduro, P. Pistone, 2011
- Candan Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ekim 2005
- Dilemre Öden Begüm, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Vergi Hukukuna Etkisi, Savaş Yayınevi, Ankara 2017
- Hondu Selçuk, İdari Yargılama Usulünde Deliller ve "Şahit", Özyay İl Han, Gün Işığında Yönetim II Yargısal Korunma, Filiz Kitapevi, İstanbul 2004
- Kumrulu Ahmet, Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri, İşlev - Yapı - İlkeler - Nitelik, Betacopy, Ankara 1989
- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, Vergi Hukuku, 14. Bası, Turhan Kitapevi, Eylül 2006
- Saban Nihal, Vergi Hukuku, DER Yayınları, İstanbul, 2003
- Ünal Oğuz Kürşat, Fatura ve İspat Kuvveti, 3. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2003
- Yaltı Billur, "Vergi Yükümlüsünün Hakları", Beta Basım Yayım, 1. Bası, İstanbul Eylül 2006

Dergiler

- Baker Philip, "Should Article 6 ECHR (Civil) Apply to Tax Proceedings?" Intertax, 2011 Vol. 29 Iss. 6-7
- Baker Philip, "The Decision in Ferrazzini: Time to Reconsider The Application of the European Convention on Human Rights to Tax Matters", Intertax, 2001, Vo. 29 Iss. 11
- Ergün Çağdaş Evrim, "Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma İlkesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, Cilt 55, Sayı 2
- Karakoç Yusuf, Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No:77, İzmir 1997
- Karakoç Yusuf, Vergi Sorunlarının / Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları (Vergi Yargılaması Hukuku), Yetkin Yayınları, Ankara 2007
- Karakoç Yusuf, "Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanının Delil Olması", Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 104
- Akkaya Mustafa, "Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 46, Sayı 1-4
- Saygılıoğlu Nevzat, "Türk Vergi Hukukunda Yorum Biçimi", Vergi Dünyası Dergisi, Ankara, Mart 1987
- Seviğ Veysi, "Gelişen Vergi Hukukunda Delil ve İspat", Vergi Dünyası, Sayı 277, Eylül 2004

- Şengül Selami, "Özel Hukukta ve Vergi Hukukunda Delil Sistemi", *Maliye Dergisi*, Sayı 47, Eylül - Ekim 1980
- Soydan Billur Yaltı, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı - I", *Vergi Sorunları*, Sayı: 143
- Soydan Billur Yaltı, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı - II", *Vergi Sorunları*, Sayı: 145
- Taşdemir Tacol, "Delil Sistemindeki Gelişmeler", *Vergi Dünyası Dergisi*, Ağustos 1981
- Tezel Adnan, Türk Vergi Hukukunda İspat ve Delil Sistemi, *Yaklaşım*, Ağustos 1997, Sayı 56
- Uzun Mine, "Bir Adil Yargılanma Hakkı Olarak Tanığı Sorgulama ve Tanık Dinletme Hakkının Türk Vergi Yargılamasındaki Yeri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63 (1) 2014: 219-245
- Yaltı Billur, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı I", *Vergi Sorunları*, Sayı: 143
- Soydan Yaltı Billur, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı -II", *Vergi Sorunları*, Sayı: 145

Diğer Kaynaklar

- Özkan Şener, Vergi Yargılama Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2005

DAVA ŞARTI ARABULUCULUK ŐZERİNE BAZI DŐŐŐNCELER

SOME CONSIDERATIONS ON MEDIATION AS A CAUSE OF ACTION

Süha TANRIVER*

Özet: Bu çalışmada, dava Şartı arabuluculuk kapsamında, uygulamada da sorun yaratan bazı özel durumlar, yer yer yargı kararlarına da işaret edilmek suretiyle tek tek ele alınmış, özgün bazı tespitler yapılmış; özel bir dava Şartının genel bir dava Şartına dőnüřtürölme gayretinin, medenî usül hukuku bağlamında, teknik bazı detaylara da işaret edilmek suretiyle, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi olmayacağına dikkat çekilmiş; arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşma belgesi bağlamında, bazı konuların kritiği yapılmış ve son olarak da, dava Şartı arabuluculuğun, dava tipolojisi bağlamında yaratmış olduğu zorlukların nasıl aşılabileceğine dair, somut çözümler üretilmesine gayret edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Dava Şartı Arabuluculuk, İş Uyuşmazlıkları ve Ticarî Uyuşmazlık, Anlaşma Belgesi, İcra Edilebilirlik Şerhi, İlâm Niteliğinde Belge, İrade Bozukluğu ve Gabin, Dava Tipolojisi

Abstract: In this study, some special circumstances, which could be problematic in practice in the scope of mediation as a cause of action, were discussed on an individual basis by referring to the relevant adjudication and several authentic determinations were made. It was underlined by pointing out certain technical details that the effort to transform a special cause of action to a general one would not be a suitable approach within the context of civil procedural law and certain issues were criticized regarding the letter of agreement obtained at the end of the mediation process. Finally, it was intended to achieve concrete solutions in respect to overcome the complications originated from mediation as a cause of action in the frame of action typology.

Keywords: Mediation as Cause of Action, Labor Disputes and Commercial Disputes, Letter of Agreement, Annotation of Performability, Document with Judgmental Value, Defective Intention and Lesion, Typology of Action

* Prof. Dr., ankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usül ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, stanriver@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9729-6834, Makalenin Gönderim Tarihi: 26.12.2109, Kabul Tarihi: 26.12.2019

A. Genel Olarak

Hukuk uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun öngörmüş olduğu modelde, taraflar, ilke olarak, arabuluculuk sürecine işlerlik kazandırma, bu süreci devam ettirme ve sona erdirmeye hususunda, tam bir serbestiye sahip kılınmışlardır (m. 3, I, c.1). Bir başka ifadeyle arabuluculuk, kural olarak, tarafların ihtiyarına bağlı olarak işlerlik kazanan bir kurum konumundadır. Arabuluculuğun ihtiyarılığı ilkesine, genel çerçevede 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinde ve özel plânda ise, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde, iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddî ve manevî tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları ayırık olmak üzere, kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi ve işveren alacaklarıyla tazminatlarını konu alan davalar ile işe iade talebiyle açılan davalar ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde, yine aynı Kanun'un 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri bağlamında, özel bir dava şartı yaratılmak suretiyle bazı istisnalar getirilmiş; yani, zorunlu arabuluculuk yönünde bir adım atılmıştır (m. 3, I, c.2). İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddî ve manevî tazminat ile bunlarla ilgili, tespit, itiraz ve rücu davaları hariç olmak üzere, kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi ve işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, dava açılmadan önce, arabulucuya başvurulmamış olması halinde, açılan dava, dava şartı yokluğu sebebiyle herhangi bir işlem yapılmadan, usulden reddedilmek zorundadır. Sözü edilen dava şartı noksanlığı, mahkemece, kesin süre verilmesi suretiyle tamamlanabilecek bir nitelik taşımamaktadır. Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, mahkemece, davacıya, son tutanağın, bir haftalık kesin süre içerisinde mahkemeye sunulması gerektiği; aksi takdirde, davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise, dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ çıkartılmadan, davanın usûlden reddi gerekir (İş. Mah. K. m. 3, II; HUAK m. 18/A, II).

Yapmış olduğumuz bu tespitler, Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilen, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin davalar bakımından da geçerlilik taşımaktadır (TTK m.5/A; ayrıca genel çerçevede bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.18/A, II).

Yine, yasa koyucu, iş uyuşmazlıklarıyla ticarî uyuşmazlıklar bağlamında, arabulucuya başvuru zorunluluğunu pekiştirmek ve bir anlamda onu tamamlamak için, sürece tarafların aktif bir biçimde katılımını temin amacıyla İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin on ikinci fıkrasıyla Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin on birinci fıkrasında, özel düzenlemeler getirmiştir. Anılan düzenlemelere göre, taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda, toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile, yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca, bu taraf lehine, vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da, ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda, tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.

İş uyuşmazlıklarıyla ticarî uyuşmazlıklar bağlamında somutlaştırılmış, genel çerçevede ise, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinde yaratılmış olan arabulucuya başvuru zorunluluğunun, arabuluculuk sürecinin başlatılması ve ilk toplantıya katılmayla sınırlı tutulduğunu; arabuluculuk sürecinin sürdürülmesini sağlama ve anlaşmayla sonlandırılmasını kapsamadığı hususuna, vurgu yapmakta yarar vardır. Yani, yasal zeminde yaratılmış olan zorunluluk, arabuluculuk sürecini başlatma ve ilk toplantıya katılmayla sınırlıdır.¹ Dava şartı arabuluculuk bağlamında, hakkında özel hüküm

¹ Zorunlu arabuluculuğun, hak arama özgürlüğüne engel, ona ulaşmayı zorlaştırma ve karmaşık bir takım usuller içermesi sebebiyle hak aramaktan, adeta yıldırma anlamına geldiği hususunda (bkz.: Ö. Ekmekçi/M. Özkes, /M. Atalı/V. Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, İstanbul 2019, s.149-150). Karşıt görüş için bkz.: Ç. Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s.39-43. Bkz.: dava şartı arabuluculuğun, hak arama özgürlüğüne müdahale niteliği taşımadığı hususundaki Anayasa Mahkemesi'nin 11.7.2018 tarihli, 2017/178 E. ve 2018/82 K. numaralı kararı için (RG., 11.12.2018, Sa., 30622): "..... Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle

sevk edilmemiş olan hallerde, esas itibariyle ihtiyarî arabuluculuğu baz alan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun konuyu düzenleyen hükümleri, kıyasen uygulanma alanı bulacaktır

getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylenemez. Dava şartı olmanın bir sonucu olarak arabuluculuğa başvuru bir zorunluluk arz etmekte ise de bu zorunluluk yalnızca arabuluculuğa başvuru ile sınırlı olup arabuluculuk sürecinin işleyişi ve sonucu üzerinde taraf iradelerinin egemen olduğu açıktır. Taraflar istedikleri zaman süreci sonlandırabilecekleri gibi, süreç sonunda anlaşmaya varıp varmamak konusunda da tercih hakkına sahiptirler. Anlaşmaya varılamaması hâlinde ise, uyuşmazlığın çözümü için yargı yoluna başvurulması mümkündür. Bu bakımdan Kanun'un arabuluculuk süreci ve sonucu yönünden taraf iradelerini esas aldığı görülmektedir.

Arabulucuya başvurulmamış olması sebebiyle dava şartı yokluğundan usulden reddedilen bir davanın dava şartına ilişkin eksikliğin tamamlanmasından sonra tekrar açılması da mümkündür. Bu yönüyle dava şartının yerine getirilmemesi sebebiyle davanın bir kere usulden reddedilmiş olması, uyuşmazlığın yargı önüne taşınmasını engellemektedir.

Diğer taraftan uyuşmazlık çözüm süreci ve dava süreçlerinin uzun sürmesi özellikle işçi bakımından ciddi hak kayıplarının doğmasına sebebiyet verebilecektir. Arabuluculuğun dava şartı olduğu iş uyuşmazlıklarında arabuluculukta geçecek süreler 7036 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (10) numaralı fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırarak, bu süre zorunlu hâllerde en fazla bir hafta uzatılabilecektir. Arabuluculuk sürecinin zorunlu hâller dâhil en fazla dört hafta içinde bitirileceği dikkate alındığında arabuluculukta geçecek süreler nedeniyle işçilik hak ve alacaklarının elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaştığı ve hakkın elde edilmesi bakımından geçmesi muhtemel sürenin makul kabul edilemeyecek şekilde uzadığı söylenemez.

Benzer şekilde, arabuluculuk sürecinde zaman aşımı veya hak düşürücü sürelerin dolması veya dolmak üzere olması dava hakkının kullanılmasının zorlaşmasına veya tamamen engellemesine sebebiyet verebilecektir. Bu husus dikkate alınarak 7036 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (17) numaralı fıkrasında arabuluculuk bürosuna başvurulmasından sonra son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen süreçte zaman aşımının duracağı ve hak düşürücü sürelerin işlemeceği düzenlenmiştir. Bu durumda arabuluculuğun, zaman aşımı veya hak düşürücü süreler nedeniyle dava hakkının kullanılmasını olumsuz yönde etkileyeceği de ileri sürülemez.

Bu itibarla itiraz konusu kuralın hakkın özünü zedeleyen bir yönünün bulunmadığı ve kural ile getirilen sınırlamanın ulaşılmak istenen amaç için elverişli ve gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Kanun'da sınırlama aracının aracının amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere yer verildiği ve amaç ile araç arasında makul bir dengenin gözetildiği görüldüğünden kuralda, ölçülülük ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır...."

Anayasa Mahkemesi, sözü edilen kararında, dava şartı arabuluculuğa başvurunun, yargılamaya giderleriyle de ilişki kurulmak suretiyle ilk toplantıya katılma zorunluluğunu da içerdiğini öngören Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun, 18/A maddesinin 11. fıkrasında öngörülen düzenlemeyi, tümüyle göz ardı etmiş; hak arama özgürlüğü bağlamında, buna ilişkin herhangi bir irdeleme ve değerlendirmede bulunmamıştır.

(HUAK m.18/A, XX). Yine, dava şartı arabuluculukta dava açılmadan önce, ihtiyatî tedbir kararı verilmesi hâlinde, 6100 sayılı Kanun'un 397. maddesinin birinci fıkrasında, ihtiyatî haciz kararı verilmesi hâlinde ise, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 264. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş bulunan dava açma süresi, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemez. (HUAK m. 18/A, XVI). Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz (HUAK m.18/A, XVIII).

Şimdilik iş uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıklarla sınırlı tutulmuş olan bu adımın,² tüketici uyuşmazlıklarıyla aile hukuku uyuş-

² Her ne kadar, fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuattan kaynaklanan ve para ve tazminat alacağını konu alan davalar, Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde sayılmış olan davalar arasında yer alsa bile, dava şartı arabuluculuğa ilişkin kurallar, bu bağlamda uygulanma alanı bulamaz. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 76'ncı maddesi uyarınca, bu Kanun'un düzenlemiş olduğu hukukî ilişkilerden kaynaklanan, hukuk davaları, fikrî ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görev alanına girer. Dolayısıyla, Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, fikrî mülkiyet hukukundan kaynaklanan hukuk davalarının ticarî davalar arasında sayılmasının, pratikte herhangi bir anlam ve önemi kalmamıştır; anılan davalar, asliye ticaret mahkemelerinin görev alanı dışına çıkartılmıştır. Fikrî mülkiyet hukukundan kaynaklanan hukuk davalarına, ayrı bir fikrî ve sınai haklar hukuk mahkemesinin bulunmadığı yerlerde, varsa o yerdeki asliye ticaret mahkemesince değil; asliye hukuk mahkemesince, fikrî ve sınai haklar hukuk mahkemesi sıfatıyla bakılacaktır. Kaldı ki; 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 189'uncu maddesiyle değişik, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 76'ncı maddesinin birinci fıkrası ile göreve ilişkin olarak belirlemede bulunan Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan düzenleme, zımnen ilga edilmiştir. Bu durum karşısında, fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin alacak ve tazminat taleplerini konu alan hukuk davaları, dava şartı arabuluculuğun yani zorunlu arabuluculuğun kapsamı dışında kalır [Taraflardan birisinin ticarî işletmesiyle ilgili olmak kaydıyla, dava şartı arabuluculuğun kapsamında olduğu yönünde bkz.: E. Giray: Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk (Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.29-40, s.34]; ancak bu bağlamda ihtiyatî arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılması mümkündür. Yine, Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, sözü edilen "fikrî mülkiyete ilişkin mevzuat" kavramının kapsamına, sınai mülkiyete ilişkin mevzuat da dâhildir. Sınai Mülkiyet Kanunu 31'inci maddesi uyarınca, bu Kanun'un düzenlemiş olduğu, hukukî ilişkilerden (markalar, patent, coğrafi işaretler, geleneksel ürünler ve endüstriyel tasarım ile faydalı modellerden) kaynaklanan hukuk davalarına, fikrî ve sınai haklar hukuk mahkemesinde bakılır. Anılan düzenlemeyle, hem yeni tarihli kanun hem de özel kanun konumunda olması hasebiyle, Türk Ticaret Kanunu 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, yer alan ve göreve ilişkin ola-

rak belirlemede bulunan düzenleme zımnen ilga edilmiştir. Dolayısıyla, fikrî ve sınaî mülkiyete ilişkin mevzuattan kaynaklanan, belirli bir paranın ödenmesini konu alan alacak ve tazminat talepleri bakımından dava şartı arabuluculuk değil; ancak ihtiyarî arabuluculuk hükümleri işletilebilir. [Dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanma alanı bulabileceği konusunda bkz.: O. U. Karaca, : Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Sınai Mülkiyet Uyuşmazlıkları (FMR 2019/1, s.48-55), s.51 vd.]

Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin birinci fıkrasında, özel kanunlarda yer alan ticarî davalardan parasal bir talebi konu alanlar bağlamında da, dava şartı arabuluculuğun yani zorunlu arabuluculuğun uygulanma alanı bulacağına, yasal çerçevede açıkça vurgu yapılmıştır. Bu kapsamda, özellikle iflâsa ve konkordatoya ilişkin davalar üzerinde bazı tereddütler ortaya çıkmıştır.

Her şeyden önce, iflâsa ve konkordatoya ilişkin davalar, kamu düzenindedir; yani tarafların anlaşmak suretiyle üzerinde tasarruf edebilecekleri alanlar arasında yer almazlar. Dolayısıyla tümüyle, arabuluculuk kurumunun uygulanma alanı dışında kalırlar. Bir an için, bu alanların üzerinde anlaşmak suretiyle tasarrufta bulunulabilecek olan alanlar arasında yer aldığı kabul edilse bile, doğrudan doğruya iflâs yollarına başvuru, yani takipsiz iflâs talebinde bulunma (İİK m. 177-179) bir çekişmesiz yargı işi niteliği taşıdığı için (HMK m. 382, 1/f, 2) arabuluculuk kurumu zaten uygulanma alanı bulamaz; arabuluculuğa elverişli alanlar arasında yer almaz. Takipli iflâs yollarından birisine başvuru üzerine, borçlunun iflâsının sağlanması için, açılmış olan iflâs davası ise, alelâde bir alacak davası olmayıp; takip prosedürünün devamını sağlamaya yönelmiş, onun ayrılmaz bir parçasını teşkil eden dava konumunda bulunması ve verilecek olan iflâs kararının, sadece iflâs takibini yapan alacaklının değil; borçlunun tüm alacaklılarının hukukî durumunu etkileyecek şekilde, derhal hüküm ve sonuçlar doğurabilecek bir nitelik taşıması sebebiyle borçlunun süresi içerisinde iflâs ödeme emrine itiraz etmesi üzerine iflâs isteyen alacaklının alacağının varlığının, genel hükümler çerçevesinde, mahkemece, araştırılacak bir boyut kazanmış bulunduğu hallerde dahi, ne ihtiyarî ne de zorunlu arabuluculuk kurumunun işlerlik kazanacağı alanlar arasında yer alır.

Yine, iflâsla ilişkili olarak, uygulamada tartışma konusu yaratan hususlardan birisini de, sıra cetveline itiraz davaları oluşturur (İİK m. 235). Her şeyden önce, iflâs hukuku bağlamında, alacaklının sıra cetvelinde iflâs idaresince kendisine karşı verilmiş olan sıraya karşı çıkması yahut sıra cetvelinin düzenlenmesiyle ilgili iflâs hukuku kurallarına aykırı davranılması sebebiyle işlerlik kazanan sıra cetveline karşı şikâyet (İİK m. 235/son f.), bir dava olmaması ve belirli bir parasal edimin ödenmesiyle ilişkili bulunmaması sebepleriyle dava şartı arabuluculuk kurumunun uygulanma alanı dışında kalır. İflâs hukuku bağlamında, sıra cetveline itiraz davası ise, bir iflâs alacaklısının alacağının, iflâs idaresi tarafından kısmen ya da tamamen reddedilmesi yahut bir başka iflâs alacaklısının, alacağına, sıra cetvelinde, verilmiş olan sıraya veya onun alacağının esasıyla ilgili verilmiş bulunan ve sıra cetvelinde gösterilmiş olan karara karşı çıkılması halinde işlerlik kazanır. Yine, iflâs idaresi, mülkiyet dışındaki istihkak iddialarının da kabul ya da retlerine karar vermek ve bu kararlarının sonuçlarını, sıra cetvelinde göstermek zorundadır. Mülkiyet dışındaki istihkak iddiası reddedilen kişiler de, sıra cetveline itiraz davası yoluna başvurmak zorundadırlar. Son işaret edilen husus bağlamında, parasal bir edime mahkûmiyetten zaten bahsedilemeyeceği için, dava şartı arabuluculuk hükümlerinin, işlerlik kazanamayacağı aşîkârdır. Bir iflâs alacaklısının, alacağının esasî yahut bir başka iflâs alacaklısının sıra cetvelindeki sırasına yahut onun alacağının esasına ilişkin olarak, iflâs idaresince verilmiş

bulunan karara karşı çıkması hâlinde işlerlik kazanan sıra cetveline itiraz davası ise, hukukî niteliği itibarıyla doğrudan belirli bir parasal edime mahkûmiyeti, yani alacağın tahsilini konu alan dava konumunda değildir. Sıra cetveline itiraz davasının işlevi, iflâs masasının aktiflerinin paraya çevrilmesi sonucunda oluşan değerden, her bir iflâs alacaklısının alacağı payın belirlenmesine esas teşkil edecek olan sıra cetvelinin, fiilî maddî durumla örtüşen bir şekilde düzenlenmesini sağlamak, varsa bu bağlamdaki hataların giderilmesini ve kesinleşmesini bir an önce gerçekleştirmektir. Bu niteliği gözetildiğinde, doğrudan alacağın tahsilini hedefleyen bir eda davası konumunda bulunmadığı, aşıkârdır ve dolayısıyla dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi kılınamaz (Aynı yönde, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi'nin 11.9.2019 tarihli ve 2019/1464, 2019/1298 sayılı kararı, "Somut olayda dava, bir alacak ya da tazminat davası olmayıp, masaya kayıt davasıdır. Bilindiği gibi, kayıt kabul davası, bir para alacağının tahsili amacını gütmeyiz; bu davayla o alacağın, o iflâs tasfiyesinden pay alıp almayacağı hususu belirlenir..... Davanın kabul edilmesi, belirli bir para alacağının tahsilini değil; sadece sıra cetvelinin düzeltilmesi sonucunu doğurur..... Diğer bir ifadeyle kayıt kabul davası, subjektif bir hakkı konu almakta ve maddî hukuk hükümlerine göre incelenmekle birlikte, maksadı bu tutarın tahsili değildir. Açıklanan nedenlerle, kayıt kabul davası, "konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri" cümlesinden olmayıp, zorunlu arabuluculuk dava şartına tabi değildir").

Öte yandan, geçici ve kesin konkordato mühleti verilmesi, komiser atanması (İİK m. 287, m. 289) ve konkordatonun tasdiki işleri (İİK m. 304-306) ise, çekişmesiz bir yargı işi niteliği taşıdıkları için (HMK m. 382, I/f, 6, 7) hiçbir surette, arabuluculuğa elverişli değildirler. Borçlunun, konkordatonun gerçekleştirilmesi sırasında, dürüst davranmamış; hıyileyle konkordatoyu kabul ve tasdik ettirmeyi başarmış olması halinde, işlerlik kazanan, bir dava biçiminde somutlaşan ve konkordatonun tüm alacaklılar bakımından geçersiz kılınmasını hedefleyen konkordatonun tamamen feshi kurumu (İİK m. 308/f) ise, belirli bir parasal edime mahkûmiyete ilişkin bulunmayıp, dürüstlük koşulunun ihlâlinin bir yaptırımı niteliği taşıdığı için, ne ihtiyarî ne de zorunlu arabuluculuğun işlerlik kazanacağı alanlar arasında yer alır. Tasdik edilen konkordato şartlarına uyulmaması sebebiyle, yalnızca bir alacaklı bakımından konkordatonun geçersiz kılınmasını hedefleyen konkordatonun kısmen feshi davası (İİK m. 307/e) ise, belirli bir parasal edimi değil, konkordatonun ifası çerçevesinde, tasdik edilmiş olan konkordatonun şartlarına uyulmamasını yaptırımı konumunda bulunduğu için, bu alanda da, arabuluculuğun, hiçbir türü uygulanma kabiliyeti kazanamaz.

Tüketici işlemlerinden kaynaklanan ve belirli bir parasal edimin ifasını konu alan hukuk davaları bağlamında, ihtiyarî arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılması mümkündür (TKHK m. 68, VI). Bu durum, doğrudan doğruya tüketici hakem mahkemelerinde açılıp görülecek olan davalar bakımından da, geçerlilik taşır. Her şeyden önce, tüketici işlemlerinden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri bakımından, dava şartı arabuluculuk kurumunun işlerlik kazanacağını açıkça öngören herhangi bir kanuni düzenleme mevzuatımızda mevcut değildir. Dava şartı arabuluculuk kurumunun, tüketici işlemlerinden veya tüketiciye yönelik uygulamalardan kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri bağlamında, uygulanma alanı bulup bulamayacağının değerlendirilmesinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinde yer alan düzenleme ile bir ilişki kurulması düşünülebilir. Ancak, bu tür bir ilişki kurulmasına da, bizatihi Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 83'üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kural, bir engel oluşturur. Anılan düzenlemeye göre, "tarafardan birini tüketicinin

oluşturduğu işlemlerle ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin, tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanun'un görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez." Dolayısıyla Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinde belirtilen bu işlemlerden (örneğin, kredi, sigorta, taşıma sözleşmesi gibi, ayrıca bakınız: TKHK m. 3, I/1) birisinin tarafını tüketici oluşturuyorsa, bu işlemlerden kaynaklanan davaların diğer kanunda farklı yargı yerinde görüleceği açıkça belirtilmiş olsa bile artık o kanun hükümleri değil; Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un göreve ilişkin kuralları uygulanma alanı bulacaktır. Bu durumda, Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinde sayılan ve mutlak ticari dava konusu teşkil edebilecek işlemlerden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri bağlamında işlemin taraflarından birisi tüketiciyse asliye ticaret mahkemeleri değil, uyuşmazlığın tutarına göre, tüketici hakem heyetleri ile tüketici mahkemeleri devreye girecek; yani uyuşmazlık, ticari uyuşmazlık olmaktan çıkıp tüketici uyuşmazlığı kimliğine kavuşacak ve açıkça bir yasal düzenlemenin bulunmaması sebebiyle dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler, bu alanda işlerlik kazanamayacaktır. Aksi yönde Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi'nin, 19.9.2019 tarihli, 2019/1720, 2019/1365 sayılı kararı: "..... Dava, davacı bankayla davalı arasında akdedilen, bankacılık hizmet sözleşmesi kapsamında kullanılan kredi kartından kaynaklanan alacağın tahsil amacıyla başlatılan icra takibine yapılan itirazın, iptali istemine ilişkindir.....6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi, "Bu Kanun'un 5. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticarî davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması, dava şartıdır." hükmünü haiz olup, kredi kartının ödenmemesi nedeniyle başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkin dava, TTK'nın, 4, I/f maddesi gereğince, ticarî davadır. Tüketici işlemi niteliğindeki özel hukuk uyuşmazlıklarının aynı zamanda ticarî dava niteliğinde olması, işlemin tüketici işlemi niteliğini ve buna bağlanan sonuçları, ortadan kaldırmaz. Tüketicinin taraf olduğu bankacılık sözleşmelerinden doğan davalar, tüketici mahkemesinde görülmesi gerekmele birlikte, TTK'nın 4, I/f maddesi gereğince, ticarî dava sayıldığından, 6325 sayılı Kanun'un 18/A, II maddesi gereğince, söz konusu davalarda, dava açılmadan önce, arabulucuya başvurulması, dava şartıdır."

Öte yandan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin on sekizinci fıkrasında, "özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözümü yoluna başvurmanın zorunlu olduğu veya tahkim sözleşmesinin yapıldığı hallerde, dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmayacağı" açıkça ve emredici bir dille, hukukî bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu çerçevede, tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen, dava, hakem mahkemesi yerine, devlet mahkemesinde açılmış; davalı, süresinde ve usulüne uygun olarak, tahkim ilk itirazında bulunmadığı için, devlet mahkemesi, davaya bakabilecek bir konuma kavuşmuşsa, uyuşmazlık, dava şartı arabuluculuğa tabi olsa bile, buna ilişkin hükümler işlerlik kazanamaz. İşlerlik kazanabilmesi için, tahkim sözleşmesinin yapılması hâlinde, dava şartı arabuluculuğun uygulanma alanı bulamayacağını öngören hukukî düzenlemenin (HUAK m.18/A, XVIII), tahkim sözleşmesinin varlığı nedeniyle davanın hakemlerde açılması halinde kaydını da içerecek şekilde, açıkça bir düzeltme tabi tutulması gerekir. (Aksi yönde bkz.: İ. Koçyiğit/A. Bulur: Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019, s.65.) Belirli bir tutarın altında bulunan ve tüketici hakem heyetleri tarafından karar bağlanması zorunlu olan tüketici işlemlerinden kaynaklanan ve parasal bir edimi ya da tazminatı içeren davalar bağlamında, Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesi ile bir ilişki kurulmak suretiyle dava şartı arabuluculuğun, hem tüketici

mazlıklarını da kapsar şekilde genişletilmesi yönünde bir eğilimin fikrî bazda yavaş yavaş belirmeye başladığı gözlemlenmektedir.

Dava şartı arabuluculuğun, uygulanma alanının genişletilmesi, genel bir dava şartı haline getirilmesine çalışılması, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi oluşturmaz. İstisnaî bir nitelik taşıyan iş uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıkların yanına, tüketici ve özellikle aile hukuku uyuşmazlıkları da ilâve edilecek olursa, uygulamada, yaygın uyuşmazlık tiplerinin, bunlardan birisi şeklinde somutlaşacağı dikkate alındığında, özel bir dava şartı konumunda bulunan arabuluculuk, adeta genel bir dava şartı haline getirilmiş olur ve bu durum, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan genel dava şartlarının (HMK m. 114) arasına, yeni bir dava şartının da eklenmesi sonucunu doğurur.

Öte yandan, bir husus, belirli bir hukukî uyuşmazlık tipi bağlamında, bir dava şartı haline getirilecek ise, dava şartı olarak öngörülen durum ile hukukî uyuşmazlık arasında, hukukî ve mantıkî bir bağ ya da bağlantının kurulmuş olması, bir zorunluluğun varlığı gerekir. Örneğin, daha önce, bir hukukî uyuşmazlık hakkında, kesin hüküm mevcutsa, o hukukî uyuşmazlık, yeniden, mahkeme önüne, dava yoluyla getirilemez. Getirilecek olursa, dava, esastan görülüp yeniden karara bağlanamaz; derhal usulden reddedilmek gerekir (HMK m. 114, I, i; m. 115, II). Bu durum, hukukî ve mantıkî bir temeli bulunan, aynı fiilden ötürü, kişi ancak bir kez yargılanabilir ve hakkında da, ancak bir kez hüküm verilebilir kuralının, doğal bir sonucudur. Yapmış olduğumuz bu tespit, genel bir dava şartı konumunda bulunan derdestlik bakımından da, aynen geçerlilik taşır (HMK m. 114, I, 1). İş ve ticarî uyuşmazlıklarla sınırlı olarak yaratılmış bulunan özel dava şartıyla bu uyuşmazlık tipleri arasında, işaret ettiğimiz anlamda hukukî ve mantıkî bir zorunluluk ya da bir bağ veya ilişki kurmak, mümkün değildir.³

hakem heyetlerinde hem de doğrudan tüketici mahkemelerinde açılıp görülmesi gereken davalarda, işlerlik kazanması gerektiği yönündeki bir çözümlemenin, bir an için varit olduğu kabul edilecek olsa bile, hukuk sistemimiz içerisinde, tüketici hakem heyetlerinin zorunlu bir tahkim organı olarak işlev üstlenmiş bulunması sebebiyle tüketici hakem heyetlerinde görülecek davalar bağlamında, zorunlu tahkim işlerlik kazanacağından dava şartı arabuluculuk kurumu yine devre dışı kalacaktır (HUAK m. 18/A, XVIII).

³ Bu konuda bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.153-154.

Ayrıca, dava şartlarına aykırılık, mutlak bir istinaf ve mutlak bir bozma sebebi oluşturur (HMK m.353, I/a-4; m.371, I/ b). Uyuşmazlığın, dava yoluyla mahkemeye taşınmasından önce, arabulucuya başvurulmuş ve anlaşma dışı bir nedenle arabuluculuk sürecinin sona erdiğinin yazılı bir biçimde belgelendirilmiş olmasının, özel bir dava şartı haline getirilmesi, kanun yolları rejimi bağlamında da ciddi ve ağır hukukî sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir. Şöyle ki;

Esasında dava şartı arabuluculuğa tabi bir hukukî uyuşmazlık dava açılmadan önce arabulucuya hiç götürülmeden dava konusu kılınmış, ilk derece mahkemesi bu durumu atlamış; taraflar da, bu bağlamda, ilk derece yargılaması evresinde herhangi bir iddiada bulunmamış ve ilk derece mahkemesince verilmiş olan karara karşı tarafın istinaf yoluna başvurulması üzerine, istinaf incelemesini gerçekleştirecek olan bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, dava şartı arabuluculuğunun gereğinin yerine getirilmemiş olması özel bir dava şartı konusunda bulunup, kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği için, taraflarca dilekçelerinde ileri sürülmemiş olsa bile, bu aykırılığı re'sen gözetip; (HMK m. 355) ilk derece mahkemesinin kararının, dosya üzerinden, esastan incelemesine geçilmeden kaldırılmasına ve dava dosyasının, dava şartı arabuluculuğunun gereğinin yerine getirilmemesi sebebiyle usulden reddi için, kararına karşı istinafa gidilen mahkemeye kesin olarak gönderilmesine karar vermek zorundadır. Öte yandan, istinaf mahkemesi, bu özel dava şartına aykırılığı atlamış, istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiş ve bu karara karşı da temyiz yoluyla Yargıtay'a başvurulmuşsa, Yargıtay ilgili hukuk dairesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371'inci maddesinin (b) bendi uyarınca, dava şartlarına aykırılık bulunması hususu, mutlak bir bozma sebebi oluşturduğu için, bölge adliye mahkemesinin hukuk dairesinin kararını kaldırıp; bozma kararı vererek dava dosyasını usulden ret kararı vermesi için, ilk derece mahkemesine gönderme zorunluluğuyla karşı karşıya kalacaktır (HMK m. 373, I).

Her şeyden önce, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolları arasında yer alan arabuluculuğun, yargının iş yükünü azaltmak gibi, herhangi bir amacı ve işlevi yoktur. Ancak, arabuluculuk, toplumda genel kabul görürse, dava sayısı azalacağı için, yargının iş yükü de doğal olarak azalacaktır. Ancak, sözü edilen hâl, amaç değil; arabuluculuğun yaygınlaşmasının bir sonucudur. Dolayısıyla, zorunlu da olsa ara-

buluculuğun, yargının iş yükünün azaltılmasına katkı sağlamasının amaç olarak tanımlanması, mantıksal bir tutarsızlık; kendi içinde bir çelişki teşkil eder.⁴

Yine, taraflar arasında uyuşmazlığı uzlaşi yahut sulh yoluyla sona erdirmek hususunda genel bir isteksizlik mevcut ise, dava açılmasından önceki evrede tarafları arabuluculuğa başvuru hususunda zorlamak, hem arabuluculuğun doğasına ve ruhuna ters düşer,⁵ hem de ilgililerin haklarına kavuşması sürecinin, adalete erişim hakkının ertelenmesine sebebiyet verir.⁶

Öte yandan, arabuluculuk kurumunun menfaatlerin dengelenmesi temeline dayalı olarak, tarafların her ikisinin de tatmin edilmesine olanak veren ve gerçek anlamda bir uzlaşının ürünü olan optimal bir çözümün üretilmesine katkı sağlayabilmesi, anılan kuruma işlerlik kazandırılması suretiyle sona erdirilmesi istenen uyuşmazlığın, özellikle malî açıdan taraflar arasında büyük ölçüde bir eşitsizliğin bulunmadığı menfaat ilişkilerinden kaynaklanmış olmasına bağlıdır. Çünkü, arabuluculukta, optimal bir çözümün üretilebilmesi, rahat ve özgür bir müzakere ortamının yaratılması ve verilecek olan ödünlerin kapsamının tayininde belirleyici bir işlev gören husus, menfaatlerin dengelenmesiyle de sıkı sıkıya ilişki içinde bulunan eşit pazarlık gücüne sahip olmaktır. Bir sürecin işleyişinde, aktif rol oynayabilme, müzakere yapabilme ve pazarlık gücüne sahip olma ise, malî açıdan, taraflardan hiçbirinin diğerine iradesini empoze edebilecek bir konumda bulunmamasını, yani, eşitler arası bir menfaat ilişkisinin varlığını zorunlu kılar. Her şeyden önce, işçi-işveren ilişkilerinde, işçi, işverene nazaran, ekonomik açıdan, daha zayıf bir konumdadır; dolayısıyla onun aktif

⁴ Aksi yönde bir değerlendirme için, bkz.: B. Azaklı Arslan, *Medenî Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara 2018, s.126.

⁵ S. Özümücü, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", *İÜHFİM*, 2016/2, s.807-842, s.838. Namlı, M.: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağıyla Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun, Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, s.151-165), s.156. K. Doğan Yenisey: İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, s.167-193), s.183. Aksi görüş için bkz.: Azaklı Arslan, s.54.

⁶ Özümücü, s.838.

bir biçimde bir müzakereyi sürdürmesi ve ödümler açısından belirleyicilik arz eden etkin bir pazarlık gücüne sahip olması, mümkün değildir. Malî açıdan, eşitsizliğin bulunduğu ilişkilerde, güçlü olanın, daha zayıf olanın üzerinde, süreçte, özellikle avukat yardımı alınamamışsa, malî zorluğun yanına eklenecek olan bilgi eksikliği, teknik donanım yetersizliği ve ihtiyaç sebebiyle yargılama sürecinin uzunluğu da gözetilerek, hakkına, bir an önce kavuşabilme endişesiyle yargılama sonucunda elde edebileceği tutarın, daha altındaki bir tutarla, anlaşmaya varma bağlamında, rıza göstermesini sağlayacak şekilde iradesinin oluşumu bağlamında bir baskı kurabilmesi, her zaman kuvvetle muhtemeldir⁷ ve bu durum, anlaşma bağlamında, başlı başına sürekli gabin iddialarının (TBK m.28) dillendirilmesine sebebiyet verecek bir nitelik taşımaktadır.

Bir toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan, emredici normlar ve kurumlar bütünü şeklinde, genel çerçevede tanımlanacak olan ve sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı bir işlevi de yerine getiren, zamana ve mekâna göre de değişkenlik arz eden kamu düzeni kavramının (TBK m. 27, I), aşırı örselenmesi, içinin boşaltılması, onun bariyer olma vasfını yitirmesine ve ciddî hukukî problemlerin ortaya çıkmasına sebebiyet verir. Bu çerçevede, zorunlu arabuluculuğun kapsamına, eşitler arası menfaat ilişkilerinin bulunmadığı, kamu düzeninin etkin bir biçimde kendisini hissettirdiği alanların, tüketici uyumsuzluklarıyla, bilhassa, aile hukuku uyumsuzluklarının dâhil edilmemesi, daha doğru bir tutum ve davranış oluşturur.

Ayrıca, iş uyumsuzluklarıyla ticarî uyumsuzluklar bağlamında, davanın açılmasından önce tarafların arabulucuya başvuru zorunluluğunun varlığı, sadece yargıya başvuru hakkıyla ilişkilidir; cebrî icraya başvuru hakkını önleyici herhangi bir etki de doğurmaz. Yani, sözü edilen alacaklar bağlamında, taraflar, dava açmak yerine, cebrî icraya başvuru seçeneğini her zaman tercih edebilirler, örneğin, ilamsız icranın bir türü olan genel haciz yoluyla takibe işlerlik kazandırabilirler.⁸ Genel haciz yoluyla takibe başvuru halinde, borçlu, süresi içerisinde ödeme emrine itiraz edecek olursa, duran icra takibine devam

⁷ Doğan Yenisey, s.179.

⁸ Aynı yönde bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.195; M. Çiçek, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018, s.90-91; Ö. Yakıcı, Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2019, s.89.

edilmesini sağlamak amacıyla, alacaklı, koşulları oluşmuşsa, itirazın kaldırılması (İİK m. 68) ya da itirazın iptali davası (İİK m. 67) yoluna başvurabilir. İtirazın kaldırılması, ilamsız icra prosedürü içerisinde, borçlunun borçlu olup olmadığının tespitine yönelik, takip hukukuna özgü bir süreç niteliği taşıyıp, dava olmadığı için, bu bağlamda, öncelikle arabulucuya başvuru zorunluluğu ortaya çıkmaz.⁹ İtirazın iptali davası ise, alelâde bir alacak davası değildir; davayı karakterize eden ana öğeler, borçlunun, itirazının iptaline ve takibin devamına karar verilmesiyle icra inkâr tazminatına çarptırılmasıdır (İİK m. 67). Bu boyutları itibariyle sözü edilen dava, takip prosedürünün bütünü içinde yer alan, esas itibariyle onun ayrılmaz bir parçasını oluşturan ve takibin işleyişini sağlamaya yönelmiş bulunan bir dava konumunda bulunduğu için, dava şartı arabuluculuk kurumunun kapsamı dışında kalır.¹⁰ Hatta itirazın iptali davasının, hukukî niteliği itibariyle, sadece, borçlunun, itirazının iptali ve takibin devamına karar verilmesiyle icra inkâr tazminatına çarptırılmasını hedefleyen bir tespit davası olduğu yönündeki düşünce kabul edilecek olursa, dava zaten bir alacak davası olma kimliğinden tümüyle soyutlanacağı için, yapılmış bulunan bu çözümlemeye, daha kolaylıkla ulaşılabilir.¹¹

⁹ Aynı yönde bkz.: Koçyiğit/Bulur, s.67.

¹⁰ Aynı yönde bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.196-197; EM Yardım, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru, (Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.89-110), s.103. Aksi yönde bkz.: Nesibe Kurt Konca, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, (SETA Perspektif., 2018/225, s.1-6), s.5; Yakıcı, s.90; Koçyiğit/Bulur, s.67; A. Paslı, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A maddesinin yorumlanması, (Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.13-25), s.22; Çiçek, s.91.

¹¹ İcra-İflâs Kanunu'nun 72. maddesinde öngörülmüş olan ve icra takibine etkileri de gözetilmek suretiyle ikili bir ayrıma tabi tutulmuş bulunan menfi tespit davaları, bir alacak ya da tazminatı konu almadıkları yani, parasal bir edime mahkûmiyeti içeren eda davası niteliği taşımadıkları için, dava şartı arabuluculuğun uygulanma alanı dışında kalırlar (Aynı yönde bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.190-191; Paslı, s.19-20; Aksi yönde bkz.: Koçyiğit/Bulur, s.67-68). Öte yandan, yapılacak olan ya da yürüyen icra takibine etkileri de gözetilerek, hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nda özel hükümler sevk edilmiş olan menfi tespit davaları, alacaklı açısından yaklaşılarak eda davalarıyla ilişkilendirilmek suretiyle, dava şartı arabuluculuk kurumunun kapsamına da dâhil edilemez. Ayrıca, cebrî icra tehdidinin varlığı nedeniyle, takipten önce açılacak olan menfi tespit davası bağlamında, borçluyu, arabuluculuğa müracaata zorlamak, arabuluculuğa başvuru, cebrî icraya işlerlik kazandırmayı engellemeyeceği için, aleyhinde cereyan edecek olan takibin, biran önce başlatılmasına sebebiyet verecek ve takipten önce menfi tespit davası açılması olanağını tümüyle ortadan kaldıracaktır. Başlangıçta

Arabuluculuğa başvuru özendirilmek isteniyorsa, başvuru bağlamında, bir zorunluluk öngörmek yerine, arabuluculuk kurumunun câzibe merkezi haline getirilmesi için, gerekli önlemler alınmalı, kuru-

takipten önce açacağı menfi tespit davasıyla alacağın yüzde on beşi oranında teminat göstermek suretiyle alacağı ihtiyatî tedbir kararıyla icra takibini durdurma olanağına sahip olan borçlu, artık açacağı dava taktikten sonra açılan bir menfi tespit davası olacağı için, ancak alacağın tamamını depo edip; yüzde on beş oranında da teminat göstermek suretiyle alınacak olan ihtiyatî tedbir kararı ile icra takibini durdurabilecek; alacağın tamamını ödeme olanağı yoksa sadece yüzde on beş tutarındaki teminatla mahkemeden temin edeceği ihtiyatî tedbir kararıyla, icra veznesine giren paranın alacaklıya ödenmemesini sağlayabilecektir. Yine, hukukî niteliği itibarıyla bir menfi tespit davası olmasına rağmen, belirli bir parasal edimi konu olarak almadıkları için, sahtelik davaları da, (HMK m.209; m.106) dava şartı arabuluculuğun uygulanma alanı dışında kalacaktır. Genel haciz yoluyla takipte, itirazın geçici kaldırılması kararının, tefhim veya tebliğinden itibaren, yedi günlük süre içerisinde, borçlunun açma zorunluluğuyla karşı karşıya bulunduğu borçtan kurtulma davaları, parasal bir edime mahkûmiyeti içeren bir eda davası konumunda bulunmamaları ve imzaya itirazın hükümden düşürülmesi prosedürünün ayrılmaz bir parçası, bir cüzü oldukları için, dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi kılınamazlar (Aksi yönde bkz.: Koçyiğit/Bulur, s.68). Menfi tespit davalarının, dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi olduğu hususunda, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi'nin 19.9.2019 tarihli ve 2019/851, 2019/1045 sayılı kararı için bkz.: ".....Eda davası ve tespit davası ayrımı, arabuluculuğa ilişkin, anılan düzenlemelerde yer almamaktadır. İcra ve İflâs Kanunu'na tabi menfi tespit davasının, anılan düzenlemeden ayrı tutulduğuna dair, gerek TTK'da, gerekse İİK'da bir hüküm de bulunmamaktadır..... Kanun metninin, yoruma muhtaç ifadeler içermesi sebebiyle sırf Kanun diliyle sonuca varılamamaktadır. İşin içine yorum katılması gerektiğine göre, yorumun, Kanun'un amacına uygun yapılması gerekir. Kanun'un amacı ise, gerekçesinden ve ruhundan faydalanılarak tespit edilmelidir. Somut Kanun hükmünün madde metninde, olumsuz tespit davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığına dair açık bir düzenleme bulunmadığına göre, genel gerekçe ve madde gerekçesinde kullanılan ifadelerden, anlaşılacak gayeden hareketle yorum yapılmalıdır. Genel gerekçe ve madde gerekçesi, uyumsuzluk kriterine işaret ettiğinde, dava türüne göre değil, uyumsuzluk türü esas alınarak yapılan değerlendirme sonucunda, eldeki davanın, (genel tarımsal kredi nedeniyle borçlu olduğunun tespiti ve ödenen tutarların istirdadı davası) TTK 5/A maddesi gereğince, dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu sonucuna varılmaktadır."

İcra ve İflâs Kanunu'nun 72'nci maddesinin son fıkrasında öngörülmuş bulunan istirdat davasına, şartları tek tek sayılmak suretiyle belirlenmiş yalnızca ilamsız icra bağlamında uygulanma alanı bulacak özel bir dava konumunda bulunması sebebiyle, alelâde bir alacak davası, bir eda davası gibi yaklaşıp, dava şartı arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılması, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi oluşturmaz (Aksi yönde bkz.: Koçyiğit/Bulur, s.68).

Burada yeri gelmişken, son olarak bir dava olmamaları hasebiyle, (örneğin, ihtiyatî haciz gibi) geçici hukukî korumalar bakımından, (bir işçilik alacağına ya da ticari davaya konu kılınabilecek bir alacağa ilişkin bulunsa bile) dava şartı arabuluculuk kurumunun uygulanamayacağına işaret etmekte yarar vardır. Nitekim Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin on altıncı fıkrasında yer alan hukukî düzenleme de, bu hususu, açıkça teyit etmektedir.

mun sağlayabileceği yararlar konusunda tüm kütle iletişim araçlarının etkin bir biçimde kullanımı ve Devlet desteğiyle; direnç, önyargı ve kaygıların aşılmasının temini için, sürecin işleyişine katkı sağlayacak tüm kurum ve kuruluşlar ve kamuoyu bilgilendirilmeli, meslek kuruluşlarıyla (özellikle ticaret ve sanayi odaları ile üst kuruluşlarının) ve yargının en önemli bileşenleri olan hâkimlerin ve avukatların sürece aktif bir biçimde katılımlarının gerçekleştirilmesinin ve destek vermelerinin yolları araştırılmalıdır. Yine, bu bağlamda, adli yardım kurumunun (HMK m. 334-340) geniş ölçekte işlevselliği sağlanmalı ve arabuluculuk giderlerini de kapsar şekilde hukukî himaye sigortası kurumuna bir an önce işlerlik kazandırılmalı ve arabulucular siciline kayıt bağlamında, mesleki sorumluluk sigortası yaptırma, zorunlu bir şart olarak aranmalıdır.

Zorunlu arabuluculuk sürecinin işleyişinde, arabuluculuk büroları, önemli bir yere sahiptir. Bu büroların yetki alanının belirlenmesi sırasında, mahkemelerin yetkisiyle ilgili kurullarla ilişkilendirme yapılmış olması, bu bürolar ile arabulucuların, araştırma ve inceleme yapma ile bilgi ve belge toplama bağlamında, tıpkı yargı organları gibi hareket edebilme olanağına kavuşturulmuş bulunması, yargılama faaliyetinden tümüyle farklılaşan ve kendine özgü mantığı, felsefesi, ilkeleri bulunan ve tümüyle tarafların menfaatlerinin dengelenmesine dayalı bir süreç niteliği taşıyan arabuluculukta, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi oluşturmaz.

Öte yandan, arabulucu, arabuluculuk sürecinin işleyişinde, son derece önemli bir rol üstlenmiş olan resmî kimliği de bulunan bir görevli konumundadır. Arabuluculuk kurumunun, uyuşmazlık çözüm sürecinde etkin ve yaygın bir işlevi görmesi ve son tahlilde bu suretle yargının iş yükünün azaltılmasına katkı sağlayabilmesi, güvence mekanizmaları oluşturulmuş belirli standartlara, ilkelere ve sıkı bir denetime tabi olan işinin gerçekten ehli konumunda bulunan nitelikli arabulucuların yetiştirilmiş olması koşuluna bağlıdır. Bu çerçevede, arabuluculuk eğitiminin gözden geçirilmesi,¹² sicile kayıt bağlamında

¹² Gerçekten nitelikli ve donanımlı arabulucuların yetiştirilmesinin temini için, eğitim ve yapılacak olan sınavda çoğu kez tekrara düşülmüş olan ve Bakanlıkça hazırlanmış bulunan modülün baz alınmasından vazgeçilmeli, temel çerçevesi belirlenmiş olmak kaydıyla, bu bağlamda, eğitimin içerik itibarıyla tayininde bir serbesti sağlanması yoluna gidilmelidir. Yine, arabuluculuk eğitimi bağlamında,

yapılacak olan yazılı sınavı başarmış bulunma ile yetinilmeyip; daha ağırlıklı ve belirleyici olarak uygulama sınavını; yani bir senaryo üzerinde, aktif bir biçimde arabuluculuk bilgi ve becerisini ortaya koymayı ve ölçmeyi hedefleyen bir sınavı, başarmış olma da mutlaka aranmalıdır.

Yine, özellikle, dava şartı arabuluculuk bağlamında, arabulucunun hukukî statüsüyle hukukî sorumluluğunun ne olduğu hususlarına yasal zeminde, mutlaka bir açıklık getirilmeli,¹³ arabulucuların etkin bir biçimde denetlenmeleriyle ilgili olarak geniş kapsamlı ve ayrıntılı hükümler sevk edilmeli ve mevzuat bazında Türk Ceza Kanunu anlamındaki konumlarına hukukî düzenleme yapılmak suretiyle işaretilmelidir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda öngörülen modelde, bağımsız, tarafsız ve uzmanlık eğitimi almış olan üçüncü kişi, esas itibarıyla uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları, sistematik iletişim teknikleri uygulamak suretiyle kendi çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak amacıyla bir araya getirir; aralarında iletişim kurar; bir diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; onlara ortaklaşa bir çözüm üretmelerine veya geliştirmelerine olanak veren, son derece rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle yardımcı olmaya çalışır. Üçüncü kişi, ilke olarak, süreçte aktif değil; pasif konumdadır; onun işlevi, esas itibarıyla taraflar arasındaki iletişimi kurmak ve bunu süreç boyunca canlı tutmakla sınırlıdır. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve başarıyla, yani anlaşmayla sonuçlandırılmasında taraflar egemendir. Yine, kural olarak, arabulucu olarak tanımlanan kişi, taraflara üzerinde müzakerelerde bulunmak suretiyle mutabakata varabilecekleri bir çözüm önerisi sunamaz; bunu taraflara empoze edemez; geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için tarafları zorlayamaz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesinin dördüncü fıkrası çerçevesinde, arabulucu, niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı niteliği taşıyan, sadece hâkim tarafından yapılacak olan işlemlerde (örneğin, tarafın isticvabı, tanık dinlenilmesi, keşif icrası gibi) bulunamaz. Bu durum da, kanunun öngördüğü modelin, haklı ve hak-

¹³ nicelikten ziyade, niteliğe, kalitenin sağlanmasına ağırlık verilmelidir. Bu bağlamda yapılan bir değerlendirme için bkz.: Arslan Azaklı, s.220, 226-228.

sızın belirlenmesi değil; uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafların menfaatlerinin en uygun bir seviyede dengelenmesi üzerine kurulduğuna işaret etmektedir. Ancak, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 17. maddesiyle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda 2/b maddesinde yapılan değişiklik ve yine 7036 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesine yedinci fıkra olarak eklenen düzenlemeyle, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde, arabulucuya, bir çözüm önerisinde bulunabilme olanağı tanınmıştır. Teknik anlamda arabuluculukta, arabulucu, görüşme ve müzakereler sırasında, hiçbir durumda, taraflara, üzerinde mutabakata varabilecekleri bir çözüm önerisi ya da çözüm önerileri kataloğu sunamaz; bir çözüm önerisi geliştirip bunu empoze edemez ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz. Değişiklikle getirilen yeni modelde, tarafların ortaklaşa bir çözüm üretemediklerinin, deyiş yerindeyse patinaj yapmaya başladıklarının anlaşılması hâlinde, arabulucuya, uyuşmazlık içine düşmüş olan taraflara, üzerinde müzakerelerde bulunup mutabakata varabilecekleri bir çözüm önerisi sunma yetkisi tanınmıştır. Ancak, bu durum, arabulucunun geliştirmiş olduğu çözüm önerisi üzerinde mutabakata varmalarını temin için, tarafları zorlayabileceği anlamına asla gelmez. Bu bağlamda, çözüm önerisi sunmanın, esasında uzlaştırma kurumuyla ilişkili olduğuna vurgu yapmakta da yarar vardır.

Bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde, kanunda öngörülen modelde, ilke bazında, teknik anlamda arabuluculuğun benimsendiği, ancak tüm boyutları itibariyle olmasa bile, modelin uzlaştırmaya doğru evrildiğini söylemek mümkündür.¹⁴ Evrilme boyutu itibariyle, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun öngördüğü arabuluculuk modelinin 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen düzenlemede benimsenen ve uzlaştırma olarak tanımlanabilecek modele yaklaştırıldığını ifade etmek gerekir.

Her şeyden önce, arabulucunun temel niteliklerini, bağımsızlık ve tarafsızlık oluşturur. Bu niteliklere sahip olmayan bir arabulucunun,

¹⁴ Bazılarına göre ise, "kolaylaştırıcı arabuluculuk" modelinden, "değerlendirici arabuluculuk" modeline geçilmiştir (Öznumcu, s.836).

arbuluculuk süreci içerisinde, taraflara eşit mesafede bulunması ve eşit davranması mümkün değildir. Taraflara eşit mesafede bulunma ve eşit davranma, arabulucunun tarafsızlığının temini ve ona duyulan güvenin korunması ve dolayısıyla anlaşmayı hedefleyen dürüst, samimi, özgür ve rahat bir müzakere ortamının yaratılabilmesinin ön şartıdır. Arabuluculuk sürecinin işleyişi sırasında, arabulucunun getireceği somut çözüm önerisi, taraflardan birinin diğerine nazaran daha lehine ise, beşerî ilişkilerde şüpheciliğin egemen olduğu toplumlarda, diğer tarafın, arabulucuya duymuş olduğu güvenin sarsılmasına ve sürecin derhal kesilip, sorunun yargıya taşınmasına yol açabilir. Bu sebeple, hem arabuluculuk sürecinin işleyişinde hem de başarıyla sonuçlandırılmasında, tümüyle tarafları egemen kılmak, daha doğru ve sağlıklı bir yaklaşım biçimi teşkil eder.

Öte yandan, arabuluculuk, haklının-haksızın belirlenmesi temelli değil; menfaatlerin dengelenmesi temeline dayalı olarak yürütülen bir süreçtir. O nedenle, hukuk kuralları, deliller ve delil değerlendirmesi, arabuluculuk sürecinin işleyişinde daha geri plândadır. Yine arabuluculukta önem arz eden husus, hukuk kuralları ve teamüller değil; ilişkilerin korunması ve sürdürülmesinin sağlanmasıdır. Arabuluculuk, geçmişle değil; gelecekle ilgilenir ve ilişkilerin koparılmadan, tahrip edilmeden, gelecekte de devam ettirilmesini hedefler. Arabuluculuk mesleği, hukukçulara hasredilmiştir ve bu süreçte, arabuluculuk görevini üstlenmiş olan hukukçuların, uzun yıllardır almış oldukları hukuk eğitiminin doğası gereği, tarafların menfaatlerini ve ihtiyaçlarını gözeterek, yani menfaatlerinin dengelenmesini hedefleyen çözüm önerisi geliştirip, taraflara sunması fevkalade güçtür. Getirilecek olan çözüm önerilerinin oluşturulmasında, her ne kadar, arabulucuların hukukî tavsiye ve telkinlerde bulunamayacağı mevzuatta yazılı olsa bile, büyük ölçüde, tarafların sorunun yargıya taşınması halindeki haklılık durumları baz alınacaktır ve bu da, ister istemez hukuk kuralları, ispat ve deliller ile delil değerlendirilmesinin ön plâna çıkmasına, geçmişle ilgilenip geleceğin göz ardı edilmesine sebebiyet verecek ve taraflar da doğal olarak, şayet avukatları varsa onların da yönlendirmesiyle yargıya başvuru halinde elde edebilecekleri muhtemel kazancı ve yargılamanın gecikmesinin yaratabileceği sakıncaları gözeterek, ödün verip vermeme ve anlaşmaya varıp varmama hususunda bir karara ulaşacaklardır. Uygulamada, iş uyuşmazlıkları bağlamında cere-

yan eden arabuluculukta, yapmış olduğumuz bu tespit, sıkça ortaya çıkmış ve bu durum, hedeflenen ideal arabuluculuk modeliyle uygulamada işlerlik kazanmış olan arabuluculuk modeli arasında, amaç ve işlev bakımından ciddî nitelik farklılıklarının ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Yeri gelmişken, bu bağlamda, arabuluculuk mesleğinin, sadece hukukçulara hasredilmesinin de, doğru bir yaklaşım biçimi olup olmadığı hususunun, bir kez daha gözden geçirilmesinin isabetli olacağına işaret etmekte yarar vardır.

Uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk görüşmelerine ve müzakerelerine, bizzat, kanunî temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Hatta uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de görüşmeler ile müzakerelerde hazır bulunabilirler (HUAK m.15, VI). Arabuluculuk müzakereleri ve görüşmeleri, avukatlar aracılığıyla yürütülüyor olsa bile, nihâî evrede, uzlaşının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususunda karar alma yetkisi taraflara ait olduğundan, Avukatlık Kanunu m.35/A'da yer alan düzenlemenin uygulamada işlevselliğinin son derece sınırlı kalmış olması hususu da gözetildiğinde, görüşme ve müzakerelerin, pazarlıkların ve ödün vermenin gerçekleştiği evresine, tarafların bizzat katılma zorunluluğunu öngören yasal bir düzenlemenin yapılması ihtiyacı mevcuttur. Çünkü taraf avukatlarının daha fazla ücret-î vekâlet elde edeceği düşüncesiyle, uyuşmazlığı, anlaşmayla sona erdirmek yerine, yargıya taşınması da, kuvvetle muhtemeldir.

Arabuluculuk sürecinin sona ermesinde, arzu edilen ve ideal olan hâl, bu sürecin tarafların anlaşmasıyla nihayet bulmasıdır. Arabuluculuk müzakereleri sonucunda, varılan anlaşmanın kapsamı ile şekli, taraflarca belirlenir. Genellikle karşılıklı ödümler vermek suretiyle sağlanan bir uzlaşının ürünü olan anlaşma belgesinin düzenlenmesi hâlinde, bu belge, taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır (HUAK m.18, I). Sözü edilen anlaşma belgesi, bu haliyle dikkate alındığında, hukukî niteliği itibarıyla mahkeme dışı bir sulh sözleşmesi hükmündedir.¹⁵ Çünkü anlaşma, yargılama yapıp hüküm verme yetkisi ve

¹⁵ F. Yıldırım, Arabuluculuk ve Ombudsman, Ankara 2019, s.139-140; O. Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri, Ankara 2017, s.65. Kar ise, bu anlaşma belgesinin, sulh sözleşmesi olduğuna işaret ettikten sonra, bazen yenileme ya da ibra sözleşmesi kimliği de kazanabileceği görüşündedir (B. Kar, İş Yargılaması Usûlü, Genişletilmiş 2. B., Ankara 2019, s.455). Tuğsavul

bu bağlamda, resmî bir sıfatı bulunmayan arabulucu önünde gerçekleşmiştir ve tarafların karşılıklı bir biçimde ödümler vermek suretiyle temin ettikleri bir uzlaşımın ürünüdür. Doktrinde, bu bağlamda ileri sürülen bir görüş¹⁶, Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde yer alan ve ibra başlığı taşıyan düzenlemeden hareketle, ibra tabirinin, bir sözleşmenin ismi niteliği taşımadığını, anılan kuralın, belirli bir ismi taşıyan sözleşmeyi, yani sadece ibra sözleşmesini veya ibranameyi değil, işçinin haklarından vazgeçme yasağına ilişkin bulunduğunu, işçinin alacağını vazgeçmeyle değil, ancak ve ancak ifa ile sona erebileceğini gerekçe göstererek, hem ihtiyarî hem de zorunlu arabuluculuk sürecine işlerlik kazandırılmasının, hukuken imkânsız olduğunu, arabuluculuk sürecinin ideal bir biçimde sona erdirilmesinin ürünü olan anlaşmanın ise, kesin hükümsüzlükle (mutlak butlanla) malûl bulunduğunu savunmakta ve bu durumu, iş hukukunun işçiyi koruyucu emredici bir hukuk alanı olması niteliğinin de teyit ettiğini ileri sürmektedir. Doktrindeki diğer görüş¹⁷ ise, arabuluculuk süreci sonunda, varılan anlaşmanın, bir ibra sözleşmesi olarak tanımlanamayacağını, olsa olsa sulh ya da yenileme sözleşmesi şeklinde değerlendirilebileceğini esas almak suretiyle Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde aranan koşullara tabi kılınamayacağını belirterek, işçinin, arabuluculuk görüşmeleri sırasında anlaşmanın temini bağlamında, bazı ödümler verebileceğini kabul etmekte ve bu durumun, iş hukukunun işçiyi koruyucu bir hukuk alanı olma niteliğine herhangi bir aykırılık oluşturmayacağını dillendirmektedir.

Her şeyden önce, arabuluculuk görüşmeleri sonunda işçiyle işveren arasında varılan anlaşma, ibra değil, genellikle karşılıklı ödümler verilmesini, fedakârlıklarda bulunulmasını öngören ve bir uzlaşımın ürünü konumunda bulunan mahkeme dışı sulh sözleşmesi hükmündedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde yer alan ve emredici bir nitelik taşıyan düzenleme ise, ibra sözleşmesiyle ilişkilidir; sulh sözleşmelerine teşmil edilemez. İşçi, gerekli görürse, işverenle uzlaşabilmek için, bazı haklarından feragat da edebilir. Hatta bu an-

Taşpolat ise, sözü edilen anlaşma belgesini, sulh benzeri bir sözleşme olarak nitelendirmektedir (M. Tuğsavul Taşpolat, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s.185).

¹⁶ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.257.

¹⁷ Ş. Çil, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2018, s.52.

laşma, koşullarına uyulmak kaydıyla yenileme sözleşmesi ya da ibra sözleşmesi biçiminde de somutlaşabilir. Burada amaç, arabuluculuk sürecinde, işçinin korunmasıysa, hem müzakerelerin cereyanı hem de anlaşmanın gerçekleştirilmesi ve kaleme alınması evrelerinde, işçinin yanında bir avukatın bulunması zorunluluğunun aranması ve bu bağlamda finansman güçlüğüyle karşı karşıya kalınmasının önlenmesi için, bir an önce arabuluculuk giderlerini de kapsayan hukukî himaye sigortası sistemine işlerlik kazandırılmasıdır.

Öte yandan, kamu düzeni kavramı, zamana ve mekâna göre değişkenlik gösteren bir kavramdır. Eskiden kamu düzeninden sayılan pek çok husus, bugün kamu düzeninden sayılmamaktadır. Bunun en tipik örneğini, kamu düzeninin etkin bir işlev gördüğü alan konumunda bulunan ceza yargısında bile görmek mümkündür. Ceza yargısı bağlamında, bizatihi uzlaştırmayla ilgili hükümlerin varlığı (CMK m. 253), kamu düzeni kavramının yumuşatıldığı en somut örneklerinden birisini teşkil etmektedir. Yine, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bağlamında, tahkimin kapısının aralanmış olması da (İYUK m. 2, I/c) kamu düzeni kavramına yüklenen anlam ve içeriğin, zamanın ihtiyaçlarına göre değiştiğinin somut delillerinden birisi olarak gösterilebilir. Kaldı ki, emredici hukuk normu kavramıyla kamu düzeni kavramı, özdeş kavramlar değildir. Dolayısıyla, emredici hukuk kurallarının işlerlik kazandığı her alanın kamu düzeni bütünü içinde yer aldığı yönünde bir genellemeye de ulaşılamaz.

Dava şartı arabuluculukta da, özel düzenlemelerle farklılık yaratılan hususlar dışında, arabuluculuk müzakerelerine, tarafların her ikisinin de avukatlarının katılmış olması ve bu müzakereler sonucunda sağlanan uzlaşmayı içeren anlaşma belgesinde, arabulucuyla tarafların yanı sıra, her iki tarafın avukatının da imzasının bulunup bulunmaması hususu, sözü edilen anlaşmanın icra edilebilirlik açısından ilâm niteliğinde belge kimliği kazanıp kazanmayacağıнын tayininde belirleyici bir işlev görmektedir. Taraflar ve avukatlarıyla arabulucunun birlikte imzalamış oldukları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi verdirilmesine ihtiyaç kalmadan ilâm niteliğinde belge hükmündedir (7036 s. K. m.24, II ile eklenen HUAK m.18, IV). Buna karşılık, sadece taraflarla arabulucunun birlikte imzalamış oldukları anlaşma belgesi, doğrudan doğruya ilâm niteliğinde belge kimliği kazanamaz; aynı durum, anlaşma belgesinde, sadece taraflardan birisinin avukatının imzasının

bulunması hâlinde de geçerlilik taşır. Sözü edilen belgenin, icra edilebilirlik açısından ilâmlarla eşdeğer bir konuma sahip kılınabilmesi, mahkemeden, icra edilebilirliğine ilişkin bir şerh verdirilmesi koşulu-
na bağlı tutulmuştur (HUAK m.18, II/son cümle). İcra edilebilirlik şerhini verme bağlamında, hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğu hususu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin ikinci fıkrasının, ikinci ve üçüncü cümlelerinde açıklığa kavuşturulmuştur. Anılan düzenlemelere göre, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, arabulucunun görev yaptığı yerdeki sulh hukuk mahkemesinden; davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise, bu davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir (7036 s. K. m.24, I ile değişik HUAK m.18, II, c.2). İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi işi, hukukî niteliği itibariyle, bir çekişmesiz yargı işidir (HUAK m.18, III, c.1). İcra edilebilirlik şerhinin verilmesine yönelik incelemenin kapsamı, Kanun ile belirlenmiştir (HUAK m.18, III, c.3). Mahkeme, icra edilebilirlik şerhi verilmesi yönündeki talepleri karara bağlarken, şu iki hususu incelemek zorundadır.

- Anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa elverişli olup olmadığı,
- Anlaşmayla sağlanan hususun, içerik itibariyle cebrî icraya elverişli bir nitelik taşıyıp taşımadığı; yani, anlaşma belgesinin edaya ilişkin bir kayıt içerip içermediği.

İcra edilebilirlik şerhinin verilmesine yönelik inceleme, mahkemece, dosya üzerinden (duruşmasız olarak) gerçekleştirilir (7036 s. K. m.24, I ile değişik HUAK m.18, III, c.1). Ancak, arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, arabuluculuk süreci sonunda bir anlaşma sağlanmışsa, bu anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verdirilmesine yönelik talebin, mahkemece, duruşmalı olarak incelenip karara bağlanması zorunludur (HUAK m.18, III, c. 2). Mahkeme, yapacağı inceleme sonucunda arabuluculuk süreci sonunda taraflar arasında gerçekleştirilmiş olan anlaşmanın, arabuluculuğa elverişli bir uyuşmazlığa ilişkin bulunduğu ve içerik itibariyle cebrî icraya elverişli bir nitelik taşıdığı kanısına ulaşacak olursa, bir çekişmesiz yargı kararı olan icra edilebilirlik şerhi verilmesi kararı verir ve anlaşma belgesi, bu şerh verildiği anda cebrî icra ile yerine getirilebilme açısından, ilâmlarla eş değer bir kimliğe sahip olur, yani ilâm niteliğinde belge

konumuna kavuşur (HUAK m.18, II/son cümle). Burada vurgulanması gereken temel husus, icra edilebilirlik şerhi verdirilmiş olan anlaşma belgesinin, tüm hususlar bakımından değil, sadece cebrî icra yoluyla yerine getirilebilme açısından ilâmlarla eşdeğer bir konumda bulunduğudır. Dolayısıyla, sözü edilen belge, ilâmlara özgü bir nitelik olan maddî anlamda kesin hüküm gücünden (HMK m. 303) tümüyle yoksundur.

Mahkemenin, icra edilebilirlik şerhi verdirilmesi istemi hakkındaki kararlarına karşı, gidilebilecek olan kanun yolu, istinaftır (HUAK m.18, III, c.3). Taraflar, icra edilebilirlik şerhi istemiyle ilgili olarak verilmiş bulunan mahkeme kararlarına karşı, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi işi, bir çekişmesiz yargı işi olduğu için, bu kararın öğrenilmesinden itibaren iki haftalık süre içerisinde, istinaf yoluna başvurulabilirler (HMK m.387). İstinaf incelemesini gerçekleştiren bölge adliye mahkemesinin, bu bağlamda vereceği kararlar kesindir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 362. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde, ilk derece yargı yerlerinin çekişmesiz yargıya ilişkin işlerde vermiş olduğu kararlara karşı, istinaf yoluna müracaat edilmesi halinde, bölge adliye mahkemelerince, istinaf incelemesi sonucunda verilecek olan bu kararlara karşı temyize gidilemeyeceği, açıkça ve kesin bir biçimde hükme bağlanmıştır.

Anlaşma belgesine, icra edilebilirlik şerhi verilmesi için, mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı, ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, alınacak olan karar ve ilâm harcı, nisbî değil; maktudur (HUAK m.18, III, c.4). Anlaşma belgesine, icra edilebilirlik şerhinin verdirilmiş olması, özü itibarıyla mahkeme dışı sulh sözleşmesi konumunda bulunan bu belgenin, mahkeme içi sulha dönüşmesi ve dolayısıyla ona bağlanmış bulunan davayı, ayrıca bir mahkeme hükmüne ihtiyaç kalmadan, doğrudan doğruya sona erdirmeye şeklinde somutlaşan bir etkinin ortaya çıkmasına sebebiyet vermez. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 313. maddesi uyarınca, mahkeme içi sulh, görülmekte olan bir davanın taraflarının, aralarındaki hukukî ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığı ya da şüpheli bir durumu sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda karşılıklı fedakârlıkta bulunmak suretiyle gerçekleştirmiş oldukları bir sözleşmedir. Arabuluculuk faaliyeti bir yargılama faaliyeti, bu faaliyeti sevk ve idare eden arabulucu da hâkim konumunda değildir.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 24. maddesinin üçüncü fıkrasıyla, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesine eklenmiş olan beşinci fıkrada yer alan düzenlemede, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, anlaşma belgesinin ilâm niteliğinde belge kimliği kazanmış olup olmaması gözetilmeksizin, "üzerinde anlaşmaya varılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına" açıkça vurgu yapılmıştır. Anlaşma belgesi, ilâm niteliğinde belge kimliği kazanmışsa, zaten dava açılmasında hukukî yarar yoktur; açılacak olursa da, bu dava, hukukî yarar genel bir dava şartı konumunda bulunduğu için (HMK m.114, I/h), dava şartı yokluğundan usulden reddedilir (HMK m. 115, II). Öte yandan, alacaklı, ilâm niteliğindeki belgeye dayanarak, ilâmlı icraya başvuru suretiyle alacağına kavuşma olanağına, zaten sahip bir durumdadır.¹⁸

Buna karşılık, anlaşma belgesi, ilâm niteliğinde belge kimliği kazanmamışsa, hukukî niteliği itibariyle mahkeme dışı alelâde bir sulh sözleşmesi hükmündedir. Medenî yargı bağlamında ise, açılmış olan bir davayı doğrudan doğruya sona erdirebilme, yasal çerçevede, sadece mahkeme içi sulhlara tanınmıştır (HMK m.315, I, c.1). Mahkeme dışı sulh sözleşmelerinin konusunu oluşturan hususlarda, dava açma olanağının ortadan kaldırılması, kanunla yapılmış olsa bile, yine Anayasa'nın 13. maddesinde kendisine açıkça vurgu yapılmış olan "ölçülülük ilkesine" aykırılık oluşturacağından, hak arama özgürlüğüne (AY m.36), müdahale anlamına gelir.¹⁹ İlâm niteliğinde belge kimliği kazanmış anlaşma belgelerine dayanarak dava açılmamasının sebebini, alacağın, ilâm niteliğinde belgeye bağlı olması halinde, dava açılmasında, hukukî yararın bulunmaması teşkil eder. Dolayısıyla sözü edilen hususa ilişkin olarak, ayrıca bir yasal düzenleme getirilmesine de zaten ihtiyaç yoktur. Öte yandan, özellikle ilâm

¹⁸ Daha önce de vurgulandığı üzere, ilâm niteliğinde belgeler, sadece cebri icra açısından ilâmlarla eşdeğer bir konuma sahiptirler; tümüyle ilâmlara özgü bir nitelik anlamda kesin hüküm gücünden yoksundurlar. Dolayısıyla, üzerinde anlaşmaya varılan hususlar hakkında dava açılmamasına, kesin hüküm, dayanak olarak gösterilemez.

¹⁹ Kar, s.452; Arslan Azaklı, s.184-185. İlâm niteliğinde belge kimliği kazanmamış olan anlaşma belgesinin kapsamında yer alan hususlarda, taraflarca dava açılmaması kuralının gözetilmesinin, özel bir dava şartı olduğu ve açılan davanın usulden reddedilmesi gerektiği konusunda bkz.: M. Akkan, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", DE-ÜHFD, 2018/2, s.1-31, s.16-20.

niteliğinde belge kimliği kazanmamış olan, yani sadece arabulucu ve uyuşmazlığın taraflarınca imzalanmış bulunan anlaşma belgeleri çerçevesinde, irade bozukluğu (TBK m. 30-39), bilhassa gabin (TBK m. 28, I) iddiasına dayanarak, özünde mahkeme dışı sulh sözleşmesinden farklı bir kimliğe sahip bulunmayan bu belgenin, işveren karşısında daha zayıf bir konumda bulunan işçiler tarafından, Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen süre dâhilinde, iptal edilebilirlik yaptırımına işlerlik kazandırılmak suretiyle hükümsüz kılınması (TBK m. 28, II), kuvvetle muhtemeldir. Özellikle gabin iddiasıyla karşı karşıya kalınabilmesinin önlenmesi açısından, arabuluculuk görüşmeleri sırasında işçinin yanında, mutlaka avukatının da bulundurulması zorunluluğu getirilmeli, avukatlık giderlerinin finansmanı açısından, hukukî himaye sigortası kurumuna da bir an önce, işlerlik kazandırılmalıdır.

Öte yandan, davayı ayrıca mahkeme tarafından bir hüküm verilmesine ihtiyaç kalmadan doğrudan doğruya sona erdirme ve cebrî icra yoluyla yerine getirilme niteliklerine sahip bulunan mahkeme içi sulh sözleşmelerinin bile, irade bozukluğu (TBK m. 30-39) ve bilhassa gabin iddiasıyla iptalinin (TBK m. 28) sağlanması hukuken mümkündür (HMK m.315, II). Özünde mahkeme dışı sulh sözleşmesi konumunda bulunan arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşma, ilâm niteliğinde belge kimliği kazanmış olsa bile, yine irade bozukluğu ve gabin iddialarına dayanılarak iptal yoluyla hükümsüz kılınabilecektir. Çünkü kanun koyucu, mahkeme içi sulhlarda bile, sulha göre mahkemeden hüküm vermesi taraflarca ayrıca istenmemişse, irade bozukluğu ve gabin iddialarına dayanılarak, sözü edilen sulh türünün iptal edilebilirliği yolunu, davayı doğrudan doğruya sona erdirme niteliğini tanımış olsa dahi, açık tutmuştur. Dolayısıyla, sadece cebrî icra yoluyla yerine getirilebilme açısından, belirli koşulların gerçekleşmesi kaydıyla ilâmlarla eşdeğer bir konumda bulunan ve özünde mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliği taşıyan, arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin, irade bozukluğu ve gabin iddialarına dayanarak iptallerinin mümkün olmadığı, hiçbir biçimde ileri sürülemez. Yine, sözü edilen anlaşma belgesinin sahteliğinin, dava yoluyla gündeme getirilmesi ve iptalinin sağlanması da mümkündür.

B. Dava Şartı Arabuluculuğunun Bazı Usul Hukuku Kurumlarının İşlerlik Kazanması Bağlamında Yaratmış Olduğu Zorluklar

1. Kümülatif Dava Yığılması Bakımından

Davacının, aynı davalıya karşı, birden ziyade aslî talebini, aynı dava dilekçesinde birleştirmek suretiyle birlikte ileri sürmesine, kümülatif dava yığılması denir (HMK m.110). Kümülatif dava yığılmasında, esasında, talep sayısınca dava ve hüküm mevcuttur. Bu dava yığılmasında amaç, ön inceleme aşaması, delillerin ikamesi süreci ve tahkikat aşamasının birlikte yürütülmesini sağlamaktır. Bu tür dava yığılmasında, ortada talep sayısınca dava mevcut olduğu için, dava şartı arabuluculuğun da, taleplerden her biri bakımından, ayrı ayrı ele alınıp irdelenmesi gerekir. Birlikte ileri sürülen taleplerden hangisi bakımından işlerlik kazanıyorsa, onun bakımından dava şartı arabuluculuk hükümleri işletilmelidir. Kümülatif dava yığılmasının koşulları oluşmuş olsa bile, taleplerden bir ya da birkaçı bakımından, dava şartı arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırmak gerekiyorsa, salt bu nedenle, davacı, kümülatif dava yığılması kurumuna değil; dava şartı arabuluculuğun işlerlik kazandığı talep ya da talepler bakımından, münferit dava açma seçeneğine müracaat zorunluluğuyla karşı karşıya kalabilecektir.

2. Terditli Dava Bakımından

Davacının, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslîlik-ferîlik ilişkisi kurmak yani, bir derecelendirme ilişkisi yaratmak suretiyle aynı dava dilekçesinde, birlikte ileri sürmesine “terditli dava” denir (HMK m.111). Terditli davada, davacı, mahkemeden iki ayrı talepte bulunur; ancak, bu talepleri arasında bir derecelendirme ilişkisi kurar. Bu taleplerden ilki asıl talep, diğeri ise fer’î talep olarak adlandırılır. Davacı, ilk önce asıl talebi hakkında karar verilmesini ister; fer’î talepte ise, asıl talebin kesin olarak reddedilmesi ihtimalinin varlığı nedeniyle bulunur. Terditli davanın varlığı halinde, şarta bağlı olarak dava açılmamakta; sadece, davacı, böyle bir yol izlemekle, aynı dava dilekçesinde, birlikte ileri sürmüş olduğu taleplere ilişkin olarak, mahkemece gerçekleştirilecek incelemenin sırasını belirlemektedir. Bu tür davada, mahkemece, öncelikle esastan incelenip karara bağlanacak olan aslî talep bakımından, zorunlu arabuluculuk işlerlik kazanmışsa

ve yardımcı talep bakımından bu zorunluluk mevcut değilse, herhangi bir sorunla karşı karşıya kalınmayacak, öncelikle asıl talep bakımından dava şartı arabuluculuk kurumuna müracaat edilecek, süreç, anlaşma dışı bir nedenle sona ermişse, mahkeme önünde terditli dava açılması yoluna gidilecektir. Hem asıl talep, hem de fer'î talep bakımından, zorunlu arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılacak ise, terditli davada, fer'î talebin mahkemece esastan görülüp karara bağlanması, asıl talebin kesin olarak reddedilmesine bağlı bulunduğundan, dava açılmadan önce, ilk olarak, asıl talep; anlaşma sağlanamaması halinde ise, fer'î talep bakımından zorunlu arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılmalıdır. Her ikisinde de, anlaşma dışındaki bir nedenle arabuluculuk süreci sona ermişse, mahkemede, terditli dava açılması yoluna gidilmelidir. Çünkü terditli davada, fer'î talep hakkında esastan inceleme yapıp karara bağlanması, asıl talebin kesin olarak reddedilmiş olması koşuluna bağlıdır.

3. Seçimlik Dava Bakımından

Seçimlik dava, seçimlik borçlarda, seçme hakkı kendisine bırakılmış olan borçlunun veya üçüncü kişinin, bu hakkı kullanmaktan kaçınması halinde işlerlik kazanır (HMK m.112, I). Bu dava, eda davasının özel bir türüdür. Seçimlik davada, gerçekte bir talep yığılması durumu mevcut değildir; edim tektir ve edimin konusunu oluşturan şey ise, birden ziyadedir. Seçimlik davada, dava şartı arabuluculuk bağlamında, sorun, özellikle seçme hakkının taraflar dışındaki üçüncü bir kişiye bırakılmış olması ve seçme hakkı kendisine bırakılmış olan üçüncü kişinin, bu hakkını kullanmaya yanaşmaması halinde, ortaya çıkar. Çünkü burada muhatap, uyuşmazlığın karşı tarafı, yani seçimlik borcun borçlusu değil, üçüncü kişidir. Arabuluculuk ise, uyuşmazlığın tarafları arasında yürütülen ve tarafların anlaşmaya varmasını hedefleyen dostane bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Öte yandan, üçüncü kişinin fiili, sadece edim konusu şeyi belirlemekle sınırlıdır; dolayısıyla onunla müzakere edilip pazarlık konusu yapılacak bir edimden de söz edilemez.²⁰

²⁰ Herhangi bir ayırım gözetmeden, dava şartı arabuluculuğun uygulanacağı hakkında bkz.: Koçyiğit/Bulur, s.69.

4. Kısmî Dava Bakımından

Davacının, aynı hukukî ilişkiden kaynaklanan alacağının tamamını değil de; şimdilik sadece belirli bir kesimini dava edip; bakiyesini davasının kapsamı dışında tutmasına, “kısmî dava” denir (HMK m. 109).²¹ Yapılan tanımlamadan açıkça anlaşılacağı üzere, kısmî davadan söz edilebilmesi için, alacağının tamamının, aynı hukukî ilişkiden doğmuş ve şimdilik sadece belirli bir kesiminin dava ediliyor olması gerekir. Kısmî dava, açık (bilerek açılan, bilinçli) kısmî dava biçiminde ortaya çıkabileceği gibi; örtülü (farkında olmadan açılan) kısmî dava biçiminde de ortaya çıkabilir.²² Davacı, dava dilekçesinde, şimdilik, alacağının sadece belirli bir kesimini dava ettiğini kesin bir dille ortaya koymuş, yani “fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmuşsa”, “açık ya da bilinçli (bilerek açılan) kısmî davadan” söz edilir. Ancak, bir kısmî davanın, mutlaka bu şekilde açılması şart değildir. Bazı hallerde, davacı farkında olmaksızın da, kısmî dava açmış olabilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 109. maddesinin son fıkrası metninin açıklığı karşısında, kısmî dava açma iradesinin, mutlaka, dava dilekçesinde açık bir biçimde ortaya konulması şart değildir. Anılan düzenlemeye göre, dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmî dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez. Davacı, dava dilekçesinde kısmî dava açma iradesini açıkça ortaya koymamış, bu konuda suskunluk içerisinde kalmış olsa bile, somut olayın koşullarından ve özelliklerinden hareketle, alacağın şimdilik belirli bir kesiminin dava edildiği; dava dışı tutulan bir kesiminin de bulunduğu sonucuna ulaşabiliyorsa, “örtülü bir kısmî davanın” işlerlik kazandığından söz edilebilir²³. Bu durum, daha ziyade, dava yoluyla ileri sürülen talebin içeriğinin ve tutarının tayininde sonradan ortaya çıkan olayların, gelişmelerin ve dış etkenlerin belirleyici bir rol oynaması sebebiyle alacak tutarına, hesaplanma evresinde, başlangıçta belirlilik kazandırılabilmesinin, tam mümkün olmamasından kaynaklanır. Bu bağlamda, bedensel zararların giderimini konu alan maddî tazminat alacakları ile sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade alacakları zikredilebilir.

²¹ S. Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 2.B., Ankara 2018, s. 589.

²² S. Üstündağ, “Kısmî Davaya İlişkin Bazı Hukukî Sorunlar” *Yargı Dünyası*, 2003/89, s. 9-20) *Ayrı Bası.*, s.1; S. Tanrıver s. 593.

²³ Tanrıver, s. 593-594.

Kısmî dava, açık kısmî dava şeklinde açılacak, yani şimdilik, dava edilen alacak tutarı, dava dilekçesinde kesin bir dille belirtilecek ve dava şartı arabuluculuğa da işlerlik kazandırmak gerekiyorsa, işlerlik kazandırılmış olan arabuluculuk sürecinin, bâkiye alacak da dâhil, alacağın tamamı için işletilmiş olduğunu kabul etmek gerekir. Kısmî dava içinde ıslah yapılması ya da ek dava açılması halinde, bâkiye alacak bağlamında, arabuluculuk sürecine yeniden işlerlik kazandırılmasına ihtiyaç yoktur. Çünkü aynı alacak için bir defa arabuluculuk süreci işletilmişse, bu süreç bağlamında, alacağın kısmî ya da tam olması, herhangi bir önem taşımamalıdır.²⁴ Dava edilen alacakla ilgili, arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmanın kapsamına bâkiye alacağın da dâhil edilmesi hukuken mümkündür. Kısmî dava bağlamında, işletilen arabuluculuk süreci, anlaşma dışındaki bir nedenle sona ermişse, dava şartı arabuluculuğunun gereği, alacağın tamamı için yerine getirilmiş sayılmalıdır. Zira kısmî davaya konu kılınan alacak bakımından, anlaşmaya varamamış olan tarafların, bâkiye alacak bağlamında da, anlaşma sağlayamayacakları aşikârdır. Buna karşılık, kısmî davaya ilişkin olarak yürütülen zorunlu arabuluculuk süreci bağlamında, bir anlaşma sağlanmışsa, bu anlaşmanın, tutar itibarıyla, sadece dava edilen alacak kesimiyle sınırlı bulunduğunu; bâkiye alacağı kapsamadığını kabul etmek gerekir. Yapmış olduğumuz tüm bu tespitler, örtülü kısmî dava bakımından da geçerlilik taşımalıdır. Örtülü kısmî davada da, açık kısmî davada olduğu gibi, dava dilekçesinde gösterilen tutarla sınırlı bir kısmî dava açılmak istendiği kabul edilmeli ve dava şartı arabuluculuk bağlamında açık kısmî dava ile ilgili olarak işaret etmiş bulunduğumuz tespitlere, aynen işlerlik kazandırılmalıdır.

5. Belirsiz Alacak Davası Bakımından

Davacının, davanın açıldığı tarihte, talep sonucunun miktarını yahut değerini, tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin imkânsız veya kendisinden beklenemeyecek bir nitelik taşıması halinde, dava dilekçesinde, dayanılan hukukî ilişkiye ve asgarî bir tutara işaret etmek suretiyle açacağı davaya, belirsiz alacak davası denir (HMK m.107, I).

Her şeyden önce, belirsiz alacak davası, hukukî niteliği itibarıyla eda davasının özel bir türü, somut plânda spesifik bir uygulanma

²⁴ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.188.

biçimidir. Belirsiz alacak davasında, dava edilen alacak kesimi, kısmî davadan farklı olarak, sadece dava dilekçesinde belirtilen asgarî tutarla sınırlı değildir; bu tutarın yanı sıra, belirsiz olan alacak kesimini de, kapsamaktadır. Dolayısıyla belirsiz alacak davasında, ortada, alacağın belirsiz olan kesimi de dâhil, tamamına şamil derdest bir dava bulunduğuna göre²⁵, dava şartı arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılmışsa, sürecin gerekleri, alacağın tamamı bakımından yerine getirilmiş sayılır²⁶. Arabuluculuk sürecinde bir anlaşma sağlanmışsa, bu anlaşma, sadece, dava dilekçesinde belirtilen asgarî tutarla sınırlı olarak değil; dilekçede belirsizlik arz ettiği için tutarı gösterilememiş olan alacak da dâhil, alacağın tamamı bakımından hukukî sonuç doğurur.

6. Karşı Dava Bakımından

Derdest bir davanın davalısının, asıl davanın davacısına karşı, asıl davaya konu kılınan taleple, ona karşı ileri sürülmek istenen talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin yahut bunun dışında başka bir irtibat unsurunun bulunduğu iddiasıyla, asıl davanın görüldüğü mahkemede, iki haftalık cevap süresi içerisinde, cevap dilekçesi yahut cevap dilekçesinden ayrı bir dilekçe vermek suretiyle açmış olduğu davaya, karşı dava denir (HMK m.132). Karşı dava, asıl davadan ayrı ve müstakil bir kimliğe sahiptir ve dolayısıyla dava şartlarının, mahkemece karşı dava bakımından ayrıca incelenmesi ve belirlenmesi gerekir. Karşı davaya konu kılınmak istenen talep bakımından, dava şartı arabuluculuğa işlerlik kazandırmak gerekiyorsa, iki haftalık cevap süresi içerisinde, bu sürecin tamamlanması çoğunlukla mümkün olmayacağı için, davalı taraf, hukukun kendisine sunmuş olduğu bir imkân olan karşı dava kurumuna işlerlik kazandırmaktan mahrum kalacak, bu da hak arama özgürlüğünün (AY m. 36) bir anlamda sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır.²⁷ Dolayısıyla dava şartı arabuluculuğa işlerlik kazandırmanın yaratabileceği sakıncayı aşmak için, davalı, asıl davada, karşı dava yoluyla ileri sürmesi mümkün olan talebini (örneğin, takas ya da mahsup talebini), cevap dilekçesinde bir savunma sebebi olarak ileri sürme seçeneğini tercih etmek durumunda kalabilecektir.

²⁵ Tanrıver, s. 609; C. Simil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, s. 302.

²⁶ Aynı yönde bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.188.

²⁷ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.191-192.

Çünkü takas ya da mahsup iddiasına dayanan karşı alacağın tutarı, asıl davada ileri sürülmüş bulunan alacağın tutarından fazla olsa bile, davalı, alacağın fazla olan kısmını da, aynı davada hüküm altına aldırarak istemiyorsa, takas ya da mahsup savunmasıyla yetinebilir; yani, karşı dava açması şart değildir.²⁸ Çünkü tasarruf ilkesi uyarınca (HMK m. 24) kimse kanunla belirtilen ayırık durumlar dışında kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamaz. Bu bağlamda, kanunî bir zorunluluğun varlığından söz edilemez. Dolayısıyla dava şartı arabuluculuk kurumunun işlerlik kazanması sebebiyle davalı, asıl davanın konusunu oluşturan alacak tutarı itibariyle cevap dilekçesinde takas ya da mahsup savunmasında bulunabilir; bâkiye alacağı için de; dava şartı arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırdıktan sonra, arabuluculuk sürecinde bir anlaşma sağlanamamışsa, müstakil dava açma yoluna gidebilir. Yine, karşı dava açma olanağı bulunan davalı, bu olanağı dava şartı arabuluculuk sürecinin iki hafta içinde tamamlanmasının mümkün olmaması nedeniyle kullanamaz hale gelmişse, karşı alacağı bakımından, önce dava şartı arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırıp, anlaşma sağlanamaması halinde de, müstakil bir dava açıp, davanın açmış olduğu asıl davayla kendisinin açmış bulunduğu davanın, aralarında bir bağlantı bulunması sebebiyle, mahkemeden birleştirilmesini de talep edebilir (HMK m. 166).

Kaynakça

- Akkan M, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasası ve Sonuçları", *DEÜHFD*, 2018/2, s.1-31.
- Aral F, *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, 2. B., Ankara 2010.
- Azaklı Arslan B, *Medenî Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara 2018.
- Çiçek M, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara 2018.
- Çil Ş, *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Ankara 2018.
- Doğan Yenisey K, *İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk*, (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, s.167-193).
- Dür O, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, Ankara 2017.

²⁸ Tanriver, s. 688; Aral, F.: *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, 2. B., Ankara 2010, s. 219; E. Yılmaz, "Davada Takas ve Mahsup Talebi", *MİHDER*, 2010/2, s. 247-284, s. 264.

- Ekmekçi Ö/Özekes M/Atalı M/Seven V, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, İstanbul 2019.
- Giray E, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk (Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.29-40).
- Kar B, İş Yargılaması Usulü, Genişletilmiş 2. B., Ankara 2019.
- Karaca O. U, Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Sınai Mülkiyet Uyuşmazlıkları (FMR 2019/1, s.48-55).
- Koçyiğit, İ/Bulur A, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019.
- Kurt Konca N, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, (SETA Perspektif 2018/225, s.1-6).
- Namlı M, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağıyla Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun, Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, s.151-165).
- Özmumcu S, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", *İÜHF*M, 2016/2, s.807-842.
- Paslı A, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A maddesinin yorumlanması, (Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.13-25).
- Simil C, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.
- Tanrıver S, Medenî Usul Hukuku, C. I, 2.B., Ankara 2018.
- Tuğsavul Taşpolat M, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- Üstündağ S, "Kısmî Davaya İlişkin Bazı Hukukî Sorunlar" *Yargı Dünyası*, 2003/89, s. 9-20.
- Yakıcı Ö, Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2019.
- Yardım EM, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru, (Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.89-110).
- Yazıcı Tıktık Ç, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.
- Yıldırım F, Arabuluculuk ve Ombudsman, Ankara 2019.
- Yılmaz E, "Davada Takas ve Mahsup Talebi", *MİHDER*, 2010/2, s. 247-284.

ROMA VE TÜRK HUKUKU'NDA AİLE FİDEİKOMİSİ (FIDEICOMMISSUM FAMILIAE RELICTUM) KAVRAMI*

THE CONCEPT OF FAMILY FIDEICOMMISSUM (FIDEICOMMISSUM FAMILIAE RELICTUM) IN ROMAN AND TURKISH LAW

İpek Sevda SÖĞÜT**

Özet: *Fideicommissum familiae relictum*, bir kimsenin irade açıklamasıyla, malvarlığında bulunan bir malı veya terekesinin tamamını, kendisinin öngördüğü intikal sırasına göre ve üzerinde tasarrufta bulunulmasını yasaklayacak şekilde aileye özgülemesidir. Bu kavram, Medeni Hukuk literatüründe “aile fideikomisi” olarak yer alarak, Türk Medeni Kanunu’nda yasaklanmıştır. Bu çalışma ile öncelikli olarak, doktrinde “aile fideikomisi yasağı” olarak nitelendirilen bu düzenlemenin yer aldığı aile vakfı kavramını ortaya koyabilmek bakımından Roma Hukuku’nda “vakıf” müessesesi üzerinde durulmuştur. Çalışmanın devamında ise, aile fideikomisi kavramının, Roma Hukuku’ndaki kökeni olan, *fideicommissum familiae relictum* açıklanmaya çalışılmıştır. Çalışmanın son kısmında ise, Türk Hukukunda aile fideikomisi yasağı üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: Aile Vakfı, Aile Fideikomisi, *Fideicommissum*, Belirli Mal Bırakma, Artmirasçı Atama, Aile Fideikomisi Yasağı

Abstract: *Fideicommissum familiae relictum*, is the allocation of a property or all his estate to a family according to the foreseen order of succession by means of a will that prohibits the disposal of the property. This concept taking place in the Civil Law literature as a “family *fideicommissum*” and was prohibited by Turkish Civil Code. With this study, in order to put forward the concept of family foundation, which includes the regulation defined as “prohibition on family *fideicommissum*” in the doctrine, institution of “founda-

* Bu konuda bir çalışma yapmama dair düşünce, Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht/Hamburg’ta biraraya geldiğimiz, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden arkadaşım ve meslektaşım, Doç. Dr. Sanem Aksoy Dursun’un önerisi ve teşviki ile oluşmuş olup sonrasında, kendisinin İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde vermekte olduğu doktora dersinde misafir öğretim üyesi olarak, çalışmanın taslak halini sunma imkânı olmuştur. Bu vesile ile, çalışmama önerisi ile destek olan, bu konuda fikir alışverişinde bulunduğum değerli meslektaşına teşekkürlerimi sunarım.

** Dr. Öğr. Üyesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, ipkss@khas.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3501-6593, Makale Gönderim Tarihi: 27.12.2019, Kabul Tarihi: 27.12.2019

tion” in Roman Law has been emphasized. In the continuation of this study, *fideicommissum familiae relictum*, which is the origin of the concept of family *fideicommissum* in Roman Law was tried to explain. In the last part of the study, prohibition on family *fideicommissum* in Turkish Law has been discoursed.

Keywords: Family Foundation, Family *Fideicommissum*, *Fideicommissum*, Specific Bequest, Substitutional Heir, Prohibition on Family *Fideicommissum*.

I. Genel Olarak Roma Hukukunda Vakıf Müessesesi

Tüzel kişilik¹ kazandırılarak, belirli bir amaca özgülünen malvarlıkları²

¹ Tüzel kişiler, kendilerini meydana getiren şahıslardan ayrı, bağımsızlığa ve hak ehliyetine sahip kişi ve mal topluluklarıdır. Bunlar çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadırlar: Medeni Hukuk alanında vakıf ve dernekler, Ticaret Hukuku'nda ticaret şirketleri ve Kamu Hukuku alanında ise, bakanlıklar ve belediyeler şeklindeki kamu tüzel kişileri olarak ortaya çıkmaktadırlar. Romalılar tüzel kişilik diye bir kavram geliştirmiş değillerdi. Ancak kolektif iradesi olan, özel malvarlığı bulunabilen topluluklar olabileceğini kabul etmişlerdi. Bununla beraber, Antik Roma'da bu topluluklara tüzel kişilik tanınmış değildir. Bunlar, üyelerinin tümünün birleşip iştirak halinde hak sahibi oldukları, seçilen organlar vasıtası ile faaliyet gösteren kuruluşlar olarak kabul ediliyorlardı. Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğan, Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 152. “İnsanlardan gayri da şahıslar mevcuttur; haklardan istifade ehliyeti yalnız insanlara tahsis edilmiş değildir. İnsanlar zayıf ve geçici mahlûklardır. İctimai hayat daha uzun müddetli ve kendisini teşkil eden şahısların mevcudiyetinden müstakil birtakım teşekküller doğurmaktadır. İşte devletler, belediyeler, iktisadi, siyasi, dini, içtimai, ilmi, hayırperver amaçlar takip eden birçok teşekküller hep bu mahiyette müstakil birtakım varlıklardır. İktisadi hayatta çok mühim bir rolü olan anonim şirketleri de bu meyanda zikredebiliriz. Bütün bu teşekküller ve yapılanmalar uzun müddetler devam etmek için kurulmuşlardır; bunları teşkil eden insanlar gelip geçtikleri halde, bunlar yine devam etmekte kalırlar... Fertlerden gayri olan ve müstakil varlıklar, teşekküller tarzında tezahür eden bu şahıslara, modern hukuk lisanında hükmi veya manevi şahıslar denilmektedir. Bu iki tabir de tamamıyla muvafık değildir. Çünkü (18. asrın nazariyelerinin mirası olan) manevi şahıs tabiri de, yalnız bu gibi teşekküllerin şahsiyetinin hukuk tarafından tanınmış olduğu zehabını uyandırıyor; halbuki... insanlar için de vaziyet aynıdır... Şahısların ikiye ayrılışının en doğru ve en tam şekli: ferdi şahıslar ve kolektif (müçtemi) şahıslar şeklinde olabilir”. Andreas B. Schwarz, Roma Hukuku Dersleri, Birinci Cilt, Tarihi Kısım ve Umumi Doktrinler, (çev. Türkan Basman), Kenan Matbaası, İstanbul 1943, s. 223-224.

² Malvarlığı kavramı, genel olarak, kişiye ait olan ve maddi değeri bulunan taşınır, taşınmaz eşya ile hakları ifade eder. Fakat bu genel tanım, malvarlığı teriminin bütün içeriğini açıklamak bakımından yetersiz olup; bir kimsenin aktiflerinin yanı sıra, borçlarının da malvarlığının kapsamına girip girmediği noktasında tartışmaya yol açar. Malvarlığı kavramı, bir kişinin maddi değeri olan hak ve borçlarının tümünü ifade eder. Bu görüşün gerekçesi olarak, malvarlığı üzerinde intifa hakkı kurulmasından bahsedildiği zaman bu hakkın taşınır, taşınmaz eşya ile birlikte, üzerinde intifa hakkı kurmaya elverişli hakları da kapsamı ileri sürülmektedir.

olarak ifade edilen “vakıf”³ (tesis) Klasik Roma Hukuku’nda bilinmiyordu. Nitekim eski çağlarda vakıflar, genellikle, yalnız güvene dayanan bir işlem şeklinde tanınıyordu. Esasen vakfa ayrılan malvarlığı bir yedime veriliyordu. Vakfın uzun süre devam etmesi sebebi ile, kural olarak, bu yediemin bir gerçek kişi değil, medeni haklardan yararlanan, belediye, mabet gibi bir kurum olurdu. Burada yeni bir tüzel kişilik meydana getirilmiyordu ve vakfa ait malvarlığı da, bir amaca bağlanmış olmuyordu. Hatta bu yediemin, aradaki ilişkiyi bozarak, malvarlığını başka bir şekilde kullanabilirdi.⁴ Bu bağlamda denilebilir ki, Roma Hukuku’nun ilk dönemlerinde de, vakıf müessesesi mevcut değildi. Hukuk alanında çok gelişmiş bulunan Romalılar, başlangıçta, bu müesseseyi pratik sahaya yani örf ve adete isnat ettirmişlerdi.⁵

Bugünkü anlamı ile tüzel kişilik kavramı, Antik Roma’da oldukça geç ortaya çıkmıştı. Uygulamada Roma halkı (*Populus Romanus*), korporasyonlar (loncalar) gibi insan toplulukları, tüzel kişilik olarak adedilmez ve bunlara ait mallar üzerinde, müşterek mülkiyet prensibi uygulanırdı.⁶ Ancak diğer yandan, bu toplulukların, kendilerini oluşturan

Bir malvarlığı üzerinde intifa hakkı kurulduğu zaman, bu durum ister istemez malvarlığının borçlarını da etkileyecektir. Bu bakımdan, malvarlığı kavramına borçlar da girmelidir. Sanem Aksoy Dursun, Eşya Kavramı, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2012, s. 58-59. Roma Hukuku’nda malvarlığı kavramını karşılamak üzere patrimonium terimi kullanılmaktadır. Bkz. dn. 42.

³ Medeni Hukuk alanında, ekonomik ve özellikle de kazanç paylaşma amacı gütmeyen tüzel kişilikler dernek ve vakıftır. Vakıf, belirli bir amaca özgülenmiş mal topluluğunu ifade etmekle birlikte, Medeni Kanun’dan (MK) [Burada Medeni Kanun ile kastedilen, İsviçre’den iktibas edilen ve TBMM’de 17.02.1926’da kabul edilip, 04.10.1926 tarihinden yürürlüğe konulan, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisidir ve bu bakımdan kısaltması (MK) şeklinde yapılmıştır] önceki dönemin Vakıflar Hukuku, İslam-Osmanlı Hukukuna dayanmaktaydı. Bu bakımdan, MK’da vakıflara ilişkin düzenleme yapılırken, eski vakıflar için de bir düzenleme yapma ihtiyacı doğmuştur. Vakıflar Kanunu (13.07.1967 tarih ve 903 sayılı) ile vakıf kurumu yeniden düzenlenerek, “tesis” terimi kaldırılmıştır. Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 81.

⁴ Paul Koschaker/Kudret Ayiter, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, İzmir 1993, s. 99.

⁵ Bülent Köprülü, “Tarihte Vakıflar”, AÜHF, C.8, S.3, 1974, s. 480.

⁶ Antik Roma’da birtakım cemiyetler, topluluklar (*collegia, societates*) mevcuttu. Örneğin, rahiplerin cemiyetleri, esnaf cemiyetleri gibi. Fakat bu topluluklar hukuk nazarında, insanlar gibi hak sahibi değillerdi. Bu topluluklar amaçlarının tahakkuku için, para veya mala ihtiyaç duyduklarında, bunlar doğrudan doğruya bir cemiyet olarak topluluğa değil, topluluğun üyelerine müştereken ait olurdu. Çünkü eski Romalılar, henüz insan topluluklarını manevi ve soyut bir kavram

fertlerden ayrı bir varlığı olduğu ve fertlerin tek başına, topluluk malvarlığıyla ilgilerinin bulunmadığı hukuki metinlerde ifade edilmekteydi:⁷

D. 3.4.7.1-2 (*Ulpianus libro decimo ad edictum*):

“*Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent.*”

“Bir topluluğa bir şey borçlanılmışsa, bu üyelerine borçlanılmış değildir ve topluluğun borçlandığı şey, üyelerin borcu değildir.”⁸

“*In decurionibus ... universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant an pars maneat vel omnes immutati sint...*”

“Cemiyetler dahilinde azaların aynı kalmasının veya kısmen veya tamamen değişmesinin ehemmiyeti yoktur.”⁹

İlk İmparatorluk Dönemi (*Principatus*), Roma’da tüzel kişilik kavramının Kamu Hukuku sahasında geliştiği ve çoğaldığı bir dönemdir. Bu bağlamda ilk defa tüzel kişilik kavramına Roma Kamu Hukuku

olarak kabul etmiyorlardı. Gerçi birtakım malların kamuya aidiyeti kabul ediliyordu ve bu tür mallar, ticaretin dışında bırakılmış şeylerdi (*res extra commercium*). İşte bunun için Roma halkı, kamuya ait malların ve özellikle devlet arazisinin (*ager publicus*) sahibi kabul edildi ve ticaretin dışında bırakılmış şeyler de aynı zamanda kamu malı (*res publicae*) sayıldı. Roma halkı çok büyük bir insan topluluğu olması dolayısı ile hususi bir şahsiyet gibi kabul edilemezdi. Bundan başka, devletin kendi kendine bir hayata malik, hükmi bir şahsiyet olduğu fikri de henüz mevcut değildi. Özel Hukuk kuralları, Roma halkı ve Roma Devleti için uygulanamazdı. Richard Honig, Roma Hukuku, (çev. Şemseddin Talip), Matbaai Ebüzziya, İstanbul 1938, s. 152.

⁷ Tahiroğlu/Erdoğan, s. 152, dn. 62. D.1.8.6.1 (*Marcianus libro tertio institutionum*): “*Universitatis sunt non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitas et ideo tam contra civem quam pro eo posse servum civitatis torqueri divi fratres rescripserunt. Ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in ius aliquem ex civibus*”. “Tiyatro ve stadlar gibi sitelere müşterek olan şeyler fertlere değil, fakat cemiyete (*universitas*) ve bu misalde siteye aittir. Bu sebeple, beldeye ait olan bir köle, iştirak halinde vatandaşlara ait olmayıp, *universitas*’a aittir; bu sebeple ilahi kardeşler (M.S 161-169 seneleri arasında birlikte hükümdarlık eden Marcus Aurelius ve üvey kardeşi Lucius Verus) bir emirnamede (*rescriptum*), beldeye ait bir kölenin bir vatandaş leh veya aleyhine işkenceye konulabileceğini beyan etmişlerdir. Aynı şekilde beldenin azatlısı da, vatandaşlardan birine karşı mahkemeye müracaat edebilmek için beyannamenin hususi müsaadesine muhtaç değildir”. Schwarz, s. 225.

⁸ Ziya Umur, Roma Hukuku Ders Notları, (Ders Notları), Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 179.

⁹ Schwarz, s. 224.

alanında yer verilerek, halkın müşterek hazinesi *magistra*¹⁰lar tarafından Roma halkı namına idare edildiği görülmektedir.¹¹ Roma Devleti (*Res publica*) yanında toprak esasına dayanan ve siyasi amaçlar taşıyan *civitates*,¹² *coloniae*,¹³ *municipia*¹⁴ gibi bazı varlıklar da hukuken tüzel kişilik sıfatını haizdi.¹⁵

Bağımsız birer kişilik anlamında tüzel kişilik olarak kabul edilip, ayrı ayrı isimlendirilen birtakım insan ya da mal toplulukları, hukuki bakımdan tek tek düzenlenmiştir. Kişi ya da mal toplulukları (*universitates*),¹⁶ dernek [*collegium*¹⁷lar (mesleki dernekler), *sodalita-*

¹⁰ *Magistra(tus)*: Roma'nın çeşitli dönemlerinde devletin başında bulunan, büyük memurlara verilen isimdir. Özellikle, Krallık, Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinde, devlet idaresinin, senatus ve halk meclisleri ile birlikte, üç büyük organından biridir. Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı, (Lügat), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s. 131.*

¹¹ Roma kavminin mameleki anlamında kullanılan *aerarium*'a karşılık, hükümdarın tasarrufunda bulunan ve devlet mameleki demek olan hazinenin (*fiscus*) de hak sahibi olduğu anlaşılmaktadır. Fakat sonraları *fiscus* kavramı, *aerarium*'u da içine alarak; devlet mamelekinin, Özel Hukuk kaidelerinden müstakil olmasını izah eden imtiyazlar serisini muhafaza etmiş ve kendine has bir şahsiyet teşkil etmiştir. Salvatore Di Marzo, *Roma Hukuku, (çev. Ziya Umur), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954, s. 55; Honig, s. 152, dn.31.*

¹² *Civitas (civitates)*: Bir şehir sınırları dâhilindeki hayat içinde, hukuken teşkilatlanmış, hür insanlardan kurulu, İlk Çağın Akdeniz çevresi devlet topluluğudur. Örneğin, Roma Devleti camiası içine bir antlaşma (*foedus*) ile katılmış olan *civitas*'lar, *civitates foederatae*; mağlup edilmiş fakat Roma tarafından bir *lex civitatis* veya bir *senatus consultum* ile kendilerine belirli bir özerklik ve kendi özel hukuklarından yararlanma hakkı tanınmış olan *civitas*'lar ise *civitates liberae* olarak adlandırılır. Umur, *Lügat, s. 37.*

¹³ *Colonia (coloniae)*: Siyasi, askeri ve iktisadi amaçlarla, Roma'nın işgal etmiş olduğu topraklar üzerinde kurduğu ve Romalılar ile Latinlerin iskân edildiği şehirler. Umur, *Lügat, s. 40.*

¹⁴ *Municipium (municipia)*: Cumhuriyet idaresi sırasında merkezden idare edilmeleri güçleşen, idare ve yargı özerklikleri kendilerine bırakılmış, nispeten uzak yerlerdeki şehirler. Roma'dan gönderilen veya yerinde seçilen bir *magistra*'nın başkanlığı altında, kendi organlarına sahip olurlar, kendi kendilerini idare ederlerdi. *Civitas*'tan tek farkları, hâkimiyet unsurunun bulunmaması idi. Orada yaşayanlar, bir taraftan *Roma tribus*'larına kayıtlı Roma vatandaşları, diğer yandan *municipes* idiler. Umur, *Lügat, s.139.*

¹⁵ Şakir Berki, *Roma Hukuku, (Roma Hukuku), Nur Basımevi, Ankara 1949, s. 136.*

¹⁶ *Universitas (Universitates)*: Hukuken tüzel kişilik verilmiş ve birlik olarak tanınmış topluluk, organize olmuş gerçek kişiler topluluğu anlamına gelmekteydi. Hem kişi hem de mal topluluklarını içeren anlamıyla *universitas*, kelime olarak, *singulî*'nin, yani tekilin karşıtı olup, birden çok olanın, bir araya gelerek oluşturduğu topluluğu ifade ederdi. Eşref Küçük, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 36-37.*

¹⁷ *Collegium*: *Collegium* kelimesi, Cumhuriyet Dönemi'nde ve İlk İmparatorluk Dönemi'nin başlarında, dernekler için en çok kullanılan ifade olmuştur. Colle-

tes¹⁸ (dini dernekler)]¹⁹ bunlara örnek olarak gösterilebilir.²⁰

Tüzel kişiliğe sahip bu örnekler birlikte dikkate alındığında, Antik Roma'da tüzel kişileri şu şekilde gruplandırmak mümkündür. Birinci grup, *Corpus*²¹ *universitas* veya *Universitatis personarum* olarak adlandırılan ve müşterek bir amacın temini için bir araya gelmiş olan fertlerin kurdukları topluluklar olup, içinde kamu tüzel kişilikleri olan *res publica, civitates, colonia, municipia*, idari karakterdeki bazı cemiyetler ile esasen Özel Hukuk sahasında yer alan *collegium*'ları barındırırdı. Diğer grup tüzel kişiler ise, *Universitates rerum* olarak ifade edilen, dini ve hayır müesseselerine²² tahsis edilmiş olan veya muayyen bir işin başarılmasını mümkün kılan, hukuken bazı ehliyeteye sahip kılınan mal topluluklarıdır. Esasen, *pia corpora* olarak adlandırılan bu hayır cemiyetlerinin mahiyeti, birtakım şahısların topluluğundan ziyade, bazı amaçların tahakkukuna tahsis edilmiş bir servettir. Bu amaçlar da, hastaneler (no-

gium, ortak ve sürekli bir amacı gerçekleştirmek üzere, bir araya gelen kişiler topluluğunu ifade eder. Anlam olarak kamu tüzel kişilerini kapsamaz, ancak bu konuda bir kesinlik olduğunu söylemek de mümkün değildir. Küçük, s. 37.

18 Sodalitas (Sodalitates): Sodalitas, kelime anlamı olarak kutsal bir örtüyle örtülür bir masa etrafında birleşen kişiler topluluğunu ve teknik anlamda ise dini dernekleri ifade ederdi. Önceleri dini dernekler için kullanılan sodalitas, kelimesi, zamanla, özellikle Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında, siyasal ve devlet aleyhine faaliyet gösteren dernekleri, magistra seçimlerinde seçmenleri etkilemek amacıyla kurulan kişi topluluklarını tanımlamak için de kullanılır hale gelmişti. Küçük, s. 38-39.

19 Hristiyan felsefe ve ahlakı, Son İmparatorluk Dönemi'nde tüzel kişiliğe sahip yeni varlıklar yaratmıştır. Kilise ve hayır müesseseleri bunlar arasındadır. Berki, Roma Hukuku, s. 136.

20 Heinrich Honsell, *Römisches Recht*, Springer-Lehrbuch, Berlin 1997.

21 *Corpus*: *Corpus*, genel olarak, *collegium* ile eş anlamlı olarak kullanılmakla birlikte, ondan daha geniş bir anlama sahip olup kamu tüzel kişilikleri de dâhil bütün kişi topluluklarını içine alan bir üst kavram niteliğinde idi. Dar ve teknik anlamda ise *corpus*, hukuken bir varlık olarak tanınmış tüzel kişilik verilmiş, kişi topluluğunu ifade ederdi. Livius ve Gaius, *corpus* kelimesini tüzel kişi anlamına gelecek şekilde, teknik anlamı ile kullanmışlardır. Bu sebeple, bir derneğin kuruluşu için izin aranması zorunluluğu doğunca, başlangıçta aynı anlamda kullanılabilen *corpus* ve *collegium* kelimeleri arasındaki anlam farkı derinleşmişti. Küçük, s. 32-33. *Corpus*, kaynaklarda, mahiyetleri itibari ile münferit olan fakat ya hukuk vasıtası ile veya ifası gereken bir fonksiyon vasıtası ile birlik halinde tutulan unsurların, teşkil ettikleri varlık manasında kullanılmaktadır. Di Marzo, s. 53.

22 Hristiyan cemaati ile münferit kiliseler, özellikle mal iktisabına ve malik olmaya ehil olarak haklara ehliyet kazandı. Hayır yapmaya matuf mal vasiyetlerinin müteallikine müteallik bazı def'ilerle, henüz vakıf olmayıp, onun ilk nüvesi olan ve amaçları göz önünde tutularak, *piae causae* denen religionis vel pietatis intuitu, din ve hayır düşüncesine müstenit müesseselerin belirsiz bir şekilde meydana çıkması söz konusu olmuştur. Di Marzo, s. 55.

socomia), yetim yurtları (*orphanotrophia*), islahhane, terbiye evleri (*brep-hotrophia*) gibi müesseselerin kurulması ve idaresi olabilirdi.²³

Bu bahsi geçen mal toplulukları; kiliselere, ihtiyar, fakir ve terk edilmiş çocukları himaye edici müesseselere bırakılan mallarla, vasiyet edenin belirli bir iş için tahsis ettiği mallardan oluşabilirdi.²⁴ İşte bu noktada, vakıf müessesesi karşımıza çıkmaktadır. Zira bugün vakıf olarak adlandırılan tüzel kişilik Romalılar tarafından tam olarak bilinmese, kişi ya da mal topluluklarının ayrı bir tüzel kişiliği olduğu ilerleyen dönemlerde kabul edilmiş olsa da, bazı mallara ait gelirlerin, hayır işleri gibi, belli amaçlara tahsis edilmesi ihtiyacını hissetmemiş olamazlardı. Bu ihtiyacı karşılamak için şarta bağlı bağışlama ve muayyen mal vasiyeti şeklindeki hukuki vasıtalara başvururlardı.²⁵

Roma Hukuku'nda kişiliğin kazanılması ve hak ehliyetinin şartları,²⁶ günümüz hukukundan farklı olduğu için, bir gerçek kişinin,

²³ Honig, s.153. İmparatorluk içinde Hristiyanlık hakim olduktan sonra, bütün hayır, iyilik ve din işlerine bakmak, kilisenin vazifeleri arasına girmiştir. Iustinianus, yetimhane, hastane, düşkünler evi gibi işlere tahsis edilmiş bütün bağışlamaları ve muayyen mal vasiyetlerini, *piae causae* adı altında toplamış ve bu gibi işlere tahsis olunmuş malların, tahsis amaçlarında kalmalarını temin etmek üzere, emirnameler çıkartmıştı. Bu sebeple, Iustinianus Hukuku'nda vakıf müessesesinin mevcut olduğu iddia edilmişse de, bu mameklere bir tüzel kişilik tanınmadığı ileri sürülmektedir. Zira çoğunlukla mameleki bir amaca tahsis eden kimseler, o mamelekin idaresini kilise veya piskoposa bizzat tevdi ettikten sonra, kilise veya piskoposun o malların idaresi ile ilgilenmeleri gerektiğini belirten emirnamelerin varlığı, bu mameklere tüzel kişilik tanındığını göstermemektedir. Ziya Umur, Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi, (Roma Hukuku), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 415.

²⁴ Berki, Roma Hukuku, s.136-137.

²⁵ Umur, Roma Hukuku, s. 415.

²⁶ Hak ehliyeti, hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyetini ifade eder. Türk Medeni Kanunu (TMK), 8.md.'sinde; "Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler." şeklinde ifade edilen hak ehliyeti ile kişilerin haklara ve borçlara sahip olan varlıklar oldukları belirtilmektedir. Hangi varlıkların kişi olarak kabul edileceği ise, o devletteki hukuk politikasına bağlı olarak belirlenir. Tahiroğlu/Erdoğan, s.136. Friedrich Carl von Savigny, "Sytem des heutigen römischen Rechts" adlı eserinin kişiler hukukuna ilişkin bahsinde, "Bu yüzden başlıca kavram olan kişi yani hakların süjesi, insan kavramı ile örtüşmelidir ve söz konusu iki kavramın bu birincil kimliği, şu formülle ifade edilebilir: 'Münferit her insan ve yalnızca münferiden insan hukuka ehildir'. Her halükarda bu başlıca kavram olan kişi, beyan edilen formüle zaten değinildiği gibi, pozitif hukukça, sınırlayıcı ve genişletici olmak üzere iki şekilde meydana gelebilen değişimlere maruz kalabilir. Yani, ilk olarak, kimi münferit insanlara, bütünüyle veya kısmen hak ehliyeti tanınmayabilir. İkinci durumda, münferiden insan dışındaki bazı başka varlıklara ehliyet teşmil edilebilir ve böylece farazi olarak bir tüzel kişi meydana getirilebilir". Başak Karaman, "Roma Hukukunda Persona Kavramı", *Bahçeşehir Üniver-*

bir malın mülkiyetini veya malvarlığını tamamen ve kalıcı olarak toplumun ya da insanlığın yararına bırakması, diğer ifade ile, vakfetmesi hukuken olanaksızdı. Romalı bir kişinin gelirini, şehrin sosyal bir ihtiyacına vakfedebilmesi için, malını o şehre vasiyet etmesi veya bağışlaması gerekirdi.²⁷

Institutiones Romano-Hispanae (3.27.7):²⁸

“...In his legatis et fideicommissis, quae sacrosanctis ecclesiis ceterisque venerabilibus locis, quae religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt...”

“...Din ve takva ruhu ile şereflenen mukaddes kiliselere ve diğer mübarek yerlere bırakılan mallar (*legatum*²⁹ ve *fideicommissum*³⁰lar)...”³¹

sitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.127-128, (Mart-Nisan) 2015, s. 90. Romalılar kişi kelimesinin karşılığı olarak hukuk hayatında rolü olan kimse anlamına gelen “persona” terimini kullanırlardı. Ancak bugün kişiliğin ayrılmaz bir sonucu olan hak ehliyetine sahip olmak için persona olmak yetmezdi, bunun yanında belli status'lara sahip olmak gerekiyordu. Bir kimsenin hukuk düzeni içindeki yerini belirleyen status'lar: hürriyet durumu (status libertatis), vatandaşlık durumu (status civitatis) ve aile durumu (status familiae)'dir. Tahiroğlu/Erdoğan, s.136-137. Köprülü, s. 480.

²⁸ Johannes Sala, *Institutiones Romano-Hispanae ad Usum Tironum Hispanorum Ordinatae*, Tomus II, Matriti ex Typographia Regia, 1830, s. 287. *Institutiones Romano-Hispanae*, hukukçu Johannes Sala (1731-1806) tarafından, Vinnus'un, *Institutes'i*, Kastilya Hukuku'na dair notlarla yorumladığı “Vinnus Castigatus” adlı eserini kısaltılıp sadeleştirerek, “*Institutiones Romano-Hispanae ad Usum Tironum Hispanorum Ordinatae*” başlığı altında yayınladığı eserdir. Serge Dauchy/Georges Martyn/Anthony Musson/Heikki Pihlajamäki/Alain Wijffels, *The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, Springer International Publishing, Switzerland 2016, s. 365.

²⁹ Legatum: Kelime kökeni itibari ile bir yükümlülük yüklemek anlamına gelen legare fiilinden türetilmiş olan legatum'lar, *Ius civile*'ye göre geçerli olarak yapılabilen ve XII Levha Kanunu'nda yer alan mal vasiyetleriydi. Legatum, niteliği gereği vasiyet içinde yer alan bir işlemdir ve bu sebeple legatum'un geçerliliği, vasiyetin geçerli olmasına bağlıdır. Bu nedenle vasiyet geçeli şekil şartlarına uygun olarak yapılmadığında veya geçerli bir mirasçı atama işlemi içermediği için geçersiz olursa, legatum da geçersiz olurdu. Ayrıca vasiyeti yapan kişinin vasiyet yapma ehliyetine ve legatum'dan yararlanacak kişinin de mirasçılık ehliyetine sahip olması zorunluydu. Erkan Küçükgüngör, *Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum)*, (Vasiyet), Yetkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 214-215.

³⁰ Fideicommissum: Konusu belirli bir mal bırakmayı içeren ve legatum kadar geniş bir uygulama alanına sahip olan fideicommissum'lar, İlk İmparatorluk Dönemi'nde ortaya çıkmış ve uygulamada kısa zamanda benimsenmiştir. Şeref ve dürüstlüğe (fides) terk edilmiş anlamına gelen fideicommissum işleminde miras bırakan, kanuni mirasçıdan veya mirasçı atanan ya da kendisine belirli bir mal bırakılan kişiden, ölümden sonra bir arzusunu yerine getirmesini, örneğin, üçüncü bir kişiye mal vermesini isterdi. Küçükgüngör, *Vasiyet*, s. 230.

³¹ Di Marzo, s.55, dn. 85.

C. 1.2.19 (*Imperator Iustinianus*):

“... *donationes super piis causis factae*...”

“... dini sebeplerle yapılmış bağışlamalar...”³²

Vasiyet tarzındaki vakıf ise, ancak Roma'nın en uzun devri olan Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına doğru ortaya çıkmıştır. Görülüyor ki Romalılar, hayır işlemek ve yardım amacını gerçekleştirebilmek için, mallarını bir korporasyona, bazen bir siteye, *vici*,³³ *pagi*,³⁴ ya da lonca gibi müesseselere vasiyet ediyor veya bağışlıyorlardı. Zamanla bu çeşit vakıflar çoğalmış ve Roma Devleti vakfın amacının gerçekleşmesi hususunda, bu müesseseye müdahale etme gerekliliğini hissetmiştir.³⁵ Şehirler lehine yapılan vakıfları denetlemek için, *Curator rei publicae*³⁶ ismini taşıyan, bir nevi kayyum tayin olunmuştu. Bu kayyumların denetleme yetkileri, ancak şehirler lehine yapılan mükellefiyetli bağışlamaların geçerliliğini ve mükellefiyetlerin gerçekleştirilmesini kontrol etmekten ileri gidememekte idi.³⁷ Hususi korporasyonlara yani mesleki kuruluşlara yapılan, vakıf maksatlı bağışlamalarda ise; bağışlayan tarafından, bağışlanana yüklenen mükellefiyetin³⁸ yerine getirilip ge-

³² Di Marzo, s.55, dn. 85.

³³ Vicus (Vici): Köy anlamındadır. Bir grup insanın oturduğu, municipium'dan küçük mıntıkadır. Umur, Lügat, s. 222.

³⁴ Pagus (Pagi): Civitas'tan küçük, kendine ait teşkilatı olmayan fakat bazen tüzel kişiliği olan kasaba veya köy idi. Eski dönemlerde, Roma şehrinin içinde, birkaç gens'in oturduğu mahalle manasına gelmekteydi. Umur, Lügat, s. 151.

³⁵ Köprülü, s. 481. Son İmparatorluk Dönemi'nde, vakıfların belirmeye başladığı düşünülmektedir. Vakıf kavramının, Antik Roma'da gelişmiş bir hukuki kurum olmadığı konusunda, Romanist doktrinde görüş birliği vardır. Ancak Roma'da vakıf, kiliselere, dini teşekküllere yapılan kazandırmalar şeklinde göze çarpmaktadır. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, Roma Hukuku, (Roma Hukuku), Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1952, s. 132. Bu konuda bkz. Raymond Monier, Manuel élémentaire de droit romain, Tome I, Montchrestien 1947, s. 338.

³⁶ Curator Rei Publicae (Curator Civitatis veya Pater Patriae): İlk İmparatorluk Dönemi'nde, mntıka idarelerini ve özellikle mali meseleleri kontrol etmek üzere, imparator tarafından gönderilen memur, müfettiş idi. Son İmparatorluk Dönemi'nde ise, mntıkalar da bulunan civitas'lar tarafından gösterilerek, tayini imparatorca yapılan, mali meselelerin yürütülmesi ve devlet binalarının bakımı ile görevli memurdu. Umur, Lügat, s.53.

³⁷ Esat Arsebük, Medeni Hukuk I. Başlangıç ve Şahsın Hukuku, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, Ankara 1938, s.300.

³⁸ Mükellefiyetli bağışlama; bağışlananın, bağışlama konusu malı belli bir amaca tahsis etmek suretiyle, bu maldan elde ettiği geliri, bağışlayanın iradesi doğrultusunda çeşitli hayır işleri için harcanmasını temin etmek amacıyla kullanılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. C.E.F. Rickett, “Charitable Giving in English

tilmediği konusunda sınırlı bir kontrol sağlanmaktaydı. Burada vakfeden; bağışlama veya vasiyetini yaparken, bağışlananın şart olunan mükellefiyeti yerine getirebilmesi için, “*multa*”³⁹ denilen, para cezası yaptırımının uygulanmasını isteme yetkisini haiz idi.⁴⁰

Böyle bir yaptırım neticesi olarak, lehine bağışlamada bulunulan korporasyondan, vakfedenin malı geri alınabilmekte idi. Geri alınan bu mal, bağışlama yapanın mirasçılara verilmekte idi.⁴¹ Her ne kadar “*multa*” adını taşıyan bu müessese, vakfın lehine bağışlamada bulunulan şahıs üzerinde bir yaptırım olarak gözükmekte ise de, esasen, vakfın amacını temin ve idame hususunda, herhangi bir tedbirin alınmasına hizmet etmemekteydi. Zira korporasyonlardan, bağışlanan mallar geri alınıp mirasçılara iade edildiğinde, vakıf münasebeti ortadan kalkmakta idi. Böylelikle, söz konusu mallar, mirasçılardan *patrimonium*⁴²’una girmiş bulunuyordu.⁴³

and Roman Law: A Comparison of Method”, *Cambridge Law Journal*, Vol.38, No.1, (April 1979), s.118-147.

39 Multa: Magistra’ların ve İmparatorluk Dönemi’nde büyük memurların, zaptu rapta müteallik olmak üzere verdikleri emirlere itaat etmeyen kimselerden aldıkları ceza idi. Miktarları önceleri hayvan, daha sonra maden külçesi ve nihayet basılmış para olarak tayin edilmekteydi. Umur, Lügat, s. 138. Multa hakkında detaylı bilgi için bkz. Halide Gökçe Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.82-83 ve dn.28.

40 Köprülü, s. 481.

41 Klasik Roma Hukuku, gerek ölüme bağlı tasarruflara, gerekse sağlararasında yapılan hukuki muamelelere mükellefiyet yüklenmesine izin veriyordu. Fakat önceleri ya kamunun yararına ya da tamamıyla dini nitelikte olan mükellefiyetler, daha ziyade vasiyetnamelerin muhtevasını teşkil eder ve özellikle legatim’lara ilave edilirdi. Mirasçı nasbı halinde de, mükellefiyet yüklenip yüklenmediği hususu tartışmalıdır. Roma’da mükellefiyet hususi bir ferdin menfaati için yüklenemediği gibi, bugünkü hukukun aksine, mükellefiyetin yerine getirilmesi için ilgisine bir dava hakkı da tanınmış değildi. Ancak mükellefiyet kavramı, Corpus Iuris Cvilis’de bugünkü şeklini aldı ve kendi niteliğini izah eden modus kavramı ile anılmaya başlandı. Kemal Tahir Gürsoy, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler”, AÜHFD, C. 10, S. 1-4, 1953, s. 458-459.

42 Patrimonium: Cumhuriyet Dönemi’nde bir aile reisine ait olan ve ailenin brüt mamelekini teşkil eden malların toplamı idi. İmparatorluk Dönemi’nden itibaren, aile fertleri nisbi de olsa bir özerklik elde etmiş oldukları için, hür bir Roma vatandaşına ait olan malların toplamı anlamına gelmekteydi. Klasik Dönem’de patrimonium, bir şahsa ait olup, para ile değerlendirilebilen alacaklar ve aynı haklar da dâhil, bütün hakları içermekteydi. Yalnız o dönemde mamelek içine, hak sahibinin borçları dâhil edilmemekteydi. Umur, Lügat, s. 153.

43 Köprülü, s. 481.

Roma Hukuku'nda, bugünkü vakıflara benzetilen bir başka müessese de, Iustinianus Hukuku'nda *hereditas iacens*⁴⁴ olarak ifade edilen muallakta kalmış tereke veya terekenin askıda kalması durumudur. Bu durumda müteveffanın bırakmış olduğu, ancak henüz mirasçı tarafından kabul edilmemiş bir tereke söz konusu idi ve bu terekeye tüzel kişilik tanındığı ifade edilmektedir. Yine bu müessese ile birlikte, vakıflara benzetilen bir diğer müessese ise, devlet hazinesi (*fiscus*)⁴⁵ dir.⁴⁶

Vakıf müessesesinin kökeni tartışılırken, doğu ve batı kaynaklı çalışmalarda konu ile ilgili farklı görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir. Bunlardan biri, vakfın İslam Hukuku'na özgü bir müessese olduğudur. Bazı hukukçular ise, vakfın kökenini, Roma Hukuku'ndaki "*fideicommissum*" a dayandırırken, bunlarla benzerlik gösteren, hatta,

⁴⁴ Roma Hukuku'nda terekenin, mirasçının ölümü anı ile iktisap edildiği zaman arasındaki dönemde, hiç kimsenin malvarlığına dâhil olmadığı kabul edilirdi. Romalılar bu durumu "terekenin askıda olması/beklemesi (*hereditas iacens*)" olarak ifade etmişlerdir. Askıda olan tereke, bir bütün niteliği taşıdığı için, bu terekede artma ve eksilmelerin meydana gelebileceği kabul edilirdi. Nitekim Iustinianus Dönemi'nde, geçici bir süre ile sahipsiz kalan bu malvarlığına, kişilik (*persona ficta*) tanındığı görülmektedir. Küçükgüngör, Vasiyet, s. 76; s.79. Roma Hukuku'nda, miras kabul iradesi ile muamele (*aditio*) yapılmadan tereke iktisap edilemezdi. Eski Hukuk'ta, henüz kabul edilmemiş olan tereke, sahipsiz mal (*res nullius*) olarak kabul edilirdi. Fakat sahipsiz olsa bile, kabul anına kadar hukuk düzeninin, terekedeki bazı kölelerin ölmesi, hayvanların yavrulaması gibi, bu mamelekte gerçekleşmesi mümkün, artma ve eksilmelerle meşgul olmaması ve terekeyi aynı hali ile muhafaza etmeye çalışmaması mümkün değildi. Mirasçının kabulü, geriye etkili olduğundan, yani terekenin askıda kaldığı süre boyunca meydana gelen artış ve eksilmeler, kendisine ait bulunduğu, mirasçının henüz belli olmadığı süre zarfında, terekeyi bir şahıs gibi farz etmek düşüncesi hâkim olmuştu. Umur, Roma Hukuku, s. 415. Bu konuda bkz. D. 46.1.22 (Florentinus libro octavo institutionum)¹ Kanaatimizce, askıda olan terekeye, bir malvarlığı olarak kişilik tanınması, yukarıda izah edildiği üzere, ilgili terekenin aynı şekilde muhafazası ihtiyacından kaynaklandığından, bu durum, aynı zamanda bu malvarlığının belirli ve sürekli bir amaca özgülendiği anlamına gelmemektedir.

⁴⁵ Bkz.dn.11. Kanaatimizce, *fiscus*'un, *aerarium*'u da içine alacak şekilde, imparatorun hususi malvarlığından ayrılarak, devletin umumi hazinesi haline gelmesi ile gerek hukuk doktrininde gerekse imparator emirnamelerinde başlı başına bir varlık olarak görülmeye başlanması durumu ile bir diğer ifade ile kendisine ayrı bir tüzel kişilik tanınmış olabileceği iddiası ile bu müessesenin vakıf tarzında bir tüzel kişilik olması arasında bir bağlantı bulunmamaktadır. Zira vakıf, bugünkü anlamı ile gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları, belirli ve sürekli bir amaca özgüllemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır. Bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü gelir veya ekonomik değeri olan haklar vakfedilebilir.

⁴⁶ Umur, Roma Hukuku, s. 415-416.

daha önce uygulanmakta olduğu bilinen, başka hukuki işlem şekilleri ve uygulamaları olarak, kullanma hakkına (*usus*),⁴⁷ intifa hakkına (*ususfructus*),⁴⁸ inançlı işleme (*fiducia*),⁴⁹ iğreti akdine (*precarium*)⁵⁰ ve

⁴⁷ Usus (Kullanma Hakkı): Kelime anlamı ile bir malı normal olarak kullanmayı ifade eder. Başkasına ait bir mal üzerinde, kullanma hakkı sağlayan şahsi irtifaklardan (*servitutes personarum*) bir tanesidir. Hak sahibi maldan şahsen istifade edebilir, ancak malın semerelerini iktisap edemezdi. Umur, Lügat, s. 220. Usus; ilk dönemlerde zilyetliğin, irtifak haklarının ve evlilikte kocanın, kadının malları üzerindeki hâkimiyetini ifade eden manus'un kazanılmasını dahi içerecek kadar geniş bir anlama sahipti. Usus, zilyetlikten daha kapsayıcı olup, her türlü "kullanma"yı ifade ederdi. Hatta karşı tarafın itiraz etmemesi ile güçlenerek, bir hakkın kullanılarak kazanılması demekti. Belli bir egemenlik hakkının ya da yetkinin kullanılması da buna dahildi. Belgin Erdoğan, Roma Eşya Hukuku, (Eşya), Der Yayınları, İstanbul 2018, s.16. Örneğin, maddi varlığı bulunmayan tarımsal irtifak hakları usus yolu ile uzun müddet kullanılarak elde edilebilirdi. Daha sonradan sadece malik olma iradesi ile maddi bir malı elde bulundurmamak anlamında zilyetlik (*possessio*) tanımlanmış ve *possessio, usus'tan ayrılmıştır*. Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.110.

⁴⁸ Ususfructus (İntifa Hakkı): Başkasına ait mal üzerinde bir kullanma hakkı sağlayan şahsi irtifaklardan biridir. Hak sahibi, malı olduğu gibi muhafaza etmek kaydı ile mal üzerinde semereler dâhil tam bir yararlanma hakkına sahiptir. Malikte kalan çıplak mülkiyet (*nuda proprietas*) başkasına devredilebilirdi. Umur, Lügat, s.220. Roma'da eyalet arazileri üzerinde de mülkiyete benzeyen zilyetlik ve yararlanma hakkı bulunurdu (*possessio et usus fructus/uti frui habere possidere*). Eyalet arazileri devletin arazisi olduklarından, bunlar üzerinde özel kişilerin tam mülkiyete sahip olmaları mümkün değildi. Özel kişilere bu toprakların sadece kullanma ve yararlanması devredilirdi. Batı'da birçok müessesenin olduğu gibi, vakfın kökeni de usus ile ilişkilendirilmiştir. Andreas Richter, "German and American Law of Charity in Early 19th Century", *Itinerae Fideiciae, Trust end Treuhand in Historical Perspective*, (Ed. Richard Helmholtz/Reinhard Zimmermann), Dunker&Humbolt, Berlin 1998, s. 428.

⁴⁹ Fiducia (İnançlı İşlem): Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında ve İlk İmparatorluk Dönemi'nde, bir malın mülkiyetinin *mancipatio* veya *in iure cessio* ile bir taraftan diğer tarafa nakledilmesinden ve tarafların üzerinde anlaşmış oldukları netice meydana getirildikten sonra, alanın malın mülkiyetini diğer tarafa iadeten nakletmesi mükellefiyeti doğuran, eksik iki taraflı, iyi niyet davaları doğuran aynı akitlerdir. Umur, Lügat, s.74. Fiducia'da alacaklı ile borçlu arasında, alacağın garantilenmesi için, aynı teminat verilmesi sonucu doğuran bir anlaşma yapıldı. Sonradan çok çeşitli amaçlar için de kullanılan *fiducia*, aynı teminatın en eski şekli olarak bilinmektedir. Karadeniz Çelebican, s.180.

⁵⁰ *Precarium* (İğreti Akdi): Bir kimsenin, kendisinden ricada bulunan bir başka kimseye, kullanması için genellikle taşınmaz bir malın zilyetliğini veya bir hakkını vermesi ve kendi arzusuna göre, istediği zaman ve istediği gibi geri alması imkânını sağlayan, Post-klasik Dönem'de isimsiz akitler grubuna gören aynı akitlerdir. Umur, Lügat, s.169. *Precarium*, başlangıçta devletin kişilere kullanmak üzere verdiği kamu arazilerinin hukuki statüsü için kullanılmakta idi. Toprağın mülkiyetine sahip olan devlet, dilediği zaman bunları geri alabiliyordu. Genellikle aile babasının uzun süreli yolculuğa çıkarken veya savaşa giderken mallarının yönetimini oğlu veya bir başkasına bırakması halinde kullanılmıştır. *Precarium* veren, geri döndüğü zaman malvarlığının yeniden kendisine dönebilmesi için,

ölüme bağlı bağışlamaya (*mortis causa donatio*)⁵¹ atıf yapmaktadırlar.⁵²

Bütün bu açıklamalardan anlaşıldığı kadarı ile, Roma Hukuku'nda vakıf müessesesi, ilkel bir karakter arz etmekte ve günümüz hukuku bağlamında amacını daimi ve kesin bir şekilde gerçekleştirebilecek etraflı ve esaslı unsurlardan yoksun bulunmaktadır.⁵³ Hukukun pek çok alanında, zamanına nazaran çok ileri hüküm ve esasları ihtiva eden Roma Hukuku, vakıflar hakkında etraflı düzenlemeler meydana getirememiştir.⁵⁴

Roma Hukuku'nda, vakfın ortaya çıkmasını sağlayan koşullar üzerine yapılan değerlendirmelerde, İslam toplumlarından önce de vakfın var olduğu ve Müslüman halkın vakıf müessesesini, Roma toprakları içinde olan halktan görerek, geliştirip zenginleştirdiği ileri sürülmektedir.⁵⁵

bırakmış olduğu kişiye güvenmeli idi. Çünkü Roma Hukuku'na göre bir mala uzun müddet malik olma iradesiyle zilyet olan kişi zamanasımla (*usucapio*) söz konusu mala malik olabilirdi. Bu nedenle bir malı *precarium* ile elinde tutanın, *usucapio* ile malik olabilmesi yasaklanmıştır. Maliki istediğinde, malı geri vermez ise *precarium* alan fesatlı zilyet haline gelirdi. Belgin Erdoğan, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, (Borçlar), Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 57-58.

51 *Mortis causa donatio* (Ölüme Bağlı Bağışlama): Bir kimsenin, bağışlama alandan önce öleceğini düşünerek, ona bir kazandırmada bulunmasıdır. Ölüm sebebi ile bağışlama demektir. Eğer bağışlama, bir vaat şeklinde yapılmışsa, bağışlama vaat edenin daha önce ölmesi şartı ile bağışlama yerine getirilir; bağışlama elden yapılmışsa, bağışlanan, bağışlayandan önce vefat ettiği takdirde geri alınabilirdi. Son İmparatorluk Dönemi'nde ölüm sebebi ile bağışlama, bağışlayanın arzusu ile feshedilebilmekte idi. Umur, Lügat, s. 61. D.39.6.1.pr. (Marcianus libro nono institutionum)'da, ölüme bağlı bağışlama ile vasiyetname (*testamentum*) arasında, Marcianus tarafından tespit edilen sınırlamaya göre; bir kimsenin bağışlama konusu malın, bağışlanandan çok kendisinde, fakat mirasçılardan çok bağışlananda kalmasını isteyerek bağışlamada bulunması halinde, ölüme bağlı bağışlamanın varlığından söz edilir. Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, Bd. 1, C.H. Beck Verlag, München 1971, s. 764. Roma Hukuku'nda ölüme bağlı bağışlama hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. Emine Mıncız, *Roma Hukukunda Ölüme Bağlı Bağışlama* (*Donatio Mortis Causa*), Der Yayınları, İstanbul 2018.

52 İrem Karakoç, "Roma Hukuku Kökenli Fideicommissum ile Cermen Hukuku Kökenli *Salic Salmannus Osmanlı Vakıf Müessesesinin Kökeni Olabilir mi?*", (Vakıf Müessesesinin Kökeni), II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, C.1, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2016, s.423-424.

53 Belirli bir amaca tahsis edilmiş mal topluluğunu ifade eden vakıfların, Roma'da az görüldüğü, bunlara örnek olarak, Constantinus'tan itibaren, dini amaçlarla bazı malların, örneğin, yaşlılar, yardıma muhtaç kişiler için evlerin tahsisi gibi belli amaca tahsis edildiği belirtilmektedir. Tahiroğlu/Erdoğan, s. 153.

54 Köprülü, s. 482.

55 İslam vakfının, Roma Hukuku'ndan alındığını, İtalyan hukukçu Gatteschi ileri sürmüştür. İslam Hukuku'nun ortaya çıkışında, Roma Hukuku'nun ve Musevilğe dair hükümlerin, büyük etkisi olduğuna inanan Gatteschi'ye göre, Müslü-

Esasen, dönem şartları içinde değerlendirildiğinde, Roma'da vakfın kuruluşunu sağlayan ön koşullar, dini inanışlar bağlamında, tanrılara ve mabetlere yapılan harcamalar şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu türden uygulamaların, birey inisiyatifinden çıkıp, "vakıf" tüzel kişiliğini kazanması, Hıristiyanlığın Roma'nın resmi dini olarak kabul edilmesinden sonra gerçekleşmiştir.⁵⁶ Dolayısıyla, Hıristiyanlığın kabulünden önceki Roma toplumları ile, Hıristiyanlığın kabulünden sonraki Roma toplumlarında vakıf anlayışı, bireysel zihniyette farklı düzeylerde karşılığını bulmuştur.

Hristiyanlık dininin kabulü öncesinde, kadim Yunan'da olduğu gibi, bireyin şan, şeref, menfaat elde etme araçlarından biri olan hayır ve imar faaliyetleri ile, toplumsal statü ve saygınlık elde etme amacı, vakfın ilkel biçimleri olarak görülürken, toplumsal düzeyde vakfın gelişimini engellemiştir. Dinsel bir topluma geçişle birlikte kurumsal yapılanmalar, vakfın toplumsal düzeyde ihtiyaçları karşılayıcı bir araç haline gelmesini sağlamıştır.⁵⁷

Burada özellikle belirtmek gerekir ki, bu çalışmanın amacı, İslam/ Osmanlı Hukuku'ndaki ya da günümüz Türk Hukuku'ndaki vakıf müessesesi ile Roma Hukuku'ndaki vakıf müessesesinin karşılaştırılmasını yapmaya, aradaki benzerlikleri veya ilişkileri ortaya koymaya dair bir köken arayışı değildir.⁵⁸ Yukarıda da ifade edildiği üzere, Roma Hukuku'nda vakıf tüzel kişiliğinin ortaya çıkışı, çok geç bir zamanda gerçekleşmiş olup, amacını daimi ve esaslı şekilde gerçekleştirilmesini

manlar vakıf müessesesini, eskiden Roma'ya tabi olan topraklardaki yerli halktan iktibas etmişler ve Roma Hukuku'ndaki res sacrae'lerin tabi olduğu şartlardan almışlardır. Fransız hukukçu Marcel Morand ise, bu nazariyeyi eleştirerek, Roma Hukuku'ndaki res sacrae'lere ait kuralların, İslam vakfına dair hükümlerle ilgili olmadığını, res sacrae terimi ile münhasıran, mabed ve ayine mahsus maddi eşya kavramının kastedildiği ve burada, bunlara ait bir menfaat getirecek mülk anlamı olmadığını ifade etmektedir. Oysa vakıflar, kendileri ve temin ettikleri menfaat, dini ve hayri bir amaca, bir kamu menfaatine tahsis edilmiş olan mülklerdir. Fuad Köprülü, İslam ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi, Akçağ Yayınları, Ankara 2005, s. 304.

⁵⁶ Roma Hukuku'nda Hristiyan vakıflarının ilk şekli için bkz. Biagio Brugi, Della prima forma che ebbero le Pie Fondazioni cristiane nel Diritto Romano, Atti dello Istitutio veneto, C.7, Seri 7, (1895-1896), s.1061 vd.

⁵⁷ Florence Dupont, Daily Life in Ancient Rome, Blackwell Publishing, Oxford 1992, s.8.

⁵⁸ Bu konuda son derece kapsamlı bilgiler içeren, vakfın kökeni ile ilgili farklı yaklaşımları ve tartışmaları ortaya koyan çalışma için bkz. İrem Karakoç, Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi, (Vakıf), Yetkin Yayınevi, Ankara 2018.

sağlayacak unsurlardan yoksundur. Zira, hukuken vakıf ile amaçlanan sonucu sağlamak üzere, *fideicommissum*, *usus*, *ususfructus*, *fiducia*, *precarium* ve *mortis causa donatio* gibi, farklı muamele ve uygulamaları kullanmışlardır. Ancak bu hukuki işlemler sonucu, yararlanıcıların her zaman ihtiyaç sahibi, aciz, muhtaç olanlar gibi, toplumda korunması gereken kişiler olmasına dair bir zorunluluk bulunmamaktadır.⁵⁹ Esasen, buradaki değerlendirme; “vakıf” denildiğinde, mutlak surette hayır maksatlı bir müessese anlaşılması⁶⁰ ile bir mal topluluğunda ticari amacın bulunmamasının, hayır maksadının gerçekleşmesi için yeterli olmasına dair görüş ayrılığına göre değişebilmektedir.

Vakfı sadece bir hukuki işlem şekli olarak ele alan görüşlere göre, malın mülkiyetinin, çıplak mülkiyet ve kullanma/menfaat olarak ayrılması ve mülkiyetin her türlü el değiştirmesinin engellenmesi, bir müesseseye “vakıf” demek için yeterli gibi görünmektedir. Mal topluluğunun herhangi belli bir amaca özgülenerek tüzel kişilik kazandırılması yeterlidir.⁶¹ Bu amaç ticari olabildiği gibi ailevi de olabilmektedir. Burada işlemi yapan, sadece malvarlığının yönetiminin veya malvarlığının, mirasına dahil olmasını istemediği ardıl mirasçısını atlayarak, sonrasında nesilden nesle aktarımının sağlanmasını amaç edinebilmektedir. Öte yandan, aynı işlemin hayri amaçlarla da yapılabileceği kabul edilse bile, bu bir alt ayırım olarak düşünülmüştür.⁶²

⁵⁹ Karakoç, Vakıf Müessesesinin Kökeni, s. 482.

⁶⁰ 1926'dan önceki Medeni Hukuk ve genel olarak İslam Hukuku'ndaki vakıf kurumu bakımından farklılık söz konusudur: İslam Hukuku'nda, genel anlamda “bağışlama” ile “sadaka” arasındaki farklılık, “sadaka” temeline dayanan vakıf işleminin amacında da kendini göstermektedir. Bağışlama için, sadece “karşılıksız kazandırma” niteliği yeterlidir. Buna karşılık, sadaka işleminde, sadece kazandırmanın karşılıksız olması yeterli olmayıp, bu kazandırmanın “kurbet” kastı ile (allah rızası için, allah'a yakınlaşma niyeti ile) yapılması gerekir. İsviçre'den iktibas edilen MK döneminde artık “vakıf” konumunda bu “kurbet kastı” şartı aranmaz. Esasen, MK'da (17.02.1926 tarih ve 743 sayılı (Mülga) Türk Kanunu Medenisi) “vakıf” terimi değil, “tesis” terimi kullanılmıştır ve “vakıf” terimi genellikle, Osmanlı-İslam Hukuku Dönemi'nde kurulan, eski vakıflara özgü kılınmıştır. Ancak “vakıf” teriminin, halk arasında hayırseverliği çağrıştıran bir anlamı olduğu için, 1967 yılında, Vakıflar Kanunu (13.07.1967 tarih ve 903 sayılı) ile gerçekleştirilen mevzuat değişikliğinde, “vakıf” terimi tekrar “tesis” in yerini almıştır. Ancak artık vakfın amacının “kurbet kastı” kapsamına girebilmesi aranmamaktadır. Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.104-105.

⁶¹ Bu bakımdan, yukarıda izah edilmeye çalışılan, Roma Hukuku'ndaki vakıf görünüşleri, kaynaklarda hep bu açıdan nitelendirilmiştir. Vakıf tüzel kişiliğinin temel unsurunun, yeterlilik şartı aranması dolayısı ile, “mal topluluğu” olduğu, Roma Hukuku'ndan beri söylenmektedir. Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.106.

⁶² Karakoç, Vakıf Müessesesinin Kökeni, s. 482.

Buna karşın vakfı, toplumsal yardımlaşma maksatlı bir müessese biçiminde tanımlamak; toplumsal/bireysel yardımlaşma niyetini vakfın tanımına koymak, yukarıda açıklanan sistemden farklıdır. Buna göre, toplumdaki ihtiyaç sahibi olanlara yardım etmekten başka maksatlarla vakıf kurulamamakta; vakfın daha iyi yönetilmesini sağlamak bakımından, zürriyetin de yararlanıcılar arasına alınmasına göz yumsa bile, tek başına bir mal veya mal topluluğunun tek elden idaresi ve muhafazası maksatlı vakıf geçerli olmamaktadır.⁶³

İşte varılan bu nokta; bu çalışma bakımından, günümüz hukukunda bahsi geçen ve yukarıda izah edilen nedenlerle yasaklanan, malvarlığının yönetiminin veya mirasına dahil olmasını istemediği ardıl mirasçısını atlayarak, sonrasında nesilden nesle aktarımının sağlanmasını amaçlayan, aile fideikomisi kavramının kökeninin, Roma Hukuku'ndaki *fideicommissum familiae relictum*⁶⁴ hukuki muamelesine dayandığını ortaya koymak bakımından önemlidir.

II. Aile Fideikomisi Kavramının Roma Hukuku'ndaki Kökeni: "Fideicommissum Familiae Relictum"

Roma Hukuku'nda *fideicommissum*; TMK md. 517'de düzenlenmiş olan, miras bırakanın, bir kimseye, onu mirasçı atamaksızın belirli bir mal bırakma yolu ile kazandırmada bulunması anlamında gelen ve "Belirli Mal Bırakma"⁶⁵ olarak ifade edilen, ölüme bağlı tasarrufla kazandırmada bulunma hallerinden biridir. Roma Hukuku'nda muayyen mal vasiyeti ile miras bırakan, mirasçı aleyhine, mirasçılık vasfı olmayan bir kimseye belirli mallarını kazandırmaktadır.⁶⁶ İlk zamanlar sadece terekeye dahil mallar muayyen mal vasiyetine konu olabilerken, ilerleyen dönemlerde, mirasçıya veya üçüncü şahsa ait mallar da aynı şekilde ölüme bağlı tasarrufla lehine kazandırmada bulunana bırakılabiliyordu.⁶⁷

⁶³ Karakoç, Vakıf Müessesesinin Kökeni, s. 482.

⁶⁴ Fideicommissum familiae relictum: Bir kimsenin, irade açıklamasıyla malvarlığında bulunan bir malı, kendisinin öngördüğü intikal sırasına göre ve üzerinde tasarrufla bulunulmasını yasaklayacak şekilde aileye özgülemesidir. Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt: III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 402.

⁶⁵ Roma Hukuku terminolojisinde muayyen mal vasiyeti olarak geçmektedir.

⁶⁶ Ziya Umur, "Roma Miras Hukukunun Ana Hatları", (Miras Hukuku), İÜHFİM, C.31, S. 1-4, 1966, s. 174.

⁶⁷ Muayyen mal vasiyetinin konusunu oluşturan mallar maddi mallar olabileceği

Roma Hukuku'nda, Iustinianus'a kadar olan dönem içinde, iki tip muayyen mal vasiyeti gelişmiştir. Bunlardan biri "*Legatum*", diğeri ise "*Fideicommissum*" dur.⁶⁸ Miras bırakan tarafından, mirasçıya (*heres*) bir mükellefiyet yüklenmesi demek olan *legatum*'un ilk olarak, XII Levha Kanunu (M.Ö. 451-449) ile ortaya çıktığı kabul edilmektedir ve terimin kökenin "*legare*" sözcüğünden geldiği ifade edilir.⁶⁹

Muayyen mal vasiyetinde; vasiyetçi (*legator*), kendisine muayyen mal vasiyetinin mükellefiyeti yüklenmiş mirasçı (*oneratus*) ve vasiyetten faydalanan, diğeri bir ifade ile lehine mal vasiyet edilen vasiyet alacaklısı (*legatarius*) olmak üzere üç taraf vardı. Mirasçı lehine muayyen mal vasiyeti ile kazandırmada bulunmak ise, mümkün değildi.⁷⁰

Muayyen mal vasiyeti alacaklısı ile mirasçılık durumu karşılaştırıldığında; mirasçılık vasfı ya vasiyet edenin iradesini ortaya koyduğu vasiyetnamesi ile ya da kanun yoluyla elde edilebildiği halde, muayyen mal vasiyeti alacaklısı (*legatarius*) olmak için, miras bırakanın mutlaka bir vasiyette bulunması gerekirdi. Şayet müteveffa vasiyet şeklinde bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmamışsa, kanuni yoldan lehe mal vasiyeti doğamazdı. Mirasçılık vasfının, vasiyetname ile bizzat vasiyet edenenin iradesi ile kazanıldığı mirasçı nasbı, külli halefiyet yolu olarak borçların da intikaline sebebiyet verdiği halde, cüz'i halefiyet olan muayyen mal vasiyeti, daima kazandırıcı idi ve borçları intikal ettirmezdi.⁷¹

Roma Hukuku'nda, geçerli olarak kimlere *legatum* yapılabileceği belirtilmiştir. *Legatum*'dan yararlanamayanlar arasında, yabancılar (*peregrini*), bekarlar (*coelibes*), çocuğu olmayanlar (*orbi*), belirli olmayan

gibi, gayri maddi mallar da olabilirdi. Henüz mevcut olmayan ancak gelecekte elde edilebilecek olan şeyler, örneğin, meyve bahçesinden elde edilecek olan meyveler, kölenin doğuracağı çocuk, muayyen mal olarak vasiyet edilebilirdi. Yine, miras bırakanın, başkalarından olan alacakları ile intifa hakkı da muayyen mal vasiyetinin konusunu oluşturabilirdi. Nadi Günel, "Roma Miras Hukukuna Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras", *AÜHFD*, C. 44, S.1, 1995, s. 437-438; s. 441.

⁶⁸ Roma Hukuku'nda, *legatum*, *fideicommissum* ve *praelegatum* olmak üzere üç çeşit muayyen mal vasiyeti olduğu hakkında bkz. Erkan Küçükgüngör, "Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti", (Muayyen Mal Vasiyeti), *AÜHFD*, C. 45, S. 1, s. 514 vd.

⁶⁹ Koschaker/Ayiter, s. 404.

⁷⁰ Umur, *Miras Hukuku*, s. 174.

⁷¹ Umur, *Miras Hukuku*, s. 161; s. 174.

kimseler (*personae incertae*)⁷² ve vasiyetten sonra doğanlar (*postumi alieni*) sayılmıştır.⁷³

İlk İmparatorluk (*Principatus*) Dönemine gelindiğinde ise, “*fideicommissum*” denilen ve kısa sürede geniş bir uygulama alanı bulan yeni bir muayyen mal vasiyeti türü ortaya çıkmıştır. Ortaya çıkış sebebinin ise, şekle tabi olan *legatum*'larda yapılamayan bazı muayyen mal vasiyetlerinin, bu yolla yapılabilir hale getirilmesi ihtiyacı olduğu ifade edilir.⁷⁴

“*Fideicommissum*”⁷⁵ sözcüğü, güven (*fides*) ve teslim etmek (*committere*) sözcüklerinin bir araya gelmesi ile oluşmuştur. Dolayısıyla “güvenli ellere bırakmak, teslim etmek” anlamına gelmektedir. Iustinianus Hukuku'na gelindiğinde, her iki tür muayyen mal vasiyeti arasında fark kalmamış, vasiyetname içinde belirtilen tüm muayyen mal vasiyetlerine *legatum* denilirken; mükellefiyet yüklenene yazılan bir mektup olan *codicillum*'da belirtilen muayyen mal vasiyetlerine ise, *fideicommissum* denilmeye devam edilmiştir.⁷⁶

I. Inst. (2.23.1):

“*Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant*”

⁷² Belirli olmayan kimseler (*personae incertae*), vasiyetçinin lehdar olarak, kimlik tayin etmeden, örneğin “cenazeme ilk katılanlar” şeklinde belirlediği kişilerdir. Klasik Hukuk'ta bu türden tasarruflar geçerli sayılmamış, Iustinianus Dönemi'nde ise, istisnaen kabul edilmiştir. Umur, Lügat, s. 156. İmparator Hadrianus, *fideicommissum*'un belirli olmayan kimseler (*personae incertae*) için yapılması durumunda geçerli olmayacağını düzenleyen *senatus consultum* bulunmakla birlikte; vasiyetçiler, vasiyetnamelerinde devir yasağına ilişkin talimatlarını, belirli özelliklere atıf yaparak gerçekleştirirlerdi. Bu durumda, vasiyetnamenin geçerli olması halinde, aynı sonucu elde ederlerdi. Ancak Severus ve Caracalla, bir *fideicommissum* ile birleştirilmedikçe, böyle bir talimatın geçersiz sayılmasını öngörmüşlerdi. Bu nedenle, devir yasağı *fideicommissum* ile aynı kullara tabi oldu ve *personae incertae* için yapıldığı durumda geçersiz kabul edildi. David Johnston, “Prohibitions and Perpetuities: Family Settlements in Roman Law”, (Family Settlements), *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Zeitschriftenband (1985), s. 222.

⁷³ Küçükgüngör, Vasiyet, s. 235.

⁷⁴ Günal, s. 440.

⁷⁵ *Fideicommissum* için bkz. dn.30.

⁷⁶ Koschaker/Ayiter, s. 411-412; Umur, Miras Hukuku, s. 174.

eorum qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. quod, quia iustum videbatur et popolare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant."

"İlk zamanlarda bütün *fideicommissum*'lar müeyyidesizdi, çünkü, yapılması rica edilmiş olan şeyi ifaya, kimse icbar edilemezdi: filhakika, terekenin veya belli malların bırakılamayacağı kimselere bir vasiyette bulunulmak istenildiği zaman, vasiyetname ile iktisaba ehil olanların *fides* (sadakat, emniyet, iyi niyet)'ine müracaat edilirdi: bu sebepten bunlara, *fideicommissum* (*fides*'e havale edilmiş) denirdi, zira bir hukuki mecburiyete değil, rica edilenlerin iyi niyetlerine dayanırlardı. Bilahare, evvela ilahi Augustus, gerek ricaların imparatorun sağlığı namına yapılması, gerekse bazı kimselerin açık ahlaksızlıkları yüzünden, consul'lere bu hususta salahiyetlerini kullanmayı emretti. Tedbir yerinde görülerek şöret kazandığından, yavaş yavaş bu müdahale, devamlı bir hukuki tedbir haline geldi: *fideicommissum*'lara gösterilen rağbet o dereceyi buldu ki, zamanla *fideicommissum*'lar hakkında karar veren ve *fideicommissarius* ismini alan, hususi bir *praetor* da ihdas edildi."⁷⁷

Fideicommissum'lar;⁷⁸ esasında, mirasçı veya lehine mal vasiyet

⁷⁷ Ziya Umur, Iustinianus Institutiones, (Institutiones), İstanbul 1968, s. 177; s. 179.

⁷⁸ İlk zamanlarda *fideicommissum*, *legatum*'dan tamamen ayrıldı. Murisin vasiyetname yapabilme ehliyetine (*testamenti factio activa*) gerek vardı, ancak, yükümlülük altında olanların çevresi, *legatum*'dakinden çok daha genişti. Yalnız konulan yükümlülük, yükümlülük altındakine miras yolu ile bırakılan miktarı aşamazdı. Aksi takdirde, *fideicommissum*, aşan kısım hakkında hükümsüzdü. Aynı şekilde yararlananların (*fideicommissarius*) sayısı da fazladır. *Fideicommissum* ile vatandaş olmayanlara da miras yolu ile bir şey bırakılabildi. Ancak İmparator Hadrianus bunu yasaklamıştır. Önemli olan nokta, *Fideicommissum*'un yalnız mirasçı nasbında ve *legatum*'da geçerli olan ehliyetsizliğe tabi olmaması idi. Bu yön, İmparator Augustus zamanında gelişmesinin esas sebebi idi. İmparator Augustus'un, evliler ve çocukları korumak için çıkardığı evlilik kanunlarına karşı hile yapılıyordu. *Senatus Consultum Pegasianum* ile bu evlilik kanunları *fideicommissum*'lar için de geçerli kılınmıştır. Vasiyetnamenin ve *legatum*'un şekli şartları, *fideicommissum*'lar hakkında geçerli değildi. *Fideicommissum* aslında hiçbir şekil şartına tabi olmayıp, yazılı veya sözlü yapılabiliyordu. Mutlaka latince olmasına da gerek yoktu. Yükümlülük altına sokulan kimseden, bir rica olduğu için, kullanılması gereken sözler (*verba precativa*), özellikle *rogare* ve

edilmiş kimse statüsünde, bu terekeden faydalanmış bir kimseye, vasiyetçinin, üçüncü bir şahsa vermesi veya lehine bir şey yapması hususunda ileri sürdüğü bir ricadan ibaretti. Bu rica, mameleke girebilen herhangi bir eşya (*res in patrimonium*) ile ilgili olabilirdi. Augustus Dönemi'nde yasal formasyonuna kavuşana kadar, yaptırımı olmadığı için, vasiyetçi bu ricasını o şahsın iyiniyetine ve şerefine güvenerek, yalnızca yararlanan kişinin vicdanına yöneltirdi.⁷⁹

Fideicommissum'ların zaman içerisinde daha yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanması ile birlikte, gerekli dürüstlük kaidelerine riayet edilmediğini gören Augustus, bu çeşit vasiyetlerin yerine getirilmelerini temin etmek için, sistem dışı yargılama⁸⁰ (*Cognitio extra ordinem*) usulüne tabi bir *fideicommissum* davası (*Persecutio fideicommissaria*) tanımıştır. Zira, yukarıda ifade edildiği üzere, muayyen mal vasiyeti yapmak için *legatum* hukuki vasitasının şekil şartlarını sağlayamama veyahut muayyen mal vasiyeti bırakılmayacak kimselere kazandırmada bulunma istekleri dolayısıyla, esasen, hukukun bu kesin sınırlamalarından kaçınmak için ortaya çıkmış bir yol olan *fideicommissum* ile, hukukun dolanılması söz konusu olmaya başlamıştır.⁸¹

Mirasçının elde ettiği miktarı aşmamak şartıyla, *fideicommissum*'un miktarını belirlemede özgür olan vasiyetçi, *legatum*'un şekilciliğinin tersine, sözlü ve yazılı hiçbir şekle tabi değildi.⁸² Daha önce belirtildiği üzere, mükellefiyet yüklenene yazılan şekilsiz bir yazı, mektup olan *codicillum*'lar *fideicommissum* içerebilmekte ve böyle şekilsiz bir beyan, herhangi bir vasiyetname ile doğrulanmasa bile, varlığı yeterli sayılmaktaydı.⁸³

petere'yi içeren şekilde "rica etmek" anlamına gelmeli idi. Genellikle kullanılan şekil, yükümlülük altına konulana yazılı bir mektuptur (*codicillum*). Koschaker/Ayiter, s. 409-410.

⁷⁹ Oğuzoğlu, Roma Hukuku, s. 317.

⁸⁰ Son İmparatorluk Dönemi'nde, hakların himayesinde uygulanan muhakeme usulüdür. Böylece daha önce, magistra önünde ve hususi hâkim önünde olmak üzere, iki aşama halinde görülen yargılama; sistem dışı yargılama ile tek safhada, bir devlet memuru olan aynı magistra önünde görülerek karara bağlanmakta idi. Umur, Lügat, s. 38.

⁸¹ David Johnston, "Trust and Trust-like Devices", (Trust-like Devices), *Itinerae Fiduciaie, Trust end Treuhand in Historical Perspective*, (Ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann), Dunker&Humbolt, Berlin 1998, s. 46.

⁸² Berk Hasan Özdem, "Roma İmparatorluğu'ndan Günümüze Fideicommissum Familia", *TBB Dergisi*, S.135, 2018, s. 322.

⁸³ Di Marzo, s. 534.

Kendisine bir dava hakkı tanınarak himaye edilmeye başlaması ile birlikte, *fideicommissum*'lar da, akit benzerleri arasına girmiş ve bir borç kaynağı haline gelmişlerdi.⁸⁴ Augustus'un konu ile ilgili düzenlemele-ri, Roma Özel Hukuku'nda köklü bir değişime yol açmıştır. Hatta, aile vakfının⁸⁵ tarihinin, tam olarak İmparator Augustus ile başladığı dahi söylenmektedir. Çünkü *ius civile* tarafından dava hakkı tanınmayan bir iyi niyet müessesesi olarak görülen *fideicommissum*, artık bu aşamada dava edilebilir hale gelmiş ve böylelikle uygulanması bir kişinin ahlaki düzeyine bağlı olmaktan çıkarılmıştır.⁸⁶

Tüzel kişilik kazandırılmış ve belirli bir amaca tahsis edilmiş mal- lar, Klasik Roma Hukuku'nda bilinmemesine rağmen, bu amacı sağ- lamak üzere kullandıkları farklı hukuki vasıtalar olduğundan bahse- dilmişti.⁸⁷ *Fideicommissum*'un vakfın kökenlerinden biri olduğuna dair görüşler bulunmakla birlikte, günümüzde ağırlık kazanan görüşün, *fideicommissum*'un, Batı'da vakfın kökenlerinden sadece biri olduğu ifade edilmektedir.⁸⁸

"*Fideicommissum familiae relictum*" ise, bir kimsenin irade açıklama- sıyla mal varlığında bulunan bir malı veya terekesinin tamamını, kendisinin öngördüğü intikal sırasına göre ve üzerinde tasarrufta bu- lunulmasını yasaklayacak şekilde aileye özgülemesidir.⁸⁹ Aile malvar- lığının korunması amacını taşıyan bu işlemin sonunda, aile malvarlığı bir bütün halinde veya kısmen, *fideicommissum familiae* işlemini yapan kişinin iradesine bağlı olarak, nesilden nesile aktarılmış olurdu.⁹⁰ *Sub-*

⁸⁴ Honig, s. 420; Küçükgüngör, Vasiyet, s. 230; Koschaker/Ayiter, s. 409; Özdem, s. 322.

⁸⁵ İsviçre Hukuku, Anglo-Amerikan Trust Hukuku'nun sağladığı amaçların aynı- larını veya benzerlerini sağlayabilecek özel kurumlar tanımaktadır. Bunlar, aile vakfı ve anonim ortaklık (holding şirketi) gibi belli bazı ortaklıklardır. Erich Hu- ber, "Karşılaştırmalı Hukuk İsviçre Hukukunda Trust ve Treuhand", (çev. Eylem Apaydın), *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, 5.6, Temmuz 2012, s.3.

⁸⁶ David Johnston, *The Roman Law of Trusts*, (Roman Law), Clarendon Press, Ox- ford 1988, s. 40-41; Johnston, *Trust-like Devices*, s. 46.

⁸⁷ Bkz. *Institutiones Romano-Hispanae* (3.27.7).

⁸⁸ Koschaker/Ayiter, s. 100; Johnston, *Roman Law*, s. 1; Johnston, *Trust-like Devi- ces*, s. 45. İngiltere'deki trust'ın kökeninin, 19.yy.'a kadar, Roma Hukuku'ndaki *fideicommissum*'a dayandığını düşünölmekle ve günümüzde de bu görüşün ta- raftarları bulunmakla birlikte, eskisi kadar kesinlik taşımadığı ileri sürölmektedir. Karakoç, *Vakıf Müessesesinin Kökeni*, s. 439.

⁸⁹ Dural/Öğüz /Gümüş, s. 402.

⁹⁰ Küçükgüngör, Vasiyet, s. 250.

situtio fideicommissaria olarak da anılan bu tasarrufun yerine getirilmesi için, miras bırakan kendi vasiyetnamesinde o şahsı mirasçı olarak atar veya *fideicommissarius hereditatis* (fevkalade ikame/mirasçının ikamesi/artmirasçı atama) yapardı.⁹¹

Vasiyeti yapan aile babası (*paterfamilias*), henüz ergenlik çağına gelmemiş oğlu için, bir yedek mirasçı ikame edebilirdi. Bu tür bir işlem, oğlun mirasçı olamaması veya ergenliğe erişmeden ölme ihtimaline karşı yapılırdı. Bu şekilde aile babası, yapmış olduğu bu tasarrufla, bir taraftan kendisine mirasçı olamama, diğer taraftan ergenliğe ulaşmadan önce oğlunun ölme ihtimaline karşı, bir ikame mirasçıyı kendisi belirlemekteydi.⁹² Fakat kendisine mirasçı olduktan sonra ölen bir yabancıya, ikameli mirasçı atayamazdı. Diğer taraftan, vasiyeti yapan kimse, mirasın veya bir kısmının, bir yabancıya ait olmasını kararlaştırabilirdi; ancak bunu, şayet atanmış mirasçı varisi olduktan belirli bir süre sonra veya murisin ölümünde vefat edecek olursa yapabilirdi.⁹³

Vasiyetçi, mirasçının ölümünden sonra, terekenin tamamının başka kimselere intikalini *fideicommissum* ile vasiyet edebilirdi. Bu duruma ilişkin *fideicommissum*'a Gai.I. (2.277)'de rastlanmaktadır: *cum Titius heres meus mortuus erit, volo hereditatem meam ad Publium Maevium pertinere*. (Mirasçım Titius öldükten sonra mirasımın Publium Maevium'a intikal etmesini istiyorum).⁹⁴

Vasiyetçinin bu iradesini yerine getirmek için mirasçı, bizzat yaptığı vasiyetnamede ya o kimseyi kendisine mirasçı gösterir veya mirasçısına terekeyi o kimseye terketmesini bir *fideicommissum* ile bildirirdi. Bunlar yapılmadığı takdirde, muayyen mal vasiyetinin mükellefiyeti yüklenmiş olan mirasçının (*oneratus*) mirasçıları, *fideicommissum*'un emrini yerine getirmek mecburiyetinde idiler. Bu şekilde ortaya gerçek anlamda bir " mirasçının ikamesi/ fevkalade ikame/ artmirasçı atama" (*Substitutio fideicommissaria*) çıkmaktadır.⁹⁵

⁹¹ Umur, Lügat, s. 73.

⁹² Honig, s. 381; Fritz Schulz, Classical Roman Law, Oxford University Press, 1951, s.262 vd. Bu ikame türüne ilişkin bilgiler için bkz. Gai.I. (2.179) ve I. Ins. (2.16.pr.).

⁹³ Di Marzo, s.533.

⁹⁴ Özdem, s. 323.

⁹⁵ Umur, Miras Hukuku, s. 178.

İşte *fideicommissum familiae relictum*, fevkalade ikamenin özel bir hali olarak anılmakta ve bir malın arka arkaya, aynı aile efradına (ister vasiyet edenin ailesi olsun, ister başka birinin ailesi) nakledilmesi olarak tanımlanırdı.⁹⁶

Daha sonra üzerinde durulacağı üzere, Iustinianus'un emirnamesi ile son halini alan, *fideicommissum*'un bu türüne göre vasiyetçi, muayyen bir kimseye terekeyi muhafaza etmesini ve kendi ölümünde de belli vasıfta bir kimseye (genellikle ailenin büyük evladına) vasiyet etmesini emrederdi. Bu müessese, Ortaçağ'da ve Feodal Hukuk'ta büyük bir önemi haiz olarak, geniş ölçüde uygulanmış, toplumsal ve ekonomik etkisi çok büyük olmuştur. Ortaçağ'da vasiyetçi, aile içinde nesiller boyunca sınırlandırılmayan, müteakip ikameler yapmak suretiyle, aile malvarlığının olduğu gibi muhafaza edilmesini sağlamıştır. Bu suretle bazı aileler, çok büyük malvarlıklarını ve servetlerini, satılmaları ve parçalanmaları imkanı söz konusu olmadığından, oldukları halleri ile koruyabilmişlerdir. Bu mameleklerin, alacaklılar karşısında da hususi imtiyazları bulunmakta idi. Bu nevi *fideicommissum*'larla, 15.-18. yy.'lar arasında, feodal teşkilatın bozulması sırasında mücadele edilmiş, birçok teşebbüsten sonra, ancak Fransız İhtilali ile tamamen ortadan kaldırılabilmişlerdir.⁹⁷

Klasik Hukuk'ta, bu çeşit bir *fideicommissum*, öncelikle murisin gösterdiği kimselere, bunlar yoksa, yalnız ölümü esnasında mevcut olan agnatik hısımlarına ve oğullarına ait olurdu.⁹⁸ *Fideicommissum familiae relictum*'a ait bilgilere, *Digesta*'da yer alan Modestinus'a ait bir metinden ve *Codex*'ten ulaşılmaktadır:

D. 31.32.6 (*Modestinus libro nono regularum*):

“In fideicommisso quod familiae relinquitur hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos qui ex nomine de-

⁹⁶ Joseph Declareuil, “Quelques notes sur certains types de fidéicommiss”, Extrait des Mélanges Gérardin, Paris 1907, s.135 vd.

⁹⁷ Umur, Miras Hukuku, s. 178. Orta çağ ve sonrasında *fideicommissum familiae relictum*'un uygulanışı ve Kara Avrupası Hukuklarında, aile fideikomisi yasağı haline gelişi hakkında bkz. Berk Hasan Özdem, “Roma İmparatorluğu'ndan Günümüze *Fideicommissum Familia*”, *TBB Dergisi*, S.135, 2018, s. 325 vd.

⁹⁸ Di Marzo, s.533.; Armando Torrent, *Fideicommissum Familiae Relictum*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo 1975, s.27.

functi fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit."

"Terekenin vasiyetçinin ailesine *fideicommissum* ile bırakılması durumunda, vasiyette açıkça belirtilen kimselerin veya bunların tümü ölmüşse, vasiyetçinin ölümü anında, onun ismini taşıyanlar ve onların birinci dereceden alt soylarının, eğer vasiyetçi vasiyetinde özellikle diğerlerini belirtmemişse, bunu talep edebilecekleri kabul edilir."⁹⁹

Bu tür *fideicommissum*'un hükmü, Iustinianus Hukuku'nda genişletilmiştir:

C. 6.38.5.1(Imperator Justinianus):

"Et si quis per suum elogium fideicommissum familiae suae reliquerit, nulla speciali adiectione super quibusdam certis personis facta, non solum propinquos, sed etiam his deficientibus generum et nurum. Et hos enim nobis humanum esse videtur ad fideicommissum vocari, ita videlicet, si matrimonium morte filii vel filiae fuerit dissolutum. Nullo etenim modo possint gener vel nurus filiis viventibus ad tale fideicommissum vocari, cum hi procul dubio eos antecendant: et hoc videlicet gradatim fieri, ut post eos liberti veniant."

"Eğer bir vasiyetçi ailesine, kimi yetkili kıldığını belirtmeksizin bir *fideicommissum* bırakırsa, bunun sadece yakın hısımlar için değil, bunların hiçbirinin olmaması durumunda, vasiyetçinin damat ve gelini için de, geçerli olduğu anlaşılmalıdır. Zira bunların *fideicommissum*'a çağrılmaları, evliliğin oğul veya kızın ölmesi sebebi ile sona ermesi durumunda bile, bize adil gözükmektedir. Ancak damat veya gelin, ço-

⁹⁹ Küçükgüngör, Vasiyet, s. 250-251. Bu metnin interpolatio'ya uğramış olduğu ifade edilmektedir. Otto Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten: Kritische Studien, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin 1887, s.207. Bu metinde, ölümü sırasında vasiyetçinin adına sahip olanlar, onun primo gradu procreati'dir. Açıkçası bunlar mevcut yaşayarak değildir; aksi halde her hâlükârda, ikinci kategoriye dâhil edilirler (ölümü sırasında vasiyetçinin ismiyle). O zaman Klasik Hukuk bakımından, sırasında bir gelişme var gibi görünüyor: Daha önce personae incertae olarak kabul edilecek kişiler, Modestinus zamanında davacı olarak kabul edilebilirlerdi. Bununla birlikte, personae incertae kavramında, *fideicommissum* familiae alanında bir gelişme görülebilir. Kaynaklarda atıfta bulunulan metinlerde, mülkiyetin devrinin daimi olarak yasaklanmasına ilişkin bir yapı oluşturma girişiminde bulunup bulunmadıklarının, başarılı olup olmadıklarına ve eğer öyleyse ne kadar süreyle olduğuna dair bir gösterge yoktur. Johnston, Family Settlements, s. 246.

cuklarının hayatta olması durumunda hiçbir şekilde *fideicommissum*'dan yararlanamaz, zira şüphesiz sonraki öncesine tercih edilecektir. Bu tabi ki, hısumlık derecesine göre gerçekleşir ve azatlılar en sonda yer alırlar.”¹⁰⁰

M.S 2. yy.'da Roma'da uygulanmakta olan, yukarıda açıklanan fevkalade ikameyi takiben Iustinianus'un *Novellae* (Nov.159, c.2) ile son şeklini verdiği “*Fideicommissum familia relictum*” adlı kurum doğmuştur.¹⁰¹ Bu emirname hükmüne göre vasiyetçi, vasiyetini bıraktığı kişiye terekeyi muhafaza etmesini ve ölümü durumunda belli bir kişiye değil, belirli vasa sahip bir kimseye (genellikle ailenin büyük evladına) vasiyet etmesini emrederdi. Iustinianus Dönemi'nde bu işlemin etkisinin, dördüncü kuşak ile sınırlandırıldığı görülmektedir.¹⁰²

Fideicommissum familiae relictum'da, toplumda ihtiyaç sahibi kişileri düşünerek ebediyete kadar sürecek bir hayır maksadına tahsis edilmiş mala yönelik ifade, kayıt veya anlayış yoktur.¹⁰³ Müesseses kural ve kaynak bakımından hayri maksatlı bağışlamalar için bir hukuki çözüm olarak ortaya çıkmamış ise de, gerektiğinde “benzer amaçlar” için *fideicommissum*'un kullanıldığı, yukarıda, vakıf bahsinde izah edilmiştir.

Fideicommissum familiae relictum'dan hareketle, genel olarak Roma Hukuku'nda, bu şekilde bir intikal çizgisi çizilerek ve malların devredilmezliği kesinleştirilerek, mirasçılarının malların özgür tasarrufundan yoksun bırakıldığı düzenlemeler olup olmadığı noktasında, kısa bir değerlendirme yapabilmek için, Scaevola'nın ilgili *digesta* metnine bakmak yararlı olabilir.

D. 32.38.pr. (*Scaevola libro 19 digestorum*):

“*Pater filium heredem praedia alienare seu pignori ponere prohibuerat, sed conservari liberis ex iustis nuptiis et ceteris cognatis fideicommisserat: filius praedia, quae pater obligata reliquerat, dimisso hereditario creditore nummis novi creditoris, a priore in sequentem creditorem pignoris hypothecae nomine transtulit: quaesitum est, an pignus recte contractum esset. Respon-*

¹⁰⁰ Küçükgüngör, Vasiyet, s. 251.

¹⁰¹ Umur, Miras Hukuku, s. 182.

¹⁰² Di Marzo, s.533.; Umur, Miras Hukuku, s. 178.

¹⁰³ Karakoç, Vakıf Müessesesinin Kökeni, s. 444.

dit secundum ea quae proponerentur recte contractum. Idem quaesit, cum filius praedia hereditaria, ut dimitteret hereditarios creditores, distraxisset, an emptores, qui fideicommissum ignoraverunt, bene emerint. Respondi secundum ea quae proponerentur recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset."

"Bir baba, aynı zamanda varisi olan oğlunu mirasına dahil arzileri devretmesini veya rehin vermesini yasakladı; ancak yasal evlilik ile sahip olabileceği çocuklarının ve diğer akrabalarının yararına tutmakla yükümlendirdi (*fideicommissum*). Terekenin bir alacaklısına ödeme yapan oğlu, babasının yükümlendirdiği belirli arazileri, ödemeye para elde etmek için, söz konusu arazileri rehin veya ipotek yoluyla ikinci bir alacaklıya aktardı. Soru, rehinin hukuken geçerli olup olmadığına ilişkindir. Cevap, belirtilen gerçeklere göre, yasal olarak sözleşme olduğudur. Oğlunun alacaklılarını tatmin etmek için, terekenin bir parçasını oluşturan araziye satması gerekip gerekmediği, bir *fideicommissum*'un varlığından habersiz olan alıcıların, araziye yasal olarak satın alıp alamayacakları sorusu da gündeme geldi. Belirtilen gerçeklere göre, borcun ödenebileceği terekeye ait başka bir mülk yoksa, satışın geçerli olacağı şeklinde yanıtlandı."

Scaevola'nın bu cevabı (*responsa*) ve *digesta*'sı gibi, İmparator Caracalla öncesindeki metinlerde, tek bir homojen *fideicommissum familiae* değil, farklı etkileri ve amaçları olan çeşitli yasaklar ve mülkiyetin devrini engelleyen düzenlemeler bulunmaktadır. Birincisi, bir *fideicommissum* eşliğinde ve neredeyse her zaman, ilgili ailenin yararına, devir konusunda temel bir yasak vardır. Bu yasak dar şekilde yorumlanır ve Scaevola'ya göre, bu bir *fideicommissum* oluşturmadığı gibi, ilgili yasak, sadece yaşayanlar arasındakilerin (*inter vivos*) tasarruflarına ilişkin bir etkiye sahip idi. Sonuç olarak, asla bir süreklilik sağlayamazdı. İlk nesil için iyi korunmuş olsa da, sonrakilere için süreklilik sağlamaya dair bir öngörülerini olduğu söylenemezdi.¹⁰⁴

İkincisi, aynı soyadını (*nomen*) taşıyanlardan mülkiyeti devralma yasağı vardı. Burada belirgin bir karşıtlık olduğu ifade edilir: bu klotlar hemen hemen her zaman, *liberti* lehindeki tasarruflarda bulunurlar ve *fideicommissa* (trust¹⁰⁵ içinde miras bırakılmış) olarak ifade edilirlerdi

¹⁰⁴ Johnston, Family Settlements, s. 268.

¹⁰⁵ Trust doktrinde, temel özelliği, bir mal veya mal topluluğunun bir kişi (malik)

ve bunlar vasiyetnameyi kısıtlardı. Scaevola'ya kadar, yararlanıcıların, ilgili mülkü, *nomen* sahibi haleflere hukuken aktarabildiği görülmektedir. Üçüncüsü ise, mülkiyetin iktisabını sonsuza kadar engelleyen düzenlemelerdir. Diğer iki türe göre, bunlar daha nadir görülmekteydi ve çoğunlukla ilgili aile lehine olurdu.¹⁰⁶

Aile evlatları ve azatlılar lehine yapılan bağışlamalardan genellikle, *fideicommissa familiae relictam* olarak bahsedilmekteydi. Her iki türün de, *fideicommissum* olduğu ve her iki yararlanıcının da *familia* üyesi olduğu doğru olsa da, terim önemli ayrımları gizlemektedir. Genel olarak, Roma Hukuku'nda, özgür bir kimse lehine yapılan tasarruf ile azatlı lehine yapılan tasarruf aynı görülmemekteydi. Kaynaklar

tarafından diğerine taahhüt veya emanet edilmesi olan bir hukuki işlem şeklinde anlaşılmaktadır. Kendisine taahhüt edilen kişi bu mülkü, kendisinden başka bir kişi/kişilere iletmek; bir başkası için elinde tutmak veya yararlanıcılar lehine bazı görevleri ifa etmek yükümlülüğü altına girmektedir. Fakat kendisi bundan yararlanamamaktadır. Hukuk sözlüğüne göre, trust "bir mülkün, aynı veya şahsi olarak, bir kişi yararına olacak şekilde bir başka kişinin elinde tutulması" demektir. Bu tanım aynı anda biri hukuki, diğeri hakkaniyetten kaynaklı iki menfaati birlikte içermektedir. Müteveli (trustee), hukuki kimliği veya menfaati taşıyan taraftır; cestui que trust/yararlanıcı (beneficiary) ise, hakkaniyet menfaatinin taşıyan taraftır. Eğitim, din, burs veya hayri maksatla yapılan trust'lara charitable/public trust denir. Bunun yanı sıra doğrudan doğruya veya açık (express/direct) trust'lar, sağlararası (inter vivos), örtülü trust'lar, sabit yatırım ortaklığı (fixed investment trust), nesil atlama transfer trust'ı (generation-skipping transfer) gibi trust türleri de vardır. Karakoç, Vakıf Müessesesinin Kökeni, s. 451, dn. 107. İngilizce bir kelime olan "trust", genellikle tercüme edilmeden orijinal dilindeki anlamından çok farklı anlamda kullanılır. Örneğin, İsviçre'de "trust" kelimesi yaklaşık olarak şu anlama gelmektedir: "Kendi bireysel öz ekonomik varlıklarından vazgeçmiş bağlı şirketleri olan ve bunların hakim şirketle birleşerek merkez yönetiminin pazar üzerinde tekeli kontrolü olan bir birlik oluşturduğu tekelleştirilmiş iştir." Huber, s. 1. Türkçe'ye vakıf veya kayyumluk diye de çevrilebilen "trust" terimi; Türk Hukuku'nda vakıfların sadece hayır işleri için kurulabildiği dikkate alındığında, Anglo-Amerikan Hukuku'nda hayır işleri amaçlarının yanı sıra, çoğunlukla, özel amaçlı bir tür servet yönetimi statüsü olarak görülmektedir. Daha ötesi, İngilizcede "foundation" ve "endöment" kelimeleri de, Türkçe'ye vakıf olarak çevrilebilmektedir. Türk Hukuku'nda yer alan kayyumluk müessesesi ise, zorunlu sınırlılıkları haizdir. Tüm bu kavramlarla karıştırılmaması amacıyla ve Türk Hukuku'nda birebir uygulama karşılığı bulunmaması nedeniyle, "trust" terimi servet yönetimi olarak çevirebildiği gibi, yine, "trust" terimi yerine mutemetlik, settlor yerine kurucu, trustee yerine mutemet, beneficiary yerine lehdar, protector yerine hamî, foundation yerine vakıf, founder yerine vakfeden gibi, Türkçe görelî uygun karşılıklar kullanabilmektedir. Türkben Pedük, "Servet Yönetimi Hizmetleri (Trust/Fiduciary Services)", Maliye Finans Yazıları, S.83, Nisan 2009, s. 131, dn.3. Bu nedenle ilgili terim, bu çalışmada, görece uygun karşılıklarla eşleştirilmek yerine, aynen muhafaza edilmiştir.

¹⁰⁶ Johnston, Family Settlements, s. 268-269.

incelendiğinde, amaçlanan faydalanıcılara göre, tamamen farklı trust biçimlerinin büyük bir tutarlılıkla kullanıldığı görülmektedir. Bu farklılıklar, hukuki yorumlanmalarında gözlemlenirdi ve bu trust'ların birbirlerinden ayrı işlevlerini yansıtırды.¹⁰⁷

Sonuç olarak; Roma Hukuku'nda malvarlığının devrini yasaklayan düzenlemelere bakıldığında¹⁰⁸, İmparator Hadrianus'tan başlayarak, Severus ve Caracalla'nın emirnamelerine kadar, sürecin yasal boşluklar içerisinde geliştiği ifade edilmektedir. Scaevola, mülkiyetin devrine ilişkin aynı etkili yasaklamalardan bahseder, ancak bunlar sadece birinci kuşağa kadar etkilidir. *Missio in rem*¹⁰⁹ ile korunan, *fideicommissum*'ların olduğu, ancak bunların sadece alıcının bilgisini kanıtlar nitelikte olduğu ifade edilir. Scaevola'ya göre, *fideicommissum*'lar ile malvarlığının devrine ilişkin sınırsız bir yasak koymak mümkün olmamalı idi. Hatta, belirli sınırlar dahilinde, aynı taleplerin dahi ileri sürülebileceğini önermekteydi. Özellikle belirli bir malın veraset yolu ile kuşaktan kuşağa devrinin amaçlandığı durumlarda, bu devir yasağına ilişkin düzenleme karşısında, aynı hak iddiasının mevcudiyeti önemli olurdu. Severus ve Caracalla'nın emirnameleri de, bu tip düzenlemeleri sınırlandırma amacı taşımakla birlikte, *fideicommissum*'larla birlikte olmadıkça, mülkiyetin devrini yasaklayan düzenlemelerin yapılmasını açıkça ve hukuken yasaklayan bir kural bulunmamaktaydı.¹¹⁰

III. Türk Hukukunda "Aile Fideikomisi" Yasağı

TMK¹¹¹ md. 372'de, "(1) Aile bireylerinin eğitim ve öğrenimleri, donanım ve desteklenmeleri ve bunlara benzer amaçların gerektirdiği harcamala-

¹⁰⁷ Johnston, Family Settlements, s. 271.

¹⁰⁸ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Giuseppe Grosso, I Legati Nel Diritto Romano, Giappichelli, Torino 1962; Giambattista Impallomeni, L'efficacia del fedecommesso pecuniario nei confronti dei terzi: la in rem missio, Giuffrè, Milano 1967; William Lewis, Das Recht des Familienfideicommisses, Berlin 1868.

¹⁰⁹ Burada missio in rem olarak ifade edilen, muayyen mal vasiyetlisinin kabulü takip eden talebinden itibaren, altı ay zarfında kendisine vasiyet edilmiş olan mal, mirasçı tarafından henüz verilmemişse, bizzat mirasçının mallarının zilyetliğine el koymasına imkân tanıyan Antonius Caracalla'nın kararıdır. Ayrıca şart veya vadeye bağlı olarak, kendilerine muayyen mal vasiyet edilmiş kimselere, kendilerine yeterli derecede teminat veremeyen mirasçının mallarının elde bulundurmasını (detentio) veren bir missio'da (Missio In Possessionem Legatorum Servandorum Causa) bulunmaktaydı. Umur, Lügat, s. 136-137.

¹¹⁰ Johnston, Family Settlements, s. 289.

¹¹¹ 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, (RG T.08.12.2001, S.24607).

rın yapılması için kişiler hukuku ve miras hukuku hükümleri uyarınca aile vakfı kurulabilir. (2) Bir malın veya hakkın başkalarına geçmemek üzere aynı soydan gelenlere kuşaktan kuşağa kalacak şekilde özgülenmesi yasaktır. Böyle bir özgülenme, vakıf kurma yoluyla da yapılamaz.” denilmek sureti ile, aile vakfı yoluyla Miras Hukuku’nun intikal kurallarını bertaraf edecek şekilde, aynı soydan gelenlere özgülenmesi şeklinde aile fideikomisi kurulması yasaklanmıştır.

Aile fideikomisi kavramı, “09.11.2006 Tarihli ve 5555 Sayılı Vakıflar Kanunu ve Anayasa’nın 89. ve 104. Maddeleri Gereğince, Cumhurbaşkanınca Bir Daha Görüşülmek Üzere Geri Gönderme Tezkeresi ve Adalet Komisyonu Raporu (1/24)”¹¹² unda, şu şekilde geçmektedir: “...Cumhuriyeti kuran iradenin, eski vakıflar ile yeni vakıfların kesin surette birbirinden ayrılmasına önem vermesi, en az diğer İnkılap kanunları kadar temel bir konudur ve esasen onlarla bir bütünlük taşımaktadır. Çünkü: Bir yandan, çağdaş bir hukuk sisteminde, yurttaşlar arasında din esasına dayalı ayırım yapılması mümkün değildir. Nitekim Türk Medeni Kanununa göre, bütün yurttaşlar, herhangi bir ayırım yapılmaksızın tesis (vakıf) kurma hakkına sahiptirler. Diğer yandan; cemaat temeline dayalı olmasa da, zaten olağan vakıfların da; sahih-gayrisahih, hayri-zürri, mazbut-mülhak gibi çok değişken hukuksal statüleri içerisinde, sosyal ve idari düzenin bütününe yayılmış ve onu kuşatmış bünyeleri dikkate alındığında, bunların aynen devam ettirilmesi halinde modern bir hukuksal ve idari sistem kurulmasının imkânsız kılınacağı açıktı. Çünkü, bir yandan birçok kamu kaynağı, birçok kamu hizmetine belli bir bütünsel sistem anlayışı içerisinde olmaksızın tahsis edilmekle görünürde vakıflar (gerçekte kamu hizmeti birimleri olan gayrisahih vakıflar) kurulmuş; öte yandan, tekke ve zaviyeler etrafında oluşan tamamen şer’i vakıflar, yine bu tür vakıfların ayrıcalıklı kesimini oluşturan ve tarikat şeyhlerine tahsis edilmiş eizze vakıfları denilen “müstesna vakıflar”; **çağdaş hukuk sisteminin kabul etmediği “aile fideikomisi”**¹¹³ benzeri zürri vakıflar oluştu-

¹¹² TBMM 23.Dönem, 2.Yasama Yılı, Sıra Sayısı:98, <https://www.tbmm.gov.tr/sira-sayi/donem23/yil01/ss98.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.12.2019).

¹¹³ Aile fideikomisi kavramının geçtiği bir başka hukuki metin ise, AYM’nin 2008/22E. ve 2010/82K. sayılı kararıdır. Anılan karara konu olayda; Ana muhalefet partisi TBMM grubu, 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun, md.26/1fıkrasının iptali için, AYM’ye başvuruda bulunmuştur. İptali istenilen md.26/1’de, “Vakıflar; amacını gerçekleştirmeye yardımcı olmak ve vakfa gelir temin etmek amacıyla, Genel Müdürlüğe bilgi vermek şartıyla, iktisadi işletme ve şirket kurabilir, kurulmuş şirketlere ortak olabilirler” denilmektedir. Ana muhalefet partisinin maddenin iptaline yönelik gerekçesinde ise, aile fideikomi-

rulmuştur. Özetle; bütün bu eski vakıfların ortak yönü; bünyelerinin Şeriat Kurallarına göre oluşturulmuş bulunmasıdır. Bu vakıfların yeni oluşturulan Medeni Hukuk kapsamında varlıklarının ve devamlarının sağlanması ise, kurulmak istenen çağdaş Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kurulamaması anlamına gelecekti...".

Bu raporda, "zürri vakıf" ile kastedilen, vakfedenin zürriyetinden olanların bu vakıftan faydalanmalarını kabul eden vakıflardır. Zürri vakıflarda amaç, vakfedenin aile fertlerinin bu vakıftan yararlanmalarını sağlamak olduğu için bunlara "zürri vakıflar" denilmiştir. Zürri vakfı, "aile ve soydan gelenler için vakıf" olarak da ifade etmek mümkündür. Bu kişilerin yararlanmasından sonra, vakıf bir yardım amacına yönelse dahi, zürri vakıf olma durumunda bir değişiklik meydana gelmezdi. Örneğin, vakfeden kişi önce kendisine, sonra çocuklarına daha sonra da bir hayır amacına yönelik vakıf kurabilirdi. Vakfeden genellikle zengin olmakla birlikte, fakir ve yardıma muhtaç çok sayıda akrabası varsa, bu şekilde "zürri" ya da "evladiye vakfı" olarak adlandırılan bir vakıf kurmayı tercih etmekteydi.¹¹⁴

si kavramına yer verilmektedir: "Görüldüğü üzere ilk fıkra "vakıflar" diyerek başlamaktadır. Bu düzenleme şekli, iki bakımdan uygun değildir. Birincisi, eski vakıfların istisnai niteliğinin ortadan kaldırılıp, onların olağan vakıflarla aynı hak ve yetkilere sahip kılınmaları, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin çağdaş ve laik hukuki yapısıyla bağdaşmaz. Bir defa, mülhak vakıflar, aile fertlerine nesilden nesile gelir dağıtılması amacına yönelik olarak kurulmuşlardır ki, batı hukukunda "aile fideikomisi" olarak adlandırılan, orta çağ kökenli bu sistem, miras hukuku anlayışla uyuşmayan yapısı sebebiyle çağdaş hukuk düzenlerince benimsenmemiş ve yasaklanmıştır. Aslında bu sistemin, bu vakıfların kurulduğu dönemdeki hukuk düzeni ile de bağdaşmadığı bilinmektedir. Hal böyle iken, tamamen istisnai nitelik taşıyan bu vakıflara ve bu vakıfların bir türü olan ve yine Yunanistan dışındaki batı dünyasında örneği bulunmayan cemaat vakıflarına sürekli gelişme, büyüme ve sanki hukuk düzenine uygun kurulumuş gibi her türlü hak ve fiil ehliyetine sahip olma olanağı verdiği için, en azından Cumhuriyetin laik niteliği ile bağdaşır değildir. Öte yandan, mal edinme, işletme, şirket kurma, ortaklık yapma yetkileriyle donatılmış vakıflar, ülkemizde en temel kamu hizmet alanlarına yayılacaklardır. Okullar ile hastaneler, yani eğitim ve sağlık alanı ilk hedefler olacaktır. Bu nedenle İptali istenen kural, yalnızca "laiklik" ilkesine değil, aynı zamanda "sosyal devlet" ilkesine de ters düşmektedir..." AYM, iptali istenen hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine karar vermiştir, (RG T.11.01.2011, S. 27812).

¹¹⁴ Şebnem Akipek/Hüseyin Altaş, "Vakıflarda Evladiye Davaları", *AÜHFD*, C.47, S.1, 1998, s.145-146. Zürri vakıflar, evlat ve torunlara tahsis edilmiş olan ve nihai amacı yine de fakirlere yardım olan vakıflardır. Böylece, bir kimsenin bir malını evlat ve torunlarına vakfetmesi, sahih bir vakfa vücut verirdi. Zürri vakıfların vakıfnamesinde, vakfeden yalnız "evladına" demiş ise, kendisinden sonraki birinci

Osmanlı Devleti Dönemi'nde ise, tartışmalı olmakla birlikte, bir ailenin üyelerine menfaat sağlayan, onların hak ve menfaatlerini gözetilen aile vakıflarının kurulması caiz görülmüştür. Yukarıda açıklandığı üzere, zürri vakıf denilen bu vakıflarda; vakıf senedinde belirtilen yardım koşullarının ifasından sonra, vakfın gelirinden (galle) fazlasının, vakıf senedinde belirtilen evlatlara ya da hısımlara verilmesi öngörülmüştür. Vakfeden, vakfın gelirinin fazlasından, sadece belirli bir kişi ya da kişilerin veya çocuklarının, alt ve/veya üst soyunun ya da diğer akrabalarının yararlanmasını mümkün kılabilirdi. MK sonrasında, Vakıflar Kanunu (05.06.1935 tarih ve 2762 sayılı) ile mazbut ya da mülhak vakıf kabul edilen zürri vakıfların malvarlığı üzerinde hak sahipliği bulunanların, bu hakları belirli koşullara bağlı olarak korunmuştur.¹¹⁵

Zürri vakıflar, ülkemizde halen mevcut olup, eski MK md.322/2 uyarınca, böyle vakıfların kurulması men edilmişti.¹¹⁶ MK, md. 322'nin başlığı "Aile Vakfı" idi. Oysa bu başlık, yukarıda izah edilmeye çalışılan zürri vakıflar anlamında değil, MK'da hükme bağlanmış olan tesis anlamındadır.¹¹⁷ Burada "tesis" ile kastedilen, daha önce bahsi geçen, MK'da, "vakıf" terimi yerine tercihen kullanılan ve artık amacının "kurbet kasti" kapsamına girmesi aranmayan, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemele-

göbeğin ölmesi ile vakıf fakirlere tahsis edilir. Vakfeden, "evladıma ve evladı evladıma vakfettim" demişse, o zaman soyu son bulana kadar bu vakıftan faydalanılır, sonra fakirlere tahsis olunurdu. Böyle vakıflarda, vakfın soyundan gelen bütün kişiler vakıftan faydalanırlardı. Yani, ikinci göbekten birisi varken dahi üçüncü göbekten olanlar da istifade ederlerdi. Vakfeden, bir nesil son bulmadan, daha sonraki neslin faydalanamayacağını söylemişse, bu kayda itibar olunurdu. Ahmet İşeri, "Vakıflar (Medeni Kanun'dan Önceki ve Sonraki Vakıf Nev'ileri ve Hukuki Mahiyetleri)", *AÜHFD*, C.21, S.1, 1964, s.207-208.

¹¹⁵ Ömer Çınar, "Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Galle (Gelir) Üzerinde Vakıf Evlatlarının ve Diğer İlgililerin Hak Sahipliği ve İntifa Hakkı Hayrından Fazla Olan Mülhak Vakıfların Aile Vakfına Dönüştürülmesi", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, *MÜHF-HAD Özel Sayısı*, C.22, S.3. 2016, s.831.

¹¹⁶ İşeri, s. 208. Zürri vakıfların vakıf senedinde, mirasçılardan zikredilmesinin, her zaman vakfın amacına aykırı olmayacağı, insanların kendi hısımlarına yaptığı sadakanın İslam dinine göre daha hayırlı ve sevap olduğu, ancak vakfedenin amacının, bazı mirasçıları mirastan mahrum etmek olduğu durumlarda ise, bu tür vakıfların caiz olmayacağı ileri sürülmüştür. Ahmed Akgündüz, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayinevi, İstanbul 1996, s. 271-273.

¹¹⁷ Coşkun Üçok, *Türk Hukuk Tarihi*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1957, s.101.

riyle oluşan, tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır. Nitekim, MK'nın aile vakfına ilişkin düzenlemesi, "Üçüncü Fesil / Aile Malları" başlığı altında yer almaktaydı.¹¹⁸

MK md.322 "(1) Aile efradının talim ve terbiyesine, teşhiz ve muavenetine ve bunlara mümasil gayelere muktazi masarifin tediyesi için; eşhas ve miras hukukuna dair olan hükümlere tevfikân, aile vakıfları tesis olunabilir. (2) Bir malın veya bir hakkın devir ve ferağ edilememek üzere bir aileye tahsisine ve aile efradı arasında tarzı intikaline dair her türlü tasarruf memnudur. Bu tarzda tasarruf tesisat ihdasi fikri ile dahi mezc olunamaz" hükmünü içermektedir.

Bu maddenin ikinci fıkrası, MK'nın, 468 ve 469. maddelerinde yalnız bir dereceli olarak kabul edilmiş bulunan "fevkalade ikame (art-mirasçı atama)"¹¹⁹ müessesesine istisnai bir hüküm teşkil etmekte ve bir malın devir ve ferağ edilmemek üzere bir aileye tahsisine ve aile arasında intikal tarzına ait tasarruflar anlamına gelen, çalışma konumuzu oluşturan, "*fideicommissum familiae*"yi men etmekteydi. Zira aile vakfı tesis edilince, vakfa tahsis edilen mallar, aile efradına değil, tüzel kişiliğine ait olmaktadır. Aile efradı, vakfa tahsis edilen mallardan, ancak vakıf senedinde gösterilmiş sınırlar dairesinde, intifa ve istifade ederler. Hatta, vakfa tahsis edilen mallar, vakfın menfaati icap ettirdiği takdirde satılarak, yerine başka mallar alınabilir. Halbuki bir malın ferağ edilememek üzere bir aileye tahsisine ve aile efradı arasında intikaline müsaade edilmiş olsa idi, bu mal tahsis edildiği ailenin veya

¹¹⁸ Medeni Kanun, geniş anlamda aileyi düzenlerken, ailenin ekonomik bakımdan güçlü bir birlik görünümünde olmasını sağlamak üzere, aileye özgü bir malvarlığı oluşturabilme imkânı yaratmıştır. Bu düzenlemenin amacının; aile içinde ekonomik yardımlaşma ve dayanışmanın sağlanması, aile mallarının parçalanmaktan korunması ve bunların ekonomik bakımdan verimli işlere özgülenmesinin sağlanması, kısacası, ailenin ekonomik bakımdan kuvvetlendirilip, sağlam temellere dayandırılması olduğu ifade edilmektedir. Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Beta Yayınevi, Ocak 2019, s. 459.

¹¹⁹ Fevkalade ikamede, lehine tasarruf yapılan şahıs, tasarruftan yararlanır; fakat öldüğü zaman veya iktisaptan belirli bir süre sonra mansup (atanmış) mirasçı veya muayyen mal vasiyeti lehdarı sıfatı ile iktisap etmiş olduğunu, namzede devretmeye mecburdur. Demek ki, ilk mansup mirasçı veya muayyen mal vasiyeti lehdarı, tasarruftan belirli bir süre yararlandıktan sonra, namzet denilen şahıs faydalanır. Tasarrufu yapan, aynı mükellefiyeti namzede tahmil edemez (yükleyemez). Yani mütevali (ardışık) fevkalade ikame caiz değildir. Şakir Berki, "Türk Medeni Kanununda Miras Hukukunun Esasları", (Miras Hukuku), AÜHF, C.31, S.1, 1974, s.321.

aile efradının hangisine intikal etmiş ise, onun mülkü olacak ve fakat maliki olarak bu malı devir ve ferağa yetkisi olmayacak, tasarruf yetkisi sınırlandırılmış olacaktır.¹²⁰

Esasen, burada dikkat edilmesi gereken nokta, yapılan tasarrufun, ilgili aile fideikomisi¹²¹ yasağı kapsamında, bazı mirasçıları mirastan mahrum etmek amacıyla yapılıp yapılmadığıdır. Aile vakfı kurma görünürdeki hukuki amacı altında, aile fideikomisi türünde tasarrufta bulunmak, mirasçıların mahfuz hisselerini ihlal edecek ve Miras Hukuku'na ilişkin kurallarının yok sayılması sonucunu doğuracaktır. Elbette, gerçek kişiler, yaşamları boyunca malvarlıkları üzerinde diledikleri gibi tasarrufta bulunabilirler. Ancak, ölüme bağlı bir tasarrufla, aile vakfı kurma görünen hukuki amacı altında, mirasçıların kanuni hakları ve Miras Hukuku'nun temelini oluşturan saklı paya ilişkin kurallar ihlal edilmemelidir. Aksi durumlarda, mirasçılar tarafından bu vakıf işlemi iptal ettirilebilir.¹²²

Yürürlükte olan TMK md.372'de, "Üçüncü Ayırım: Aile Malları" kısmında yer almakta ve yine "Aile Vakfı" başlığını taşımaktadır. Ancak yine burada aile vakfı ile kastedilen, MK öncesinde var olan "zürri vakıflar" değil, aile bireylerinin eğitim ve öğrenimleri, donanım ve desteklenmeleri ve bunlara benzer amaçların gerektirdiği harcamaların yapılması için, Kişiler Hukuku ve Miras Hukuku hükümleri uyarınca kurulabilecek, tüzel kişilik kazandırılan mal topluluklarıdır.¹²³ Aile vakfı,

¹²⁰ Samim Gönensay, Medeni Hukuk, C. II. Kısım II, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1940, s.141; Mustafa Reşit Belgesay, Türk Kanunu Medenisi Şerhi, II Aile Hukuku, Şaka Matbaası, İstanbul 1952, s. 313; Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, (Medeni Hukuk), Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963, s. 320-321.

¹²¹ Bir babanın sahibi olduğu çiftliği, daima ailenin en büyük oğluna kalacak şekilde ve üzerinde tasarruf edilemeyecek şekilde bir intikal düzenlemesi yapması, bir aile fideikomisi'nin kurulması demektir. Bu halde, aile vakfında olduğu gibi, bir tüzel kişilik kurulmamakta, bir şey özel bir malvarlığı haline getirilmektedir. Esasında bir Orta çağ kurumu olan ve İsviçre'de sayısız küçük derebeyliklerin doğmasına sebep olan aile fideikomisi demokratik sayılmadığı için yasaklanmıştır. Dural/Öğüz/Gümüş, s.402.

¹²² Akipek/Altaş, s.146.

¹²³ Kişi bunu yapacak yerde, bu harcamalar için ihtiyacı olan kişilere bağış ya da ölüme bağlı tasarruf yapabilir. Ancak ihtiyaç sahibi kişiler, bağışlanan bu amaçlara değil başka amaçlara harcayabilirler. Bu durumda bunların eğitim ve öğrenimleri, sağlık, evlilik, seyahat gibi donanım ve benzeri ihtiyaçları karşılanmamış olur. Aile vakfı kurulmak sureti ile, bu ihtiyaçların amaca erişinceye kadar düzenli olarak karşılanması sağlanmış olacaktır. Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 544.

kurum olarak, TMK md.101 ve sonrasında düzenlenmiş bulunan vakfın özel bir türüdür. Aile vakfı, diğer vakıflardan amaç ve yararlanacaklar bakımından ayrılır. Zira, genel vakıflar her türlü amaçla, hatta iktisadi amaçla bile kurulabilirken, aile vakıfları ancak TMK md. 372' de açıkça belirtilen amaçlar¹²⁴ için kurulabilir.¹²⁵ Kanun koyucu "...bunlara benzer amaçların" ifadesi ile; esasen, saymış olduğu amaçları bir yandan sınırlı sayı (*numerus clausus*) prensibine tabi tutmak istemezken, diğer taraftan, aile bireylerinin eğitim ve öğrenimleri, donanım ve desteklenmeleri olarak saydığı amaçlara uygun olan benzer amaçlarla değerlendirilmesini öngörmektedir. Dolayısı ile, herhangi bir şart aranmaksızın, aile üyelerine irat bağlanması ya da vakfın gelirinin bir kısmının, toplum çıkarlarına harcanması amacı taşıyan bir aile vakfı kurulması mümkün değildir.¹²⁶ Zira bu faraziye ile, aile vakfı hukuki vasıtası kullanılarak, MK öncesindeki zürri vakıfların kurulması söz konusu olacaktır.

Vakıftan yararlanacak kişiler, genel vakıflarda ilgili herkes olabilirken, aile vakıflarında ise, sadece o aileye mensup olanlar, yani aile bireyleri olabilirler.¹²⁷ Vakıf senedinde, vakıftan aile bireylerinden başka kimselerin de yararlanacakları öngörülmüş ise, bu vakıf artık bir aile vakfı olmaktan çıkar ve genel nitelikte bir vakıf niteliğini kazanır. Aile vakfı da diğer vakıflar gibi, resmi senet veya ölüme bağlı tasarrufla, örneğin vasiyet yolu ile kurulur.¹²⁸

TMK md. 372/2. fıkrasında yer alan aile fideikomisi yasağını¹²⁹

¹²⁴ Bu amaçlar; aile bireylerinin, eğitim ve öğretim yoluyla yetişmeleri, işe başlar-ken sermaye ve mesleki donanımlarının, evlenirken çeyizinin sağlanması, muhtaç olanların bakımı ile hastaların tedavisi için gerekli olan giderlerin karşılanması olabilir. Akıntürk/Ateş, s. 460.

¹²⁵ Akıntürk/Ateş, s.459.

¹²⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s.401.

¹²⁷ Akıntürk/Ateş, s. 459.

¹²⁸ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku C.II, Aile Hukuku, Nurgök Matbaası, İstanbul 1965, s.476; Akıntürk/Ateş, s.460.

¹²⁹ Aile fideikomisi, Avrupa'da Orta Çağ'da ortaya çıkmış olan bir kurum olup, başkasına devir ve ferağ edilemeyen, miras yolu ile yalnız belli bir aileye mensup bireyler arasında, evlattan evlada geçen mallar demektir. Sözü edilen malların evlattan evlada geçişi, önceden tayin edilen bir sıraya göre gerçekleşiyordu. Mesela bir zengin, sahibi bulunduğu malikaneyi, şatoyu, nesiller boyunca, büyük evlattan büyük evlada geçecek surette vasiyet edebilirdi. Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1971, s.614. Doktrin- de, aile fideikomisi'nin sadece, vakıftan yararlanacak kişilere dair bir sınırlama getirdiği ve böylece vakfın kurulması sırasında hak sahibi olabilecek kişilerin, belirlenen kişiler olabileceği, bu kişilerin de ölümü halinde, aynı vakıftan kuşaktan kuşağa geçecek şekilde yararlanılmasını sağladığı için, TMK md. 372/2'de yasaklandığı ileri sürülmüştür. Bu değerlendirme için bkz. Kılıçoğlu, s. 544.

takiben, “... Böyle bir özgülleme, vakıf kurma yoluyla da yapılamaz” şeklinde, kaynak İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda¹³⁰ yer almayan bir ifadeye yer verilmiştir. Bunun sebebi, aile fideikomisi’nin tüzel kişiliği olan bir vakıf değil, daha önce ifade edildiği üzere, özel bir malvarlığı olmasıdır. Maddede ifade edilmek istenen, aile fideikomisi oluşturacak tasarrufun, MK öncesinde yer alan zürri vakıflara benzer şekilde¹³¹, vakıf kurma amacı ile de yapılamayacağıdır. Dolayısı ile burada vakıf kurma amacı ile kastedilenin, zürri vakıflara benzer şekilde vakıf kurma şeklinde anlaşılmasına dair yorum; ifadenin, kaynak İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda yer almamasını açıkladığı gibi; ilgili hükme, MK’nın resepsiyonu sırasında, kanun koyucunun hangi saikle bu ifadeyi ekleme ihtiyacı hissettiğini de açıklamaktadır.

Yine aile fideikomisi ile benzerlik gösteren, MK md. 468 ve devamında düzenlenen fevkalade ikame¹³² (arttırma atama) hukuki

¹³⁰ Kaynak İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu (ZGB): Dritter Abschnitt: Das Familienvermögen. Familienstiftungen Art. 335: 1. Ein Vermögen kann mit einer Familie dadurch verbunden werden, dass zur Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken eine Familienstiftung nach den Regeln des Personenrechts oder des Erbrechts errichtet wird. 2. Die Errichtung von Familienfideikommissen ist nicht mehr gestattet. Türk Medeni Kanunu, [http:// www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-372](http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-372), (Erişim Tarihi: 15.12.2019).

Nitekim, ilgili madde başlığında “Familienstiftungen” aile vakfı terimi kullanılırken, 2. fıkrada, “Die Errichtung” ifadesi ile, aile fideikomisi kurulmasına izin verilmemiştir.

¹³¹ Bu kurum (aile fideikomisi), eski hukukumuzda mevcut olan “zürri vakıflar”ı, yani evlad-ı zürriyet vakıflarını karşılamaktadır. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, s.611.

¹³² Roma Miras Hukuku’nda, “Substitutio Fideicommissaria” olarak da anılan “Fideicommissum Familiae”, günümüz Miras Hukuku’ndaki “Fevkalade İkame” ile büyük benzerlikler göstermekte idi. Günal, s. 441. Fevkalade İkame, MK md. 468 ve devamı maddelerinde düzenlenmişti. Buna göre fevkalade ikame, öyle bir ölüme bağlı tasarruftur ki, onunla muris, mansup (atanmış) mirasçıya veya muayyen mal vasiyetlisine, mirası ya da vasiyet olunan muayyen bir malı (terekede bulunan belli bir malı) bir süre sonra, üçüncü bir kişiye nakletmek mükellefiyetini yükler. Bu düzenleme ile miras bırakan kişiye, iki farklı kişinin belli bir süre içinde ve birbirini izleyerek halef olmaları öngörülmüştür. Fevkalade İkame, Roma Hukuku’nda sadece, terekenin tamamına ilişkin olarak yapılırken, çağdaş Miras Hukuk’larında terекede bulunan herhangi bir mal için de söz konusu olabilmekteydi. Fevkalade ikameye ilişkin olarak, Roma Hukuku ile çağdaş Miras Hukuk’ları arasındaki en önemli fark da budur. Nuşin Ayiter/Ahmet Kılıçoğlu, Miras Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1989, s.122-123.

müessesesi, TMK md. 521'de karşımıza çıkmaktadır.¹³³ Bu maddeye göre; “(1) Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufuyla önmirasçı atadığı kişiyi mirası artmirasçıya devretmekle yükümlü kılabilir. (2) Aynı yükümlülük art mirasçıya yüklenemez.” Artmirasçıların birden fazla sayıda belirlenmesi mümkündür. Bu halde, artmirasçılar mirası müşterek olarak iktisap etmektedirler. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, TMK md.521/2 gereği, artmirasçı atama işleminin, tek derece ile sınırlı tutulmuş olduğudur. Diğer bir ifade ile ölenin malvarlığını önmirasçıdan iktisap eden artmirasçıya (veya artmirasçılara) bu malvarlığını tekrar başka bir artmirasçıya devretme yükümlülüğü yüklenememektedir. Böylelikle, TMK md.521/2, Miras Hukuku kurallarından yararlanılarak, artmirasçı ya da vasiyet alacaklısı atanmasına kısıtlama getirilmekte ve TMK md. 372/2'deki “aile fideikomisı” kurma yasağı desteklenmektedir.¹³⁴

Kaynakça

Kitaplar

- Akgündüz Ahmed, İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınevi, İstanbul 1996.
- Akıntürk Turgut /Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Beta Yayınevi, Ocak 2019.
- Aksoy Dursun Sanem, Eşya Kavramı, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2012.
- Arsebük Esat, Medeni Hukuk I. Başlangıç ve Şahsın Hukuku, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, Ankara 1938.
- Ayiter Nuşin /Kılıçoğlu Ahmet, Miras Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1989.
- Belgesay Mustafa Reşit, Türk Kanunu Medenisi Şerhi II, Aile Hukuku, Şaka Matbaası, İstanbul 1952.
- Berki Şakir, Roma Hukuku, (Roma Hukuku), Nur Basımevi, Ankara 1949.
- Brugi Biagio, Della prima forma che ebbero le Pie Fondazioni cristiane nel Diritto Romano, Atti dello Istitutio veneto, C.7, Seri 7, (1895-1896).
- Declareuil Joseph, “Quelques notes sur certains types de fidéicommiss”, Extrait des Mélanges Gérardin, Paris 1907, s.135-155.
- Di Marzo Salvatore, Roma Hukuku, (çev. Ziya Umur), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954.

¹³³ Dural/Öğüz/Gümüş, s.402, dn.104.

¹³⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 388.

- Dupont Florence, *Daily Life in Ancient Rome*, Blackwell Publishing, Oxford 1992.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt: 3, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.*
- Erdoğan Belgin, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri, (Borçlar), Der Yayınları, İstanbul 2019.*
- Erdoğan Belgin, *Roma Eşya Hukuku, (Eşya Hukuku), Der Yayınları, İstanbul 2018.*
- Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, *Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.*
- Gönensay Samim, *Medeni Hukuk, C.II. Kısım II., Arkadaş Basımevi, İstanbul 1940*
- Gradenwitz Otto, *Interpolationen in den Pandekten: Kritische Studien, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin 1887.*
- Grosso Giuseppe, *I Legati Nel Diritto Romano, Giappichelli, Torino 1962.*
- Hatemi Hüseyin/Kalkan Oğuztürk Burcu, *Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.*
- Honig Richard, *Roma Hukuku, (çev. Şemseddin Talip), Matbaai Ebüzziya, İstanbul 1938.*
- Honsell Heinrich, *Römisches Recht, Springer-Lehrbuch, Berlin 1997.*
- Impallomeni Giambattista, *L'efficacia del fedecompresso pecuniario nei confronti dei terzi: la in rem missio, Giuffré, Milano 1967.*
- Johnston David, *"Trust and Trust-like Devices" , (Trust-like Devices), Itinerae Fiduciaae, Trust end Treuhand in Historical Perspective, (Ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann), Dunker&Humbolt, Berlin 1998, s.45-57.*
- Johnston David, *The Roman Law of Trusts, (Roman Law), Clarendon Press, Oxford 1988.*
- Karadeniz Çelebican Özcan, *Roma Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.*
- Karakoç İrem, *Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi, (Vakıf), Yetkin Yayınevi, Ankara 2018.*
- Kaser Max, *Das Römische Privatrecht, Bd. 1, C.H. Beck Verlag, München 1971.*
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.*
- Koschaker Paul/Ayiter Kudret, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, İzmir 1993.*
- Köprülü Fuad, *İslam ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi, Akçağ Yayınları, Ankara 2005.*
- Küçük Eşref, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006.*
- Küçükgüngör Erkan, *Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum), Yetkin Yayınevi, Ankara 2007.*
- Lewis William, *Das Recht des Familienfideicommisses, Berlin 1868.*
- Mındız Emine, *Roma Hukukunda Ölümüne Bağlı Bağışlama (Donatio Mortis Causa), Der Yayınları, İstanbul 2018.*

- Monier Raymond, Manuel élémentaire de droit romain, Tome I, Montchrestien 1947.
- Oğuzoğlu Hüseyin Cahit, Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, (Medeni Hukuk), Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963.
- Oğuzoğlu Hüseyin Cahit, Roma Hukuku, (Roma Hukuku), Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1952.
- Richter Andreas, "German and American Law of Charity in Early 19th Century", *Itinerae Fiduciaie, Trust end Treuhand in Historical Perspective*, (Ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann), Dunker&Humbolt, Berlin 1998, s. 427-469.
- Sala Johannis, *Institutiones Romano-Hispanae ad Usum Tironum Hispanorum Ordinatae*, Tomus II, *Matriti ex Typographia Regia*, 1830.
- Schulz Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford University Press, 1951.
- Schwarz Andreas B., Roma Hukuku Dersleri, Birinci Cilt, Tarihi Kısım ve Umumi Doktrinler, (çev. Türkan Basman), Kenan Matbaası, İstanbul 1943.
- Serge Dauchy/Georges Martyn/Anthony Musson/Heikki Pihlajamäki/Alain Wijffels, *The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, Springer International Publishing, Switzerland 2016.
- Tahiroğlu Bülent /Erdoğan Belgin, Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2019.
- Tekinay Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1971.
- Torrent Armando, *Fideicommissum Familiae Relictum*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo 1975.
- Türkoğlu Halide Gökçe, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Umur Ziya, *Iustinianus Institutiones*, (Institutiones), İstanbul 1968.
- Umur Ziya, Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Hımayesi, (Roma Hukuku), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- Umur Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, (Ders Notları), Beta Yayınevi, İstanbul 2010.
- Umur Ziya, Roma Hukuku Lügatı, (Lügat), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983.
- Üçok Coşkun, Türk Hukuk Tarihi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1957.
- Velidedeoglu Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku C.II, Aile Hukuku, Nurgök Matbaası, İstanbul 1965.

Makaleler

- Akipek Şebnem/Altaş Hüseyin, "Vakıflarda Evladiye Davaları", *AÜHFD*, C.47, S.1, Y.1998, s.145-151.
- Berki Şakir, "Türk Medeni Kanununda Miras Hukukunun Esasları", (Miras Hukuku), *AÜHFD*, C.31, S.1, 1974, s.309-321.

- Çınar Ömer, "Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Galle (Gelir) Üzerinde Vakıf Evlatlarının ve Diğer İlgililerin Hak Sahipliği ve İntifa Hakkı Hayrından Fazla Olan Mülhak Vakıfların Aile Vakfına Dönüştürülmesi", *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHF-HAD Özel Sayısı*, C.22, S.3. 2016, s.828-855.
- Günal Nadi, "Roma Miras Hukukuna Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras", *AÜHFD*, C.44, S.1, 1995, s. 425-442.
- Gürsoy Kemal Tahir, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler", *AÜHFD*, C. 10, S. 1-4, 1953, s. 458-541.
- Huber Erich, "Karşılaştırmalı Hukuk İsviçre Hukukunda Trust ve Treuhand", (çev. Eylem Apaydın), *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, S.6, Temmuz 2012, s.1-3.
- İşeri Ahmet, "Vakıflar (Medeni Kanun'dan Önceki ve Sonraki Vakıf Nev'ileri ve Hukuki Mahiyetleri)", *AÜHFD*, C.21, S.1, 1964, s.199-280.
- Johnston David, "Prohibitions and Perpetuities: Family Settlements in Roman Law", (Family Settlements), *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Zeitschriftenband* (1985), s. 220-291.
- Karakoç İrem, "Roma Hukuku Kökenli Fideicommissum ile Cermen Hukuku Kökenli Salic Salmannus Osmanlı Vakıf Müessesesinin Kökeni Olabilir mi?", (Vakıf Müessesesinin Kökeni), *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, C.1, On İki Levha Yayinevi, İstanbul 2016, s.423-486.
- Karaman Başak, "Roma Hukukunda Persona Kavramı", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.127-128, (Mart-Nisan), 2015, s.81-114.
- Köprülü Bülent, "Tarihte Vakıflar", *AÜHFD*, C. 8, S. 3, 1974, s. 479-518.
- Küçükgüngör Erkan, "Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti", *AÜHFD*, C. 45, S. 1, s. 504-531.
- Özdem Berk Hasan, "Roma İmparatorluğu'ndan Günümüze Fideicommissum Familia", *TBB Dergisi*, S.135, 2018, s. 319-334.
- Pedük Türkben, "Servet Yönetimi Hizmetleri (Trust/Fiduciary Services)", *Maliye Finans Yazıları*, S.83, Nisan 2009, s. 131-139.
- Rickett C.E.F., "Charitable Giving in English and Roman Law: A Comparison of Method", *Cambridge Law Journal*, Vol.38, No.1, (April 1979), s.118-147.
- Umur Ziya, "Roma Miras hukukunun Ana Hatları", (Miras Hukuku), *İÜHFM*, C.31, S. 1-4, 1966, s. 159-195.

Diğer Kaynaklar

- TBMM 23.Dönem, 2.Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 98, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss98.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.12.2019).
- Türk Medeni Kanunu, <http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-372>, (Erişim Tarihi:15.12.2019).

HASTA MAHREMİYETİ HAKKI*

THE RIGHT TO PRIVACY OF PATIENT

Neslihan CAN**

Özet: Mahremiyet hakkı hukuki dayanağını Anayasa (AY) madde 20, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) madde 17, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) madde 8 ve Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunmasına Sözleşmesi (Biyotıp Sözleşmesi) madde 10'dan alır. Sağlık hizmetine erişimden yararlanırken hasta ve sağlık mesleği mensubu arasında güven temeline dayanan bir ilişki doğar. Hastanın sağlık hakkında etkin bir şekilde yararlanabilmesi için de başta hekim olmak üzere diğer sağlık mesleği mensupları hastanın sağlık, cinsel yönelim, yaşam biçimine dair pek çok hassas veriye vakıf olur nitekim bu kimseler bakımından da sır saklama yükümlülüğü doğar. Bu hassas veriler, diğer kişisel verilere göre veri sahibinin aleyhe ayırmılığa maruz kalmasına neden olabilecek mahiyette olduğundan daha nitelikli biçimde korunmaktadır. Günümüzde sağlık verileri teknolojik imkânlardan da faydalanarak elektronik sistemlere kaydedilerek kullanılmaktadır. Bu çalışma kapsamında sağlık verileri ve hasta mahremiyeti hakkında mündemiç diğer unsurlar, bunların sınırlandırılabilceği hallerle birlikte incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Mahremiyet Hakkı, Elektronik Sağlık Kaydı, Sır, Sağlık Mesleği Mensubu, Sağlık Verisi

Abstract: Right to privacy is on the legal ground of Constitution of Republic of Turkey article 20, United Nations Covenant on Civil and Political Rights article 17 and European Convention on Human Rights article 8. By benefiting from healthcare access, the relationship which is based on confidentiality establishes between the patient and healthcare professionals. Having an efficient access to healthcare, foremost the doctor and other health care professionals have a grasp on sensitive data ranging from health and sexual ori-

* Bu çalışma İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı'nda 2018-2019 güz döneminde verilen "Tıp Ceza Hukuku" dersi kapsamında hazırlanan çalışmanın makale olarak düzenlenmiş halidir. Desteğinden ötürü, öğrencisi olmakla her daim övündüğüm Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan Hakkeri'ye minnet ve saygılarımı sunarım.

** Arş. Gör., Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, nesli95hukuk@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6990-8274, Makalenin Gönderim Tarihi: 18.07.2019, Kabul Tarihi: 18.07.2019

entation to manner of life of the patient and the obligation of confidentially turns out for them. Sensitive data needs more qualified protection owing to its own nature which may lead to discrimination against the data subject. At the present time, health data is used via recording electronic systems by taking advantage of technology, In this study, health data and other points including right to privacy of patient will be discoursed with circumstances which are allowed to interfere this right.

Keywords: Right To Privacy, Electronic Health Record, Confidentially, Healthcare Professionals, Health Data

I. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI VE HASTA MAHREMİYETİ İLİŞKİSİNE GENEL BAKIŞ

Ulusal ve uluslararası mevzuatta temel hak ve hürriyetlerden biri olarak tanınmış olan mahremiyet hakkı, gerçek kişilere münhasır bir haktır. Türk hukuku bakımından dayanaklarını MSHS m.17, AİHS m.8, Biyotıp Sözleşmesi m.10 ve AY m.20'den almaktadır. Mahremiyet hakkı; AİHS sisteminde özel hayata *ve aile hayatına saygı hakkı (right to respect for private and family life)*, MSHS sisteminde özel yaşamın gizliliğini korunması hakkı¹, Anayasa'da özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı gibi farklı terminoloji ile ifade edilmiştir.

Bireyin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi² ancak özel hayatına saygı duyulması ile sağlanabilir. Bu çerçevede devlete düşen pozitif yükümlülük, bu hakka devlet organları yahut diğer bireylerden gelecek olası müdahalelere karşı hakkı korumak ve yasal düzenlemeler oluşturmaktır. Negatif yükümlülük ise bizzat devlet organlarından gelecek müdahaleleri bertaraf etmektir.

Mahremiyet hakkı görece olarak yeni bir hak olduğundan ihlali bazı devletlerde bağımsız bir suç tipi ile yaptırıma bağlanmamıştır. Örneğin İngiltere'de genel olarak mahremiyet hakkı bulunmamaktadır; ceza hukuku bağlamında aile ve mülkiyet hakkı korumasından

¹ m.17 "1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks."

² Bkz.Nilgün Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.31. Kişisel verilerin korunması hukukunun kilometre taşı olan 1983 tarihli Alman Anayasa Mahkemesi'nin Nüfus Sayımı Kararı (Volkszählungsurteil) kişinin kendi kaderini tayin hakkı üzerine temellendirilmiştir.

yararlanılıp tazminat sorumluluğu ise haksız fiil koruması ile sağlanmaktadır.³

Türk hukukunda ise AY m.20’de herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.⁴ Özel hayat, Anayasa ve kanunlarda açıkça tanımlanmamış olup yargı içtihatları ve doktrinle insan onuru ve birey olma haysiyetinin yeni tehditlerle karşılaşması üzerine içi doldurulan bir kavramdır.⁵ Temel olarak kişinin hayatının başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, başkalarından gizlediği bölümü özel hayattır.⁶ Özel hayata saygı hakkının iç hukuktaki bir boyutu da kişisel verilerin korunmasıdır ve kişisel veriler bakımından anayasal düzeyde bir tanıma ve daha incelikli bir koruma ihtiyacı hâsıl olduğundan kanun koyucu 2010 Anayasa Referandumu ile AY m.20/3’te herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğunu düzenlemiş ve hükmün devamından bu korumaya ilişkin bir kanun ihdas edileceğinin sinyallerini vermiştir.

Sağlık hakkı ise AY m.56’da tanınmış olup yalnızca sağlık hizmetine erişimi ve tedavi olabilmeyi değil; bu hakkın efektif kullanılabilmesini sağlayabilmek için hasta mahremiyetine saygı gösterilmesini de kapsamaktadır. Hasta mahremiyeti hakkı ise kişinin tıbbi müdahalelerin yapılabilmesi için gerekli konularda açıklamak zorunda olduğu ancak sınırlarını kendisinin belirlediği ve bunun haricinde kimsenin bilmesini istemediği özel yaşam alanıdır.⁷

³ Howard Davis, *Human Rights Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, UK, 2013, s. 305.

⁴ 1982 AY m.20/1 “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”

⁵ AİHS sisteminde de korunan bu hakkın sınırları kesin olarak çizilmemiştir. Örneğin AİHM *Pretty v. UK* kararında m.8’in içeriğini belirtirken cinsel kimlik, isim, cinsel yönelimin de bu hak kapsamında olduğunu örnekleme yoluyla saymış ve maddenin kişinin gelişimi, başkaları ve dış dünya ile ilişkiler kurma ve geliştirme hakkını korumayı amaçladığını belirtmiştir. (Bkz. Application no. 2346/02).

⁶ Hasan Tahsin Gökcan, “Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması”, *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.176; Mahmut Koca/İlhan Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.500; Bu meyanda üç alan teorisine değinilmelidir. Teoriye göre kişinin yaşam alanı kamuya açık alan, özel alan ve gizli alan olarak ayrılmaktadır ve yalnız son ikisi hukuken korunaklıdır. Çalışmamız kapsamında da korunaklı bu alanda yer alan sağlık verileri ve hasta mahremiyetine değinilecektir.

⁷ Murat Aydın, “Tıbbi Müdahalelerde Mahremiyet ve Ceza Sorumluluğu”, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), s.109.

Hasta mahremiyeti kapsamında doğrudan başvurulabilecek şekilde Biyotıp Sözleşmesi⁸ 10. maddesinde herkesin, kendi sağlığı hususundaki bilgilerle ilgili olarak özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Hastanın sağlık verilerinin korunması yalnız onun mahremiyetine saygının gereği değildir, aynı zamanda hastaların sağlık kurumları ve sağlık hizmeti sunucularına güven duymaları için de bir gerekliliktir.⁹

Türk hukuku bakımından konuya ilişkin en doğrudan mevzuat ise Hasta Hakları Yönetmeliği¹⁰ olup 21. maddesine göre her türlü tıbbi müdahale hastanın mahremiyetine saygı gösterilerek gerçekleştirilecektir. Hangi hususların bu kapsamda olduğu da belirtilmiştir. Buna göre hastanın sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmeler, muayene, teşhis, tedavi ve benzeri hasta ile doğrudan teması gerektiren işlemlerin tatbiki, bir yakınının refakati, tedavisi ile doğrudan ilgisi olmayan kişilerin müdahale sırasında bulunmamasını, hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesi ve sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulması söylenebilir. Ayrıca Yönetmelik m.20 uyarınca hasta, tıbbi durumuna ilişkin yakınları ve ailesine bilgi verilmemesini talep edebilecektir ki bu hüküm de doğrudan hastanın mahremiyet hakkına ilişkindir.¹¹

II. SAĞLIK VERİLERİ

Hastaya ait verilerin gizliliğinin sağlanması ve hastanın beden mahremiyetinin sağlanması, hastanın mahremiyet hakkına saygının gereğidir.¹² Hastanın mahremiyet hakkının ihlaline yönelik fiillerde bulunması olası faillerden biri, hasta ile birebir temasa geçen hekimdir. Hekimin hastanın mahremiyetine saygı göstermesi, aynı zamanda sır saklama yükümlülüğünün de bir gereğidir. Nitekim 1981 tarihli

⁸ Sözleşme, 4.4.1997'de AB üyesi ve üye olmayan devletlere Oviedo'da imzaya açılmış ve 1.12.1999'da yürürlüğe girmiştir. Türkiye'de ise 1.11.2004 yürürlüğe girmiştir.

⁹ Emel Badur, "Hastanın Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesini Talep Hakkı", Erzurumluoğlu Armağanı, Ed. Emel Badur, Ankara Barosu, 2012, s.103.

¹⁰ Resmi Gazete Tarihi: 01.08.1998, Resmi Gazete Sayısı: 23420.

¹¹ Badur, s.110.

¹² Gürkan Sert, "Hasta Hakları", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.143.

*Lizbon Bildirgesi*¹³ hastanın hekimden, tüm tıbbi ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı duyulmasını isteme hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir.¹⁴

Sağlık verileri, hasta mahremiyetinin korumasından yararlanan ve özel hayatın gizliliği ile yakından bağlantısı olan¹⁵ bir kişisel veri türüdür. Kişilerin özel hayatları kapsamında kimlikleri, sırları, özel evrakları, yazışmaları, hayat tarzları, fiziksel ve ruhi durumları, cinsel yaşamları bulunmaktadır ve bunların içeriğini oluşturan her türlü belge, bilgi, belirti kişisel veridir.¹⁶ *Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)*¹⁷ m.4/15'te de bu veriler, sağlıkla ilgili veri olarak nitelendirilmiş ve kişinin sağlık durumuna ilişkin sağlık bakım hizmetlerini kapsayan fiziki ya da mental sağlığıyla ilgili veriler olarak tanımlanmıştır.

Tıp hukuku bakımından hastanın sağlık mesleği mensubuna, tedavisi nedeniyle açıkladığı ve başkaları tarafından öğrenilmesinden rahatsızlık duyacağı bilgileri, sağlık verileri kapsamındadır.¹⁸ Hastanın başkasının duymasını istemeyeceği verilerin kapsamı belirlenirken objektif değil, sübjektif ölçüt dikkate alınır. Yani bizzat o hastanın kişisel görüşüne, inancına göre başkalarının duymasını istemeyeceği

¹³ Dünya Tabipler Birliği tarafından yayımlanan hasta haklarına ilişkin bağlayıcı olmayan ancak temel ilkeleri göstermesi nedeniyle önemli bir belgedir. Gözden geçirilmiş versiyonu da 1995'te Bali'de yapılan toplantıda kabul edilmiştir.

¹⁴ Gizlilik Hakkı başlıklı 8. ilke "a. Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi ve kişiye özel diğer tüm bilgiler ölümünden sonra bile gizli olarak korunmalıdır. İstisna olarak hasta yakınlarının kendileri ilgili sağlık risklerini öğrenmeleri açısından bu bilgilere ulaşabilme hakkı olabilir.

b. Gizli bilgiler sadece hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabilir. Hastanın açık olarak izin vermediği durumlarda bu bilgiler sadece bilgilendirilmesi gereken diğer sağlık personeline verilebilir.

c. Hastanın kimliğine ait tüm bilgiler korunmalıdır. Bu bilgilerin korunması usulüne uygun yapılmalıdır. Bu tür verilerin alındığı insan ürünleri de aynı şekilde korunmalıdır."; Onur Hakkı başlıklı 10. İlke "a. Tüm tıbbi bakım ve eğitim sürecinde hastanın onuruna ve özel yaşamına onun kültür ve değerleri göz önüne alınarak saygı gösterilmelidir."

¹⁵ Güçlü Akyürek, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2013, s.65.

¹⁶ Nizamettin Aydın, "Tıp Ceza Hukukunda Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme ve Ele Geçirme Suçu (TCK m.136)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 2, 2013, s.9.

¹⁷ General Data Protection Regulation (GDPR) 14.4.2016'da AB Parlamentosu'na kabul edilmiş ve 25.5.2018'de yürürlüğe girmiştir. Tüzük, 95/46/EC nolu Veri Koruma Direktifi yerine uygulanmak üzere AB ülkelerinde kişisel verilerin korunması noktasında harmonizasyon sağlanması amacıyla ihdas edilmiştir.

¹⁸ Yılmaz, s.105.

veriler esas alınır. Ayrıca yalnız sağlık personeline aktarılan veriler değil; kişinin hekimi, hastaneyi ziyaret etmesi ve buna ilişkin kayıtlar da bu kapsamdadır. Hastalığın türü, hastanın öyküsü, teşhis, tedavi, psikolojik belirtiler, hasta dosyası, muayene sonuçları, kişisel, ailevi, ekonomik durumuna ilişkin tüm veriler kişisel veridir.¹⁹ Doğası itibariyle herkesin bildiği örneğin hastanın felçli olması bu çerçevede kişisel veri değildir. *Dülger*'e göre ise bilginin özneliği veya nesneliği, kişisel verilerin yararlandığı korumadan faydalanması için ayırım noktası teşkil etmemektedir. Hatta bilginin doğruluğu yahut yanlışlığı da bir önem arz etmemekte olup söz konusu bilginin ilgili kişiyi belirlenebilir kılması yeterlidir.²⁰

Bir kişisel veri olarak sağlık verileri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) özel hayat ve hayatın gizli alanına dair suç tiplerinin korumasından yararlanır. Verinin sır kapsamında olması, kişisel verilerin kaydedilmesi suçu (TCK m.135) ve verileri hukuka aykırı olarak verme ya da ele geçirme (TCK m.136) suçlarının sübutu bakımından aranan bir unsur değildir. Sır, ilgisinin açıklanmamasında yarar gördüğü veya başkalarının bilinmeyen hususlardır. Ancak bu suçlarla korunan hukuki değer sırrın korunması olmayıp kişisel veriler ve kişisel veriler bakımından istenilen güvenlidir.²¹

Kişilere ilişkin tıbbi kayıtların tutulması ve bu kişisel veri mahiyetindeki sağlık verilerinin toplanıp paylaşılması özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir.²² Sağlık verileri, her ne kadar özel hayata saygı hakkı bağlamında değerlendirilse de bazı yazarlarca bu anlayışın, günümüz ihtiyaçlarına cevap vermediği ileri sürülmektedir. Özel yaşamın gizliliği ilkeleri, kişisel veriler üzerindeki çıkarları korumakta yetersiz kalmaktadır. Ayrıca kişisel verilerin, bireyin özel hayatı ile sınırlı olma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Özel hayata saygı hakkı bağlamında, devletin negatif yükümlülüğü ön planda olup özel hayata müdahale etmemek yeterli iken, kişisel verilerin korunması hakkında ise başta veri işleme yöntemi de nazara alınarak veri işleme hareketlerinin gerçekleştirilmesi gerekeceğinden, kişisel verilerin korunması aktif tarafı ağır basan bir haktr.²³

¹⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s.891.

²⁰ Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, s.9.

²¹ Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, s.313.

²² Gökcan, s.183.

²³ Murat Volkan Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Hukuk Akademisi,

A. HASSAS VERİ OLARAK SAĞLIK VERİSİ

Kişisel veriler arasında özel bir tasnif bulunmadığı dönemde dahi AİHM, birçok kararında parmak izi, DNA analizi vb. gibi biyometrik verilerin salt kimlik tespitine ve güvenlik nedenine yönelik durumlar haricinde *hassas veri* olarak korunmaları gerektiğini içtihat olarak ortaya koymuştur.²⁴ Hassas veriler ise kişisel verilerin işlenmesine dair uluslararası ilk düzenleme olan Avrupa Konseyi'nin 108 nolu *Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme'nin*²⁵ 6. maddesinde özellikli veri kategorileri olarak tanınmıştır.²⁶

AİHM hasta mahremiyetini özerk yorum çerçevesinde AİHM m.8 kapsamında görmüş ve kişinin kimliğinin ve tıbbi bilgilerin açıklanmasını ihlal olarak değerlendirmiştir.²⁷ Avrupa Toplulukları Mahkemesi de kişisel verilerin korunması hakkını içtihatla geliştirmiş ve bir kararında sağlık verilerinin gizliliğini AİHS m.8 kapsamında değerlendirerek bunu temel hak olarak nitelemiştir.²⁸ Ulusal hukuk bakımından bir verinin, hassas veri mahiyetinin olup olmadığını saptamak devletlerin takdir marjı kapsamında olmakla beraber Avrupa Birliği Adalet Divanı *Lindqvist* kararında, hassas verilerin mümkün mertebe geniş ele alınması gerektiğini belirtmiştir.²⁹ Karara konu olayda toplumu bilgilendirmek amacıyla bir dini cemaat tarafından açılan internet sitesinde kilisede gönüllü olarak çalışan kişilerin bilgilerine yer verilmiştir. Site- de, kilise çalışanlarından bir kişinin ayağını incittiği için yarı zamanlı

Istanbul, 2019, s.47.

²⁴ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.99; Nitekim S. ve Marper/UK başvurusunda AİHM, gözümlen alinan kişilerin kan, hücre örnekleri ve parmak izinin alınması ancak bunların isnat edilen suçla ilişkilerin kalmaması halinde de muhafaza edilmeye devam edilmesini AİHS m.8'in ihlali olarak değerlendirilmiştir.

²⁵ Bahsi geçen Sözleşme 28.01.1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 30.01.2016 tarihinde 6669 sayılı Kanun'la onaylanmasını uygun bulmuş, Sözleşme 01.09.2016 tarihinde Türkiye bakımından bağlayıcılık kazanmıştır.

²⁶ "İç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırksal kökeni, siyasi düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel veriler ile sağlık veya cinsel hayatla ilgili kişisel veriler, otomatik işleme tabi tutulmaz. Aynı şey ceza mahkûmiyetiyle ilgili kişisel veriler için de geçerlidir."

²⁷ Z v. Finlandiya, Application No.22009/93.

²⁸ Başalp, s.26.

²⁹ Murat Volkan Dülger, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3(2), Güz 2016, ss.101-167, s.109.

çalıştığı bilgisi de yer almaktadır. Kişilerin bilgi ve rızası olmaksızın sağlık verisinin paylaşılması nedeniyle o dönem yürürlükte olan 95/46 sayılı AB Direktif'i'ne aykırılık dolayısıyla siteyi açan kadın hakkında İsveç Hükümeti idari para cezası uygulamış, başvuru kadını ise bilginin tamamen kişisel ve ev içi faaliyet gereği paylaşıldığı gerekçesiyle Direktif'in uygulanamayacağını iddia etmiştir. Ancak Adalet Divanı, kişinin sağlığına ilişkin verilerin de dâhil olduğu kişisel verilerin, ilgisinin rızası ve bilgisi olmaksızın internette paylaşılmasının Direktif korumasından yararlanacağına hükmetmiştir.³⁰

KVKK'nın 6. maddesinde de sağlık verileri özel nitelikli kişisel veri olarak sayılmıştır. KVKK yürürlüğe girişine müteakiben daha inceleme korumaya muhtaç olan kişisel sağlık verileri, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik³¹ ile KVKK'ya paralel olarak kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgisi olarak tanımlanmıştır. Hatta Yönetmelik m.6/6'ya göre daha nitelikli bir korumaya muhtaç olan bazı sağlık verileri Bakanlıkça belirlenebilecektir ve sağlık personelinin bu verilere erişimine kısıtlamalar getirilebilecektir, yani Türk hukukunda sağlık verileri sınırlı sayıda değildir.

1. Genetik ve Biyometrik Veriler

Mülga 95/46 EC Veri Koruma Direktifi'nde tanınmamakla beraber³² GDPR'de genetik ve biyometrik veriler de açıkça özel nitelikli veriler arasında sayılmıştır.³³ Genetik veri, insanın kalıtsal veya edinilmiş sağlık ve psikolojik durumuna ilişkin benzersiz ve onu diğer

³⁰ Feray Özkan, Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasının Pozitif Temelleri ve AİHM Kararlarından Örnekler (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, dipnot.113.

³¹ Resmi Gazete Tarihi: 21.06.2019, Resmi Gazete Sayısı:30808.

³² Başalp, s.42; Direktif'in yürürlükte olduğu dönemde her ne kadar genetik veriler, sağlık verileri olarak tanınmamış olsa da bu veriler bakımından AB hukukunda boşluğun bulunması veya genetik verilerin geniş anlamda sağlık verisi olarak kabul edilmesi gerektiği bazı yazarlarca ileri sürülmüştü. Zira Direktif lafzi yorumla söz gelimi işçilerden alınacak genetik verilerin, etnik kökenlerinin de tespitini mümkün kılacağı, bu özel verilerin ise işlenmesi ve transferinin yasak olması nedeniyle dolaylı olarak bu sonuca da varılabilecekti.

³³ Paul Voigt/Axel von dem Bussche, The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Practical Guide, Springer, 2017, s.110.

insanlardan ayıran özellikler hakkında veridir.³⁴Biyometrik veriler ise insanın fiziksel, fizyolojik veya davranışsal özellikleriyle ilgili özel teknik işlemlerden yararlanarak diğer insanlardan ayırt edici şekilde tanımlanmasını sağlayan kişisel verilerdir.³⁵

Gizlilik konusundaki tartışmaların odak noktası olan genetik veriler, her daim tartışma konusu olmuştur. Nitekim özel statüleri gereği *genetik özgüçlük (genetic exceptionalism)* olarak diğer biyolojik ve sağlık verilerinden farklı konumlandırılan bu verilerin, daha özel bir korumadan yararlanamayacağı düşünülemez.³⁶

Parmak izleri, hücresel örnekler ve DNA örnekleri alınan başvuruların haklarındaki bir cezai soruşturmada AİHS m.8'in ihlal edildiği iddiasının bulunduğu *S ve Marper/UK*³⁷ kararında AİHM, mahkûmların DNA örneklerinin sınırlı bir zaman diliminde veya mahkûmun ölümüne değin saklanması mümkün olduğunu vurgulamıştır.³⁸ Başvurucular, hücresel örneklerinin tutulmasının m.8 bakımından daha derin bir müdahale olduğunu, genetik verilerin kişi ve yakınları hakkında tam bilgi edinilmesini sağladığını ve bu verilerin gizli kalıp kişinin rızası olmaksızın erişilebilir olmasının ihlal mahiyetinde olduğunu iddia etmişlerdir.³⁹

Mahkeme değerlendirmesinde DNA örneklerinin, her bir kişi için farklı olduğundan daha hassas kişisel verilerden olduğu, genetik bilgileri taşıdığı için ailevi ilişkileri ve etnik kökenin tespitine olanak tanıdığı ve özel ve aile hayatının gizliliğini ihlal edebilecek veri olduğunu belirtmiştir. Parmak izinin alınması ve kullanılması ceza muhakemesinde gerekli ise de alma, kullanma ve muhafaza edilmesinin farklı olduğu ve parmak izi her ne kadar DNA ve vücut örnekleri kadar detaylı diğer kişisel veri tespitine olanak vermese de muhafazasını m.8'in ihlali olarak değerlendirmiştir.

³⁴ GDPR m.4/13.

³⁵ GDPR m.4/14.

³⁶ Koen Bruynseels/Jeroen van den Hoven, "How to Do Things with Personal Big Biodata", *Social Dimensions of Privacy Interdisciplinary Perspectives*, Ed.Beate Roessler/Dorota Mokrosinska, Cambridge, UK, 2015, s.125.

³⁷ Application no. 30562/04 ve 30566/04

³⁸ Para.48.

³⁹ Para.62.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m.80' de şüpheli, sanık ya da üçüncü kişiden alınıp incelemeye konu olan genetik verilerin, kişisel veri olduğu açıkça söylenmiştir ve bunlar yalnız yürütülen soruşturma ya da kovuşturma nezdinde kullanılabilirlerdir. Dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip kişiler dışında kimselere de verilmeyecektir.

B. SAĞLIK VERİLERİNİN İŞLENMESİ

1. Genel Olarak

İşleme, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'in 4/1 maddesinde *"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 hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi sağlık verileri üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi"* olarak tanımlanmıştır.

KVKK m.6'ya göre ilgisinin açık rızası bulunmaksızın özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi kural olarak mümkün değildir. İlgilinin açık rızasını ileriye etkili şekilde geri alması ise mümkündür. Ancak sağlık ve cinsel hayata ilişkin bu veriler ancak kanunlarda öngörülen kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler ve yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgisinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir. Örneğin bilinci kapalı olarak hastaneye getirilmiş bir kimseye gerekli acil tıbbi tedavinin yapılabilmesi için bu kişinin sağlık verileri açık rızası olmaksızın işlenebilecektir yahut bulaşıcı hastalık taşıyan bir kimsenin buna dair sağlık verisi kamu sağlığı için gerekli makama iletildiğinde bu hukuka uygun bir kişisel veri işleme olacaktır.⁴⁰ Ayrıca maddenin 4. fıkrası özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınmasını şart olarak düzenlemiştir.⁴¹

⁴⁰ Murat Volkan Dülger, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2), 2015, s.55.

⁴¹ Kurul tarafından bu madde hükmüne istinaden ilk kez alınan önlemler "Özel Ni-

Veri kayıt sistemine işleme faaliyetinin otomatik yahut manuel olması KVVK'nın korumasından yararlanmak bakımından önem arz etmemektedir. Ancak manuel yolla yapılan bir işleme, veri kayıt sisteminin bir parçası değilse KVVK'nın uygulama ve koruma alanı bulunmamaktadır.⁴² Bu çerçevede hekimin hasta bilgilerini anımsamak amacıyla aldığı notlar, kişisel veri olsa dahi KVVK'nın koruması gündeme gelmeyecektir.

GDPR 9. maddesinde de kural olarak özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin yasak olduğu düzenlenmiştir. Yani özel nitelikli olan genetik veriler, biyometrik veriler, cinsel yaşam ve sağlıkla ilgili veriler kural olarak işlenemez. Bu nitelikte kişisel verilerin işlenme ve açıklanmasına hangi hallerde cevaz verildiği ise maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. 4. fıkrada ise AB üyesi devletlerin genetik, biyometrik ve sağlıkla ilgili verilerinin işlenmesi bakımından şartlar ve sınırlamalar konusunda daha ileri adımlar atacağı düzenlenmiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 13.02.1997 tarih ve R (97) 5 sayılı *Tıbbi Verilerin Korunmasına Dair Tavsiye Kararı*'na değinilmelidir. Kararın 3. maddesi tıbbi verilerin işlenmesi ve toplanması sırasında özel hayatın gizliliğine saygı hakkı başta olmak üzere gerekli garantinin sağlanmasını öngörmüştür. Karar, tıbbi verileri geniş biçimde yorumlamış ve genetik verileri de bu bağlamda değerlendirmiştir⁴³. Prensipte tıbbi verilerin işlenmesi ve toplanması sağlık mesleği mensubunca ya da bu kişiler adına hareket eden gerçek ve tüzel kişilerce yapılacak olup sağlık mesleği mensubu olmayan veri sorumluları, ancak görevdeki sağlık mesleği mensubu ile mahremiyet kuralları bakımından ilişkilendirilebilirse ya da iç hukukta yeterli güvenceler varsa veri işleyebilecek ve toplayabilecektir. Tavsiye Karar m.6'da ayrıca esas olarak veri sahibinin rızası ile verilerin işlenmesi ve toplanmasına izin verip bu rızanın açık, spesifik ve aydınlatılmış olması gerektiğini düzenlemiştir.

telikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Önlemler" 31.1.2018 tarihli 2018/10 sayılı Karar ile yayımlanmıştır.

⁴² Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, s.16.

⁴³ Dülger, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", s.55.

2. Verilerin İşlenmesinden Sorumlu Olası Søjeler

Sağlık hizmetlerinde hastaların mahremiyet hakkı bireylerin bu hizmeti almak üzere sağlık kurum/kuruluşu, birimi ya da personeliyle temasa geçtiği ilk andan itibaren başlar. Hizmetin sunulması sürecinde ve sonrasında devam eder.⁴⁴

Hastaneler, sağlık hizmeti veren kuruluşlar, sosyal güvenlik kuruluşları tıbbi verilere erişen ve bunları kaydeden kuruluşlardır. Kişilerin tıbbi kayıtlarının hukuka uygunluk nedeni bulunmaksızın bunlar tarafından açıklanması mahremiyet hakkının ihlalini oluşturur. Hasta mahremiyetine ilişkin saygı gösterme yükümlülüğü yalnız hekim ve diğer sağlık mesleği mensubunun değil, aynı zamanda hastane yönetiminindir ve hastane yönetiminin organizasyon yükümlülüğünü gündeme getirir.⁴⁵

Kişisel sağlık verilerinin hangi hallerde verileri hukuka aykırı olarak verme, ele geçirme olmayacağına ilişkin Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi'nde⁴⁶ de bir hüküm bulunmaktadır. Bir sağlık kurumunda kurum içi merkezi kayıt sistemine göre kimin hangi verilere erişebileceğine ilişkin rol bazlı tanım kurumca yapılacaktır. Ayrıca bu kapsamda yetkili olmayan sağlık çalışanları kişiler, ancak hastanın yazılı onayı ile kayıtlara erişebilecektir. Hasta taburcu olmuş ise de hiçbir sağlık çalışanı bu kayıtlara erişemeyecektir.

Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m.6/c'ye göre kişinin sağlık hizmeti almak için hizmet sunucusuna başvurması ile 24 saat süre ile sınırlı olarak; kişinin hizmet sunucusunda yatışı yapılmışsa taburcu olana kadar burada görev yapan hekimlerce sağlık verilerine ulaşılacaktır. Sağlık verilerine erişim süresi dahi belirlenmişken, m.6/4'te bunları anlamsız kılan bir hüküm bulunmaktadır ve hükme göre sağlık hizmeti ihtiyaçlarına göre Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü'nce, KVKK m.6/3'teki kişinin açık rızası olmaksızın sağlık verilerinin açık rıza olmaksızın işlenebileceği haller gözetilerek bu gizliliğe ilişkin kuralların yeniden değerlendirilebileceği düzenlenmiştir.

⁴⁴ Gürkan Sert, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2007, s.45.

⁴⁵ Aydın, s.115.

⁴⁶ Sağlık Bakanının 06.11.2001 tarih ve 10588 sayılı olurları ile yürürlüğe girmiştir.

Elektronik reçete ile eczacılar da hastanın hastalık, kullanacağı ilaç gibi sağlık verilerine vakıf olmaktadır. Bu nedenle eczacıların da hasta mahremiyetine uygun davranmaları gerekmektedir. Nitekim Türk Eczacılar Deontoloji Tüzüğü m.4'te "Eczacı, meslek ve sanatının icrası sırasında öğrendiği sırları, kanuni zorunluluk olmadıkça ifşa edemez. Mesleki toplantı veya yayınlarda hastanın kimliği açıklanamaz." şeklinde belirtmiştir.

a. Sùjelerin Cezai ve Disiplin Sorumluluğu

Hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunması, hastaya dair pek çok bilgiye vakıf olmasına olanak tanımaktadır, bunun karşılığı olarak da hekim ve bu bilgilere vakıf diğer tüm yardımcı sağlık personelleri (hemşireden sekretere kadar) hastanın mahremiyet hakkına riayet etmesi gerekir. Aksi durum hekimin ve diğer sağlık personelinin hukuki ve cezai sorumluluğunu gerektirir.⁴⁷ Cezai sorumluluk daha evvel de bahsedildiği gibi kişisel verilerin kaydedilmesi be hukuka aykırı olarak verilmesi ve ele geçirilmesi suçları nedeniyle olabilecektir. Türk hukuku bakımından hekimin hastanın mahremiyet hakkını ihlali aynı zamanda Türk hukukunda tıp etiği yönünden standardizasyon sağlayan meslek kurallarına⁴⁸ aykırılık oluşturacağından disiplin sorumluluğunu da gündeme getirir.

TCK m.137 kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılmak suretiyle kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun işlenmesini ve belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesini daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Bir sağlık ocağında hasta kaydı yapan görevlinin, hastaların tahlil için kullandıkları tuvalette gizlice hastaların

⁴⁷ Mehmet Demir, Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.166.

⁴⁸ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.9 "Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. 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."

genital bölgelerini kameraya kaydetmesi Yargıtay'ca⁴⁹ belli bir mesleğin sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçu olarak değerlendirilmiştir.⁵⁰

3. Elektronik Sağlık Sistemleri ile Sağlık Verilerinin İşlenmesi

a. Genel Olarak

Teknolojinin gelişmesi ile beraber sağlık verilerinin kişilerin sağlık hakkından daha etkin istifadesi için kişi hakkında teşhisler, tatbik edilen tedavi ve ilaçlar, medikal geçmişe hekimin erişimine kolaylık sağlanmıştır. Yalnız hekimin değil; ilaç sağlayıcısı, hasta, eczane gibi pek çok aktörün dâhil olduğu bir süreç ile dijital biçimde sağlık verilerine erişim sağlanmaktadır.⁵¹ Bilgi ve iletişim teknolojilerinden yararlanarak sağlık sektöründe mobil cihazlar ve bilgisayarların kullanılması ile elektronik sağlık kavramı gündelik yaşama girmiştir.⁵²

Sağlık hizmetleri sürecinin dijitalleşmesi ile beraber de sağlık masraflarında kayıttan doğan harcamalarda önemli ölçüde azalma, medikal hata oranında düşme, tedavinin niteliğinde yükselme, tıp eğitimi ve istatistiki çalışmalarda kolaylık gibi pek çok fayda sağlanmıştır.⁵³ Merkezi sağlık erişim sistemi vasıtasıyla tek bir sistemden sağlık personeli hasta bilgilerine ulaşabilmektedir. Bu denli büyük ve hassas verinin pek çok aktörün erişimine açık olması ile verilerin güvenliği ve aktörler arasında daha iyi bir sağlık hizmetinin sunulması ve sağlık hakkından yararlanılabilmesi için doğru bilginin temini hayati öneme sahiptir.⁵⁴

Modern zamanın gereği olarak bu sistemlerden yararlanmak gerekli ise de yine teknolojinin olanaklarından faydalanılarak bu sistemlere kaydedilen sağlık verilerinin korunması için güvenilir veri tabanları kullanılmalıdır. Örneğin verilerin güvenli şekilde depolanma ve yönetilmesi için kullanılan blockchain ile ABD'de *The MediLeger*

⁴⁹ 4. CD, 14.04.2010 tarih, 1870/6751.

⁵⁰ Ramazan Keklik, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s.261.

⁵¹ Mehmet Murat, *Blockchain ile Güvenli Elektronik Sağlık Sistemi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Teknik Üniversitesi Bilişim Enstitüsü, 2018, s.28.

⁵² Murat, s.31.

⁵³ Murat, s.32.

⁵⁴ Murat, s.28.

Project, SimplyVital Health, Robomed Network gibi sistemlerle sağlık kayıtları tutulmaktadır.⁵⁵ Blockchainin kullanıldığı sistemlerde, sisteme erişimi olan her bir kimsede verilerin kopyasının bulunması mümkün olsa da herhangi bir kişinin, verileri değiştirmesi mümkün olmayıp diğer kullanıcıların da değişiklikleri onaylaması gerektiğinden kişisel veriler üzerinde tahrifat da yapılamayacaktır.⁵⁶ Verilerin gerçek sahipliği kavramının yer aldığı blockchain uygulamalarında hastanın sağlık verilerinin paylaşılacağı kimselerle hastanın onayı alınmadan paylaşım yapılmadığından ve hash değerleri blockchain üzerinde dağınık olarak tutulan sağlık verilerinin manipüle edilip edilmediği geçmişe yönelik de tespit edilebildiğinden güvenilirlik sağlanmaktadır.⁵⁷

Nitekim Dünya Tabipler Birliği'nin 1973 yılında yayımladığı *Bilgisayarın Tıpta Kullanılışına İlişkin Duyuru'da*⁵⁸ da ulusal tıp birliklerinin hastalarla ilgili bilgilerin kişiselliği, güvenliği ve gizliliğini sağlamak için olası bütün adımları atması gerektiği ilk maddede düzenlenmiştir.

b. Sağlık Verilerinin Dijitalleştirilmesi İle Duyulan Endişeler

Merkezi sağlık veri sistemi, hastanın kayıtlarının tutulması ve sonraki olası tedavilerini korumak bakımından günümüzde hayati önemi haiz olsa da, veri güvenliği bakımından birtakım endişeleri bünyesinde barındırmaktadır. Amerika'da kişilerin sağlık durumları, önceki tedavileri, medikal geçmişlerine ilişkin kayıtların depolandığı *verichip* isimli kartlar kullanılmakta olup Amerikan Yiyecek ve İlaç Dairesi (FDA) bunlara izin vermiştir.⁵⁹ Fransa'da da *carte vitale* adıyla mevcut kişinin tüm sağlık verilerini taşıyan kart, işyeri hekimlerinin işçilerin

⁵⁵ Murat Volkan Dülger, "Blockchain ve Hukuksal Kullanım Alanları", H+ Dergi, Sayı 7, 2019, ss.42-47, s.45.

⁵⁶ Dülger, "Blockchain ve Hukuksal Kullanım Alanları", s.43.

⁵⁷ Murat, s.28.

⁵⁸ Duyuru, devletlerdeki tabip birliklerine bir öneri mahiyetindedir. Mahremiyete ilişkin önemli hükümlere yer vermiştir. Bkz. m.3 "Ulusal hekim birlikleri, elektronik bilgi işlemlerine ilişkin olarak, hastanın kişisel, güvenlik ve gizlilik haklarını zedeleyebilecek ya da ortadan kaldıracak bir yasa çıkarmaya yönelik herhangi bir çabaya karşı çıkmalıdır. Sosyal güvenlik numaralarının ve bilgilerinin yetkisiz bir biçimde kullanılmasına ya da değiştirilmesine karşı etkin koruyucu yöntemler, daha bu tip bilgiler bilgisayara yüklenmeden sağlanmalıdır." m.4 "Tıbbi veri bankaları, hiçbir zaman başka merkezi veri bankalarıyla ilişkili olmamalıdır."

⁵⁹ Akyürek, s.65.

sağlık durumu hakkında kolaylıkla bilgi sahibi olmasını sağlasa⁶⁰ da yalnız iş için bilinmesi gereken sağlık verileri değil, pek çok bilgiye iş ortamında ulaşılmasının sağlanması ayrımcılık gibi endişeleri de taşımaktadır. Nitekim Fransa'da işyeri hekimlerinin karttaki bilgilere erişimi yasaklanmıştır. Hekimin hasta verilerine kolaylıkla erişimini tek bir kayıt sisteminden sağlamasına olanak tanıyan bu enstrüman bir yandan da kişisel verilerin gizliliğinin korunması bakımından birtakım endişeleri beraberinde getirmiştir.

Gelişen teknoloji ile pek çok sağlık verisi ulaşılır kılınmış ancak bu da veri madenciliği tartışmasını gündeme getirmiştir. Nitekim 1993 yılında Amerika'da Maryland eyaletinde yaşayan insanlara daha iyi bir sağlık hizmeti sunumu için sağlık verileri elektronik ortama aktarılmıştır. Bir banker bu verilere erişim sağlayarak kendi müşterilerinin hastalıklarını tespit etmiş ve ölümcül hastalığı olan müşterilerinden borçlarını ödemelerini istemiştir.⁶¹

c. Türk Hukukunda Dijital Sağlık Verilerinin Durumu

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu m.3/1-f'de Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına kişilerin sağlık durumunu takip ve sağlık hizmetlerinin etkin şekilde yürütülmesini sağlamak için kayıt ve bilişim sistemi kurma görevi yüklenmiştir. Bu maddeye dayanarak da *E-nabız* adı verilen ve e-devlet ile entegre işleyen sağlık bilişim sistemi kurulmuştur.

Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m.6'da sağlık personelinin sağlık verilerine erişimi bakımından hastanın e-nabız sistemine kayıtlı olup olmamasını kriter olarak belirlemiştir. Sağlık verisine tedavi uygulayan hekimin ulaşabilmesi, sağlık hakkından faydalanmak için gerekli ise de Yönetmelik m.6/2'ye göre e-nabız hesabı kullanıcısı olanlar gizlilik tercihlerini yapılandırarak kayıtları kimlerin görebileceğini belirleyebilirler ve bu yapılandırma sırasında ayrıntılı şekilde gizlilik durumuna dair bilgilendirilirler. Ancak madde, bu gizlilik tercihi nedeniyle sağlık hizmeti sunumunda bir zararın doğması halinde Sağlık Bakanlığının sorumlu olmayacağını hükme bağlamıştır. E-nabız hesabı olmayan kimseler bakımından ise aile hekimi süre

⁶⁰ Akyürek, s.65.

⁶¹ Yılmaz, s.56.

sınırı olmaksızın hastanın bilgilerine erişebilecektir. Kanaatimizce maddede geçen herhangi bir süre sınırı olmaksızın ifadesi yerine hastanın ilgili aile hekimliğine kayıtlı olması süresi boyunca ifadesi daha isabetli olacaktır. Zira hastaların hekim seçme hakkı çerçevesinde aile hekimini değiştirmesi mümkün olup bu durumda ilişkinin kalmadığı aile hekimi kayıtlara ulaşamayacaktır. Aile hekimi harici randevu alarak gidilen hekim ise randevu alındığı gün ile sınırlı olarak ve alınan sağlık hizmeti gereği doğrudan bağlantılı işlemler sonlanana kadar kişinin sağlık verilerine erişebilecektir. Bu düzenleme de randevu günü ile sınırlı olma koşulu nedeniyle sorunludur, sözgelimi randevu günü yapılan bir tetkik sonucunu analiz etmek için randevu almaksızın başka bir gün ya da kontrol gününe gelen hastanın tetkik sonuçları diğer sağlık verilerine erişim, randevu günü geçtiğinden mümkün olmayacak ve isabetli bir tedavinin gerçekleşmeme riski doğabilecektir.

Bu başlık altında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun (SGK) tebliği⁶² ile ihdas edilen *MEDULA* sistemine de değinilmelidir. 5510 sayılı Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na göre sigortalı sayılanlar ile bu kişilerin bakmakla yükümlü olduğu kişilere sağlık hizmeti sunucularınca sağlanan sağlık hizmetlerine dair bilgiler, bu sistem aracılığıyla elektronik ortamda gönderilmektedir. Sağlık hizmeti sunucularının, sağlık hizmeti sunduğu kişilere ait bilgileri SGK'ya gönderme zorunluluğu 5510 sayılı Kanun'un 78. maddesinden⁶³ kaynaklanmaktadır. Bilgilerin kaybolmasının önüne geçmek ve SGK'nın yapacağı ödemeler için gerekli prosedürde uyumun sağlanması bakımından bu sisteme geçilmesi isabetlidir, zira ilgili madde de elektronik ortamda veri paylaşımına cevaz vermiştir.

(1) Çocukların Sağlık Verilerinin İşlenme Durumu

Çocukların sağlık verileri bakımından mahremiyeti Yönetmelik m.8, e-nabız üzerinden bir onay gerekmeksizin ebeveynin ulaşabile-

⁶² Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Uygulanan Medula Sistemi Hakkında Tebliğ. Resmi Gazete Tarihi: 6.12.2006, Resmi Gazete Sayısı: 2636.

⁶³ 1. fıkra "Kurum ile sözleşmesi olan, tüm sağlık hizmeti sunucuları, sağlık hizmeti sunduğu tüm kişilere ait sözleşme hükümlerinde yer verilen bilgileri, belirlenen yöntemlere ve süreye uygun biçimde elektronik ortamda veya yazılı olarak Kuruma göndermek zorundadır. Bu bilgiler gönderilmeksizin talep edilen sağlık hizmeti bedelleri, bilgiler gönderilinceye kadar ödenmez."

ceğini öngörmüş; ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanma bakımından 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.16'yla uyumlu olacak şekilde mümeyyiz çocukların sağlık kayıtlarına ebeveyninin erişimini izne tabi tutabileceğini düzenlemiştir. Yönetmelik özel olarak hangi tıbbi müdahaleler bakımından ebeveynin sağlık verilerine ulaşamayacağına ilişkin bir hüküm öngörmediğinden eleştiriye muhtaçtır.⁶⁴ Ayrıca, mümeyyiz çocuk kıstasını kullanmış ve özel olarak yaş belirtmemiştir.⁶⁵ Söz gelimi cinsel dokunulmazlığına ilişkin bir fiile rıza gösterme ehliyetine sahip 15 yaşını tamamlamış bir çocuğun jinekolojik bir tıbbi müdahale istemesi halinde durumdan ebeveyn haberdar edilecek midir, sorusu cevapsız kalmaktadır. Özellikle bu mahiyette bir tıbbi müdahalede çocuğun mahremiyet hakkının ihlal edilmesi aynı zamanda sosyolojik gerçeklik de gözetildiğinde sakıncalı durumlara sebep olabilecektir.⁶⁶ Çocuğun ebeveyni ya da diğer kanuni temsilcisinin sağlık sigortasından yararlanması halinde sigorta kapsamında

⁶⁴ AB ya da Avrupa Konseyi düzeyinde belirli bir yaş ile çocuk hastaların mahremiyetine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Ancak ABD'de çoğu eyalet kanunları ve federal kanunlara göre, küçüklerin sağlık hizmetleri alabilmesi için ebeveynleri veya kanuni temsilcileri bu tür hizmetlere rıza göstermelidir. Ancak HIPAA (Health Insurance Portability and Accountability Act) ve diğer kanunlar hangi durumlarda ebeveyn ya da diğer kanuni temsilcilerin rızası aranmaksızın çocukların sağlık hizmetlerinden yararlanabileceğini açıkça düzenlemiştir. Bu müdahaleler genellikle iki kategoriye ayrılır: hamile çocuklar veya ergin kılınmış çocukların yararlanacağı sağlık hizmetleri ve tüm küçüklerin kanuni temsilci rızasızın kesin biçimde yararlanabileceğini düzenleyen kanunlar. Çocuklara uygulanacak tıbbi müdahalelerde rıza gösterme hakkına sahip olan ebeveyn ya da temsilci aynı zamanda ona ilişkin verilere de erişme hakkına sahiptir. Ancak sayılan rızanın gerekmediği hallerde çocuğun kişisel sağlık verilerine ebeveyn ya da temsilci erişmemektedir. Bkz. Neil Calman/Helen R. Pfister/Ruth Lesnewski/Diane Hauser/Nandini Shroff, "Electronic Access to Adolescents' Health Records: Legal, Policy and Practice Implications", Family Practice Management, Mart/Nisan 2015, s.11 Çevrimiçi www.aafp.org/fpm (11.07.2019).

⁶⁵ Calman/Pfister/Lesnewski/Hauer/Shroff, s.12; New York Eyaleti Sağlık Bilgi Ağının geliştirilmesinden sorumlu olan New York E-Health Collaborative, ABD toplumunda ergenlik, cinsel aktivitelere başlama yaşı ve doğum yapan anne yaşlarını da dikkate alarak gençlere yönelik sağlık bilgilerinin değişimini sağlayan bir politika oluşturdu. 10 yaş ve üstü çocukların sağlık verileri ancak çocuğun rızası ile paylaşılmaktadır. Diğer eyaletlerde de yaş aralığı 10-16 arasındadır.

⁶⁶ 25.06.2012 tarihli bir gazete haberine göre, hamile olan genç kızın gebelik sürecine ilişkin GEBESİS üzerinden aile hekimi kızın babasına mesaj göndermiştir. Medyada da pek çok kimse tarafından bu türden mahremiyet ihlalleri nedeniyle genç kızların töre saiki ile öldürülebileceği endişesi dile getirilmiştir. Çevrimiçi <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/aile-hekiminden-bekar-genc-kiz-babasina-sokcep-mesaji-tebrikler-kiziniz-hamile-20837705> (11.07.2019).

ilgili kişiye sigortadan yararlanan çocuğun aldığı sağlık hizmeti bilgisi verilmesi ya da ilgilinin buna bilgiye erişmesi de çocuğun mahremiyet hakkını ihlal edebilecektir.⁶⁷

Hasta yakınlarının sağlık verilerine ulaşması ise HHY m.18/3'e atıf yapılarak hastanın bir başkasının bilgilendirilmesini istemesi halinde hastanın imzası ile bu mümkün olabilecek ve ilgili hasta yakını sağlık verilerine erişebilecektir.

4. Güvenlik Kameralarının İşleme Durumu

Hastanelerde bulunan güvenlik kameraları da verilerin işlenmesi bağlamında değerlendirilmelidir. Hastaların hastaneye giriş çıkışları ve ziyaret ettikleri klinik bilgilerin kaydı da sağlık verileridir. Sağlık mesleği mensuplarına yönelik şiddet olayları yahut hasta yakınlarının arasında yaşanan olaylar da gözetildiğinde güvenlik kamerası kullanımını gerekli bir müdahale olarak değerlendirilebilirse de bu kayıtlar hasta mahremiyeti bakımından sakıncalıdır, zira özel nitelikli veri olan bu kayıtların başkalarının eline geçmesi yahut başkaca amaçlarla kullanılması da mümkündür.⁶⁸

Kanaatimizce KVKK m.6'da sayılan özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartlarına tabi olarak kişilerin açık rızası ile hastane giriş çıkış ve kliniklerde görüntü kaydı yapılabilir. Hastane ve hasta arasında bulunan sözleşmeye hastanede içinde bulunan güvenlik kayıtları ile kayıt yapıldığına ilişkin aydınlatma bulunmalı ve hasta kayda rıza gösterdiğini açıkça belirtmelidir. Konuya ilişkin Özel Hastaneler Yönetmeliği⁶⁹ m.49/5'te hasta mahremiyeti dikkate alınmak kaydıyla, ortak kullanım alanlarının kamera kayıt sistemi ile kayıt altına alınacağı ve bu kayıtların en az 2 yıl süre ile saklanacağı düzenlenmiştir. Yine uygulamada sıklıkla karşılaşılan hastanın hekimin tedavi yöntemini cinsel saldırı veya cinsel taciz olarak nitelendirmesi muayene

⁶⁷ Bkz. Calman/ Pfister/Lesnewski/Hauer/Shroff, s.12; ABD'de üreme sağlığı, mental sağlık ve doğum öncesi sağlık hizmetleri konularında çocuk doğrudan tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmektedir. Örneğin New York eyaletinde durum böyle olup bu sağlık hizmetlerinden yararlanan çocuğun sağlık verileri mahremdir, ebeveyn ya da kanuni temsilci ile paylaşılabilir. Örneğin bu çocuk ailesinin sağlık sigortasından yararlanıyorsa çocuğun mahremiyetini ihlal edecek biçimde ebeveyn sağlık hizmetini faturalayamaz.

⁶⁸ Keklik, s.232.

⁶⁹ Resmî Gazete Tarihi: 27.03.2002, Resmî Gazete Sayısı: 24708.

odasında yalnız hasta ve hekim bulunduğundan ispat sorunlarına yol açmaktadır. Bu durumda güvenlik kamerası muayene odası girişinde bulunmalı ve de hekim ve hastanın açık rızası ile muayene odasında yardımcı sağlık personeli de bulunabilmelidir.

C. SAĞLIK VERİLERİNİN MAHREM OLMA NİTELİĞİNİ YİTİRMESİ

1. Sağlık Verilerinde Mahremiyetin Sona Erdiği Haller

a. Arşivleme

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği⁷⁰ m.32’de her yataklı tedavi kurumunun merkezi tıbbi arşivinin bulunacağı düzenlenmiştir. Arşivlenecek veriler; bütün servislerin ve olanakları ölçüsünde polikliniklerin işi biten dosyaları ve istatistiki düzenlemelerdir. Bu merkezi tıbbi arşivin çalışma şekli ve verilerin bilgisayar ortamında kaydına ilişkin şekli, Yönetmelik, Yönerge’ye bırakmıştır. Bahsi geçen Yönerge ise Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi’dir.⁷¹ Yönerge, Sağlık Bakanlığı’na bağlı bütün kurum ve kuruluşları bağlamaktadır. Yönerge’ye Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönerge⁷² ile teknik detaylı hükümler getirilmiştir. Bu değişiklik ile gizliliği ve veri güvenliğini sağlamak için bilgi sistemlerinde yedekleme, veri tabanı güvenliği, sunucu güvenliği gibi hususlar ayrıntılı düzenlenmiştir. Yönerge’nin kişisel sağlık kaydı kapsamı; hasta ile ilgili sözlü bilgi, yazılı bilgi, tıbbi müdahaleler, ön tanı, teşhisler, grafik imajları, fatura gibi konular olup sınırlı sayıda değildir.

Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi m.15, adli vakalara ilişkin tüm tahlil, tetkik sonuçları ile her türlü kayıt, doküman ve hasta dosyalarının en az yirmi yıl süreyle yataklı tedavi kurumunun arşivinde muhafazasının zorunlu olduğunu düzenlemiştir. Ancak Yönerge’nin muhafazaya ilişkin azami süreyi belirlememesi eleştiriye muhtaçtır. Konuya ilişkin Özel Hastaneler Yönetmeliği m.49’da da ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak üzere özel

⁷⁰ Resmi Gazete Tarihi: 13.1.1983, Resmi Gazete Sayısı: Mükerrer 17927.

⁷¹ Sağlık Bakanı’nun 06.11.2001 tarih ve 10588 sayılı olurları ile yürürlüğe girmiştir.

⁷² 06.06.2007 tarihli ve 5228 sayılı makam onayı ile yürürlüğe girmiştir.

hastanede tutulan hasta dosyalarının en az 20 yıl süre ile muhafaza edilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

b. Anonimleştirme

GDPR m.89'da kamu yararı için arşivleme yapılması amacıyla, bilimsel veya tarihi araştırma amacıyla veya istatistiki çalışmalar amacıyla verilerin daha uzun süre depolanabileceği öngörülmüştür.⁷³ Ancak bunun için gerekli tedbirler, veri minimizasyonu gözetilerek alınmalıdır. Arşivleme amacıyla yapılacak bu uzun süren muhafazanın, ilkeyi zedelememesi adına GDPR *pseudonymisation* adı verilen bir yöntem benimsemiştir ve bu yöntem uyarınca; verinin belirli bir kişi ile ilişkilendirilebilir olma unsuru kaldırılacak yahut yapay bir isimle değiştirilecektir.⁷⁴

Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik de m.5/5'te *maskelemeden* bahsetmiş ve bu yönteme göre kişisel verilerin belirli alanlarının, kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek şekilde silinmesi, üstlerinin çizilmesi, boyanması ve yıldızlanması yolu ile basılı materyaller üzerinde bu verilerden sağlık personelleri yararlanabilecektir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 4. maddesinde tabip ve dış tabiplerinin mesleklerinin icrası nedeniyle öğrendikleri sırları kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemeyeceklerini düzenlemiş ve tıbbi toplantılarda takdim ederken yahut yayım yaparken de hastanın kimliğinin açıklanamayacağını düzenlemiştir. Nitekim hekimler tebliğ ve sunumlarında hastanın kimliğini anonimleştirerek bu yükümlülüğünün gereğini yerine getirmektedir.⁷⁵ Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m.16'da KVKK m.28/1-b'ye uygun olarak bilimsel çalışmalarda veri sorumlusunun sağlık verilerini anonim hale getirilmesi ile kullanılabilmesi düzenlenmiştir.

⁷³ Özkan, s.20.

⁷⁴ Çevrimiçi <https://gdpr.report/news/2017/11/07/data-masking-anonymisation-pseudonymisation> (15.05.2019).

⁷⁵ Hasta Hakları Yönetmeliği m.23/4 "Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz"; 29863 sayılı Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik m.5/7 "Kişisel sağlık verileri anonim hale getirilmek kaydıyla; sağlık politikalarının belirlenmesi, sağlık maliyetlerinin hesaplanabilmesi, sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, bilimsel faaliyetler ve istatistiksel çalışmalarda kullanılmak üzere yayımlanabilir ve aktarılabilir."

Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m.4 ile ilk kez *açık sağlık verisi* kavramına yer verilmiştir. Anonim hale getirilmiş ve fikri mülkiyet hakları ihlaline yol açmayacak herhangi bir amaç ile serbestçe kullanılabilen bu veriler, sağlık hizmetlerine ilişkin strateji geliştirmek, bilimsel araştırma yapmak, şeffaflığı sağlamak için bir internet sitesi üzerinden Sağlık Bakanlığınca kişilerle paylaşılacak veriler olduğu düzenlenmiştir. Bir gerçek kişi ile ilişkilendirilebilirlik unsuru ortadan kalktığı için açık sağlık verileri, kişisel veri korumasından yararlanamamaktadır.

c. Ölüm

Hastanın yaşamının sona ermesi halinde mahremiyet hakkı kapsamındaki bilgilerin akıbeti tartışmalı olmakla beraber sağlık mesleği mensubunun hastanın tıbbi durumunun detaylarını paylaşmaması gerektiği kabul edilir.⁷⁶ Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği m.21/3'te ölüm olayının mahremiyetin bozulması hakkını vermediği düzenlenmiştir. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 9. maddesinde de hastanın ölmesi ya da hekimle ilişkisinin sona ermesinin sır saklama yükümlülüğünü kaldırmayacağı ifade edilmiştir.⁷⁷ Ancak bu hükümlere rağmen hatalı olarak Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m.11 ölüm halinde veraset ilamı olan yasal mirasçının murisinin sağlık verilerine ulaşabileceğini düzenlemiştir.

d. İlgilinin Rızası

Hasta tıbbi durumunu kamuya açık hale getirdiğinde sağlık mesleği mensubunun sır saklama yükümlülüğünden söz edilemeyecektir.⁷⁸ Aynı biçimde hastanın sağlık verilerinin yayılmasına ilişkin rızasının olması ve hasta bilgilerinin anonimleştirilerek vaka olarak tıbbi mecmualarda, platformlarda yayınlanması da sır saklama yükümlülüğünün ihlali değildir.

İlgilinin rızası bakımından Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m.10 ile avukatların müvekkillerinin sağlık verilerine erişimini buna ilişkin açık rızanın yer aldığı vekâletname ile mümkün kılmasına da değinilmelidir. İlgili hüküm her ne kadar barolar tarafından elesti-

⁷⁶ Jonathan Herring, *Medical Law and Ethics*, 5. Baskı, Oxford University Press, UK, 2014, s.2, s.226.

⁷⁷ Demir, s.167.

⁷⁸ Herring, s.235.

rilse de kanaatimizce tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin dahi tedavi için gerekli sağlık verilerine ancak hastanın rızası ile ulaşabilmesi karşısında özel yetki şartı öngörülmesi isabetlidir; ancak bu düzenleme Yönetmelik ile değil, kanun ile yapılmalı idi.

2. Mahrem Olma Niteliğini Yitiren Veriler Bakımından Ceza Hukuku Bağlamında Sağlanan Koruma

KVKK m.7'ye göre Kanun ve diğer kanun hükümlerine uygun şekilde işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesi gereken sebeplerin ortadan kalkması halinde söz konusu verinin re'sen veya ilgisinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi gerekmektedir.

TCK m.138 kanunların belirlemiş olduğu muhafaza etme süresi geçmesine karşın verilerin sistem içinde yok edilmemesini suç olarak ihdas etmiştir. Zira kişisel veri tutulduktan sonra verinin ne süre boyunca muhafaza edileceğinin bilinmemesi, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ile de bağdaşmamaktadır.⁷⁹ Bu minvalde bir suç ihdası, kişisel verilere hâkim olan ilkelerden öngörülen ve işlenen amaç için gerekli olduğu süre kadar muhafaza edilmenin de ceza hukuku korumasından yararlandığına delalet eder. Zira GDPR m.5'te ve KVKK m.4 genel ilkelerde de öngörüldüğü gibi kişisel verilerin korunmasında veri minimizasyonu ilkesi bünyesinde amaçla sınırlı olma ve ölçülülüğü de taşır. Amaç gerçekleştikten sonra da verinin muhafazası gereği bulunmadığından TCK m.138'deki suç ihdas edilmiştir.

Ancak madde metninde tüm kişisel verileri kapsar biçimde bir veri muhafaza etme süresi belirlenmemiş olup bu sürenin saptanması özel kanunlara bırakılmıştır. Sağlık verileri bakımından genel bir hüküm olarak mülga Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik m.9/3'te merkezi kayıt sistemine aktarılan verilerin, aktarımın yapıldığı tarihten 10 yıl sonra yerel veri tabanından silinebileceği düzenlenmişti. Bu suçun ihdas amacı gözetildiğinde kanun koyucunun kişisel sağlık verilerine ilişkin düzenlemelerde veya ikincil mevzuatta muhakkak muhafaza etme süresi ve yok etme süre ve usullerini düzenlemiş olması gerektiği kanaatindeyiz. Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'te ise verilerin mu-

⁷⁹ Özkan, s.21.

hafaza edilme ve yok edilmesine ilişkin külli bir süre ölmüş kimsenin kişisel sağlık verilerinin en az 20 yıl saklanacağına ilişkin m.m.11/2 hariç bulunmamaktadır.

AİHM ise *S ve Marper v. UK*⁸⁰ başvurusunda haklarında yürütülen ceza soruşturmasında parmak izi, doku örneği ve DNA örneği alınan başvuruçuların bu kişisel verilerinin, yağmaya teşebbüs suçundan be-
raat eden ilk başvuruçunun ve partnerine cinsel saldırıda bulunan ve hakkındaki ceza muhakemesi süreci duran ikinci başvuruçunun sayı-
lan kişisel verilerinin belirsiz süre için saklanması m.8'in ihlali ol-
duğuna hükmetmiştir. Ancak benzer bir konuda olan *Peruzzo ve Mar-
tens v. Almanya*⁸¹ başvurusunda AİHM, farklı bir sonuca ulaşmıştır.
Hükümlü başvuruçuların gelecekte olası cezai işlemlerde kullanılmak
üzere DNA profilleri alınmış ve ihlal olarak değerlendirilmemiştir.
Kararında *S ve Marper v. UK* içtihadını kıyaslayan AİHM, iç hukuka
göre kişilerden DNA örneklerinin alınması, saklanması ve tutulması-
nın ancak ciddi suçlardan hüküm giymiş kimseler bakımından ve kuv-
vetle muhtemel gelecekte de benzer suçlardan cezai takibata uğraya-
cak kişiler bakımından mümkün olduğunu belirtmiştir. Karara konu
olayda da yerel mahkeme yeterli ve ölçülü bir biçimde kişilerin tekrar
suç işlemeleri mümkün olduğu tespitini yapmıştır ve iç hukukta DNA
örnek ve profillerinin belirtilen amaç harici kötüye kullanılmaması için
gerekli önlemlerin alındığı gerekçesiyle aleyhine başvuruçuların devletin
taksir marjı kapsamında ihlal mahiyetinde olmayan bir işlem olduğu-
na hükmetmiştir.

III. HASTA MAHREMİYETİ HAKKININ SINIRLANABİLECEĞİ HALLER

A. HASTA MAHREMİYETİ HAKKI VE BU HAKLA YARIŞAN BAZI HUKUKİ DEĞERLER

Kişilerin sağlık verilerinin rızaları olmaksızın açıklanması kural olarak özel hayatın gizliliğini ihlal teşkil eder.⁸² Nitekim AİHM bir kararında AIDS hastası olan bir kişinin bu durumunu onun rızası olmaksızın öğrenen ve onu işe almayı reddeden işverenin fiili üzerine

⁸⁰ Application no. 30562/04 ve 30566/04.

⁸¹ Application no. 7841/08, 57900/12.

⁸² Akyürek, s.66.

yargıya nakleden uyuşmazlıkta özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁸³ Aynı doğrultuda Anayasa Mahkemesi, 2014/19081 no'lu başvuruda HIV pozitif olması nedeniyle işten çıkarılan işçinin, açtığı davada duruşmanın gizli yapılması talebinin mahkemece reddinde kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Zira AYM, HIV pozitif hastaların önyargıya muhatap olduğu ve dışlanma ve ayrımcılığa maruz kalabileceğinden gizlilik talebinin makul ve savunulabilir olduğuna ve ilk derece mahkemesinin duruşmanın gizliliği talebini red kararının ayrıntılı ve gerekçeli olması gerektiği yorumunda bulunmuştur.

AİHM her olayın somut özelliklerini ele alıp söz konusu bilgilerin ifşasının m.8'in ihlali olup olmadığını değerlendirir. *Z v. Finlandiya*⁸⁴ başvurusunda bir suç nedeniyle soruşturulan şüphelinin HIV taşıyıp taşımadığını tespit için eşinin sağlık kayıtlarına dayanması ve bu kayıtların mahkeme tutanaklarına geçmesini eşin AİHS m.8 kapsamındaki hakkının ihlal edildiği iddiası ile incelemiştir. AİHM, kişinin tıbbi kayıtlarının m.8 kapsamında olduğunu kabul etmekle beraber soruşturma konusu suçun ehemmiyetini öncelikle ihlal mahiyetinde görmemiştir.⁸⁵

1. Eğitim Hakkı

Sağlık mesleği mensubu olmak, kişiye otomatik olarak tıbbi müdahalelerde bulunma hakkını vermediğinden birtakım personelin tıbbi müdahale sırasında bulunması, müstakbel sağlık çalışanlarının eğitim hakkı ile yarışabilir ve hastanın özel hayatına müdahale teşkil edebilir. AİHM, *Konovalova v. Rusya*⁸⁶ başvurusunda doğum sırasında tıp fakültesi öğrencilerinin de ameliyathanede bulunmasının hastanın mahremiyet hakkını ihlal edip etmediğini ele almıştır. Olayda hastanenin jinekoloji bölümüne doğum için kabul edilen başvurucuya

⁸³ Akyürek, s.66.

⁸⁴ Application no.22009/93.

⁸⁵ Ancak AİHM, her somut olayı kendi şartları dâhilinde değerlendirdiğinden *Panteleyenkov v. Ukrayna* kararında ceza yargılaması için gerekli olmayan, kişinin psikiyatrik durumuna dair verilerin ilgili kurumdan talep edilip duruşmada okunmasını özel yaşamın ihlali olduğuna hükmetmiştir. (Aktaran: Yusuf Ziya Polater, *Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.126).

⁸⁶ Application no. 37873/04.

verilen bilgilendirme kitapçığında, hastanenin aynı zamanda eğitim hastanesi olması nedeniyle jinekoloji ve obstetrik öğrencilerinin de tıbbi müdahale esnasında bulunacağı bilgisi verilmiştir. Rus Hükümeti, tıp fakültesi öğrencilerinin müdahaleye katılmalarının, eğitimlerinin bir parçası olduğunu ve Rusya Sağlık Hizmeti Kanunu m.54'e göre tıp fakültesi öğrencilerinin eğitim amacıyla müdahalelerde bulunabileceği öngörüldüğü ve başvuruçunun öğrencilerin katılımına itiraz etmediğinden m.8'in ihlal edilmediğini ileri sürmüştür. Ancak hastaya bu kitapçığın verildiği an tespit edilememektedir. Ayrıca şiddetli kasılmaları olan 40 haftalık hamile başvuruçunun, öğrencilerin de doğum sırasında bulunmalarına, karşı çıkma olanağının bulunup bulunmadığı anlaşılamamaktadır.

En nihayetinde AİHM, Sağlık Hizmeti Kanunu'nun ilgili maddesinin yalnız öğrencilerin eğitimi için genel çerçeveyi çizdiğini, hastanın öğrencilerin katılımına itiraz etmesinin mümkün olup olmadığını ve hasta mahremiyeti bakımından ayrıntılı koruma içermediğini belirtmiş ve m.8'in ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Türkiye'de de mevcut üniversite hastanelerinde benzer mahremiyet hakkı ihlali iddiaları ile karşılaşılması açısından hastaların, tıp fakültesi öğrencilerinin müdahale sırasında bulunması için rızası aranmalıdır. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği⁸⁷ m.7'ye göre poliklinik muayenelerinde gizlilik esas olup poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp mesleği personelinden başkası bulunmamalıdır. Hasta yakınının bulunması için de hastanın rızası aranmalıdır.

2. Din ve Vicdan Özgürlüğü

AİHM'e giden *Avilkina ve diğerleri v. Rusya*⁸⁸ başvurusunda, başvuruçular rızaları olmaksızın sağlık dosyalarının savcılık ofisine verilmesi ile AİHS m.8'in ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvuruçulardan biri Yehova Şahitleri İdari Merkezi'dir ve bu kurumun faaliyetleri aleyhine pek çok kere devletin çeşitli makamlarına başvuruda bulunmuş ancak cezai bir kovuşturma bulunmasa da St. Petersburg Şehir Savcısı, Sağlık Komitesi'ne şehirdeki tüm medikal kuruluşlarda kan naklini reddeden Yehova Şahitleri'nin listesini istemiştir. Talebinde

⁸⁷ Resmi Gazete Tarihi: 13.1.1983, Resmi Gazete Sayısı: Mükerrer 17927.

⁸⁸ Application no. 1585/09.

Savcı, kuruma ilişkin yapılan soruşturmada faaliyetlerin illegal olup olmadığının tespiti gerektiğinden ve bu kurumun üyelerinin esasen kan naklini reddeden kişiler olduğundan hareketle listelerin gerektiği belirtilmiştir. Rusya Halk Sağlığı Kanunu Temel Prensipleri m.61'e göre tıbbi konsültasyon, bireyin sağlığı, teşhisi ve muayene veya tedavi sırasında elde edilen diğer veriler hakkındaki bilgiler gizlidir. Ancak istisnai hallerde bu gizlilik ortadan kalkar ve maddenin 3. fıkrasına göre bu hallerden biri de soruşturma makamlarının talebi üzerine, soruşturma veya adli işlemlerle ilgili olarak savcı veya mahkeme ile verilerin paylaşılmasıdır. Yehova Şahitleri İdari Merkezi'nin faaliyetleri konusunda şikâyetler bulunsa da hastane kayıtları savcılık ofisine verilen kişiler hakkında bir suç şüphesi ve cezai soruşturma ve kovuşturma bulunmamaktadır ve bu kişiler, sağlık kuruluşunda kan naklini reddeden masum kişilerdir.

AIHM, sağlık verilerinin özel hayatın gizliliği korumasından yararlanarak kişilerin ayrımcılığa maruz kalmasının önlenmesi ve ayrıca kişilerin tıp mesleği ve sağlık hizmetlerine olan güvenin korunduğunu genel kural olarak belirtmiştir. Ancak bir suç şüphesinin bulunması halinde çatışan kişisel yarar ve kamu yararı arasındaki denge de taraf devletin takdir yetkisindedir. Bununla birlikte başvuru gerçek kişiler hakkında suç şüphesi olmayıp başvuru dinî organizasyon hakkında gelen şikâyetler nedeniyle soruşturma yürütülmektedir. Soruşturmanın selameti açısından savcılık, Yehova Şahidi olan gerçek kişilerin bilgilerine başvurarak kişisel verilerini açıklamaya davet ederek sağlık verilerine başvurabilecekken başvuru dinî organizasyonun rızası hatta bilgisi olmaksızın sağlık verilerine hastane vasıtasıyla ulaşmayı tercih etmiştir. Bu nedenle de AIHM, dinî organizasyon harici başvuru dinî organizasyonun bakımından m.8'in ihlal edildiğine hükmetmiştir.

3. Basın Özgürlüğü

Kişinin kamusal bir figür olması, kamusal bir merakın tatminini de gündeme getireceğinden bu durumda kişilerin haber alma hakkı ve basın özgürlüğü nedeniyle özel hayatın gizliliği ihlal edilmiş olmayabilir.⁸⁹ Ancak bu durumda hastanın mahremiyet hakkının, haber alma hakkı ve basın özgürlüğü ile yarıştığı durumlarda kişilerin menfaati

⁸⁹ Keklik, s.52.

ve kamunun menfaati arasında adil bir denge aranır.⁹⁰ Bu çerçevede Daily Mirror gazetesi bir haberinde yüksek güvenilirlikli bir akıl hastanesinde ömür boyu kalma cezasına mahkûm edilen ünlü bir katil olan Ian Brady'nin geçmiş medikal kayıtlarına yer vermiş ve Lordlar Kamarası basın özgürlüğünü önceleyerek tıbbi kayıtların mahremiyeti hakkının basın özgürlüğü ile yarıştığına ve basının kaynaklarını açıklamaya zorlanamayacağına hükmetmiştir.⁹¹

Le Conseil d'État da bir raporunda devlet başkanının sağlık durumunu toplumun bilmesi gerektiğini belirtmiştir. Aynı doğrultuda Avrupa Konseyi Danışma Meclisi, kamusal yaşamda etkin rol oynayan kimselerin de özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduklarını ancak kamusal yaşamda etkilerinin olması nedeniyle bu hakkın istisnaları olabileceğini belirtmiştir.⁹² Türk Anayasa Mahkemesi⁹³ de bireyin korunması gereken mahrem alanının toplumsal konumu dikkate alınarak kamusal alana doğru genişleyebileceğini kabul ettiğinden⁹⁴ bu kişiler bakımından hasta mahremiyeti hakkı da kamu yararı ve haber alma hakkı nedeniyle sınırlanabilecektir.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun güncel bir kararına konu olayda, kişinin babasının kanser tedavisi gördüğü bilgisi bir gazetede yer almıştır. Üstelik sağlık verisi işlenen kişinin, kendisi dahi kanser hastası olduğundan habersiz olup durumunu gazeteden öğrenmiştir. Durumu öğrenen bu kişinin tedaviyi reddetmesi ve psikolojisinin bozulması üzerine Kurul, kişinin gazetede sağlık verisi işlenmesinde kamu yararı bulunmadığından bahisle gazete hakkında idari para cezasına hükmetmiştir.⁹⁵

4. Kamu Sağlığı

Bazı hastalıkların bildirimini kanunen zorunlu tutulmuş olabilir, yine bunların bildirimini hasta mahremiyetinin ihlali teşkil etmeyecektir. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.57 ile bazı hastalıkların bil-

⁹⁰ Davis, s.305.

⁹¹ Davis, s.326.

⁹² Akyürek, s.67.

⁹³ Bkz. Birsen Berrak Tüzünataç Başvuru No.2014/203/64 para.44.

⁹⁴ Gökcan, s.177.

⁹⁵ Çevrimiçi <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6663/2019-372> (19.02.2020).

dirimi zorunlu olduğundan sağlık mesleğinin bu bildirimini sır saklama yükümlülüğünün ihlali teşkil etmez, nitekim kamu sağlığının korunması hedeflendiğinden AY m.17/2 ile de bağdaşır bir düzenlemedir. 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun m.11 de her sıtma vaka-sının ihbarını mecburi tutmuştur. AIDS hastalığı da 7.10.1985 tarih ve 3765 sayılı Sağlık Bakanlığı onayı ile ihbarı mecburi hastalıklardandır.

5. Devletin Ekonomik Menfaati

AIHM MS v. İsveç⁹⁶ başvurusunda başvuru, Devlet Sigorta Ofisi'nden iş kazası nedeniyle peyda olduğunu iddia ettiği bel ağrısı için tazminat talebinde bulunmuştur. Ancak Ofis'in başvuru, tedavi gördüğü klinikten tıbbi kayıtlarını istemesi üzerine bel ağrılarında iş kazası değil, kürtajın neden olduğu anlaşılınca talebi reddedilmiştir. Başvuru tıbbi kayıtlarının paylaşılmasının m.8'in ihlali olduğunu iddia etmiştir; ancak AIHM, başvuru, samimi olmayan davranışını dikkate alarak devletin ekonomik menfaatlerinin gözetilmesi için yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda ölçülü ve gerekli olduğuna karar vermiştir. Nitekim ihlale konu olay AB üyesi ülkelerde henüz yürürlüğe girmiş GDPR açısından da incelenirse, m.9/2(b)'ye göre sağlıkla ilgili veriler; veri sorumlusu ya da veri sahibinin çalışma, sosyal güvenlik ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin yükümlülükleri gereğini yerine getirmek amacıyla yönelik şekilde, veri sahibinin hak ve menfaatlerini gözeterek kaydedilebilecektir. Ancak bu işleme yahut kayıt; AB, AB üyesi devletin hukuku, ya da AB üyesi devletin hukukuna uygun bir kolektif sözleşme ile öngörülmüş olmalıdır. Dolayısıyla tıbbi kayıtların, devletin sosyal güvenlik ve sağlık hizmetlerinin maliyetini karşılaması bakımından bu durumda sağlık verilerine ve özel hayatın gizliliğine ilişkin koruma ihlal edilmiş olmamaktadır.

5510 sayılı Genel Sağlık Sigortası Kanunu m.78'de de tüm sağlık hizmeti sunucularına sağlık hizmeti sunduğu kişilere ait sözleşmede yer alan bilgileri elektronik ortamda yahut yazılı olarak Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na bildirme yükümlülüğü yüklediğinden bu, hasta mahremiyetini ihlal etmemektedir.

⁹⁶ Application No. 20837/92.

6. Kamu Güvenliği

Bir fiilin mahremiyet hakkına müdahale oluşturup oluşturmadığı, kişinin içinde bulunduğu sosyal çevre de dikkate alınarak değerlendirilmelidir.⁹⁷ Örneğin aynı ortamda bulunma zorunluluğu bulunan tutuklu, mahkûm, askerlerin özel hayat alanı korumasından yararlanan faaliyet ve verileri daha sınırlı olabilecektir.⁹⁸ Türk hukukunda hükümlü ve tutuklu muayeneleri Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük⁹⁹ ve 19.08.2011 tarihli Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetim, Dış Koruma, Hükümlü ve Tutukluların Sevk ve Nakilleri İle Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Protokol uyarınca yapılmaktadır. Tüzük'ün 38. maddesince ceza infaz kurumu müdürlüğü bulunan yerlerdeki hastanelerde firar tehlikesine karşı muhafazalı muayene odaları yapılacaktır. Jandarma muayene sırasında odada bulunmayacak ve firar ihtimaline karşı gerekli tedbirleri alacaktır. Ancak doktorun yazılı talebi ile jandarma muayene sırasında odada bulunabilecektir. Muhafazalı muayene odalarının bulunmadığı kurumlarda ise jandarma doktorun istemi olmaksızın muayene odasında bulunacak¹⁰⁰ ve doktorla hasta arasında geçecek konuşmaları duyamayacak uzaklıkta bulunarak gerekli tedbirleri alacaktır Kanaatimizce muayene odalarının fiziksel ortamı bilindiğinden jandarmanın odada bulunması hasta mahremiyeti bakımından sakıncalı olup olası işkence yahut kötü muamele iddialarına karşı mahkûm ya da tutuklunun durumu doktora açıklamasında çekinmesine yol açabileceğinden bir an evvel muhafazalı odalar ülke çapında yapılmalıdır.

B. KONSÜLTASYON

Hekimin bir tıbbi müdahale ile ilgili olmak üzere konsültasyona başvurması halinde başka bir hekime hastanın durumuna ilişkin bilgi

⁹⁷ Keklik, s.45.

⁹⁸ Keklik, s.46.

⁹⁹ Resmi Gazete Tarihi: 6.4.2006, Resmi Gazete Sayısı:26131.

¹⁰⁰ Jandarmanın muayene odasında bulunduğu bir ihlal olarak bkz. Y.F. v Türkiye başvurusunda terör suçu nedeniyle gözaltında bulunan kadın şüphelinin genital muayenesi yapılmıştır. Muayene esnasında polis de muayenenin yapıldığı odada perdenin arkasında bulunmuştur. Başvuruya konu olayın gerçekleştiği dönemde genital muayene kolluk güçleri pratiği olarak yapıldığından kanunilik şartı yerine getirilmemiştir ve ayrıca muayene odasında erkek kolluk görevlilerinin de bulunması nedeniyle AİHM tarafından m.8'in ihlal edildiği sonucuna varılmıştır (Application no.24209/03).

aktarımı hastanın mahremiyet hakkı ve hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlali oluşturmaz.¹⁰¹ Ancak hekim herhangi bir konsültasyon gereksinimi bulunmaksızın, hastanın tedavisi ile ilgisi bulunmayan bir kişiyle hastanın kişisel verilerini paylaşmışsa ne olacaktır? Tıbbi olarak gereken bir konsültasyon durumunda pek tabii hekim, hastanın tedavisi için gereken sağlık verilerini veyahut diğer elzem kişisel verilerini konsültan hekim ile paylaşabilecektir, ancak hekimin sır saklama yükümlülüğünün de nazara alınması gerekmektedir. *Hakeri'* nin de belirttiği üzere hekimin sır saklama yükümlülüğü yalnız hastane dışındaki üçüncü kişilere yönelik olmayıp hastane idaresi ve idari personele karşı da bulunmaktadır. Bu çerçevede hasta dosyasının ve hastane içi yazışmalarının tümünün, idareye verilmesine ilişkin bir talimat mahremiyet hakkını ihlal edecektir ve de bu durum ayrıca hukuka aykırı olduğundan hekimin gibi TCK m.136 çerçevesinde cezai sorumluluğunu doğuracaktır.¹⁰²

C. HASTA MAHREMİYETİ HAKKI VE CEZA HUKUKU İLİŞKİSİ

1. Sağlık Mesleği Mensubunun Suçu Bildirme Yükümlülüğü

TCK m.280 sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği belirtisi ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmemesini veya bunda gecikme göstermesini suç olarak düzenlemiştir.¹⁰³ Yani sağlık mesleği mensubunun hasta mahremiyetini ve sağlık verilerinin gizliliğini ihlal etmesi esasen TCK bağlamında

¹⁰¹ Yılmaz, s.110.

¹⁰² Hakan Hakeri, "Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme (Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali) Suçu", Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Mersin Barosu Yayını, Mersin, 2009, s.129.

¹⁰³ (1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır; Bu suç tipi 765 sayılı TCK'da da düzenlenmiş olup kabahat olarak vasıflandırılmıştı. Nitekim bildirim yükümlülüğünün kapsamı da 5237 sayılı TCK'da sağlık mesleği mensubunun görevi ile bağlantılı tüm suçlar için 765 sayılı TCK'da yalnız şahıslara karşı işlenmiş cürümler bakımındandı. Ayrıca sağlık mesleği mensuplarının bildirimde bulunmaları kendilerine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz bırakacaksa ihbarda bulunmamanın suç teşkil etmeyeceği düzenlenmişti.

belirtilen suçları gündeme getirmeli iken; bu suç tipinin varlığı ile sağlık mesleği mensubunun bu fiili, kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeninden yararlanarak suç teşkil etmeyecektir.

Bu suç tipi; suçun aydınlatılması, hukuk barışı ve kamu yararı gerçekleşmesi amaçlarına hizmet etmektedir.¹⁰⁴ Yani bir hukuk düzeninde suç teşkil eden fiillerin resmi makamlara bildirilmesinde bireyler ve toplum yönünden önemli faydalar olmakla¹⁰⁵ beraber hasta mahremiyeti ve sağlık mesleği mensubunun sır saklama yükümlülüğü bakımından sakıncalı bir düzenlemedir.¹⁰⁶ Söz gelimi çalışma izni bulunmayan kaçak bir göçmen çalıştığı esnada çatıdan düşmesi üzerine hastaneye kaldırılır ve beyin kanaması geçiren işçiye tedavi uygulanır ve detaylı tetkikler için müşahade altında bulundurulması gerekir. Ancak hekim hastaya kaçak yollarla ülkeye giriş yaptığı için otoritelere durumu bildireceğini belirtir. Bunun üzerine hasta ileri tedavi uygulanmasını kabul etmeyip hastaneyi terk eder.¹⁰⁷

Bu örnek nezdinde suçun aydınlatılmasına yönelik kamu yararı ile sağlık mesleği mensubuna başvuran hastanın yaşamı ve beden bütünlüğünün korunmasına ilişkin yarar arasında denge bulunmadığı anlaşılmaktadır. Zira hastanın ihbar edileceği korkusu ile sağlık hizmetine başvurmaktan imtina etmesi, yaşam hakkının korunması için devlete yüklenen pozitif yükümlülük ile de bağdaşmamaktadır.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku,16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.1153.

¹⁰⁵ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükmeler,12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.1030.

¹⁰⁶ Bu görüşte diğer yazarlar için Bkz. Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/ Yasemin F.Saygılar Kırıt/Esra Alan /Özdem Özaydın/Efser Erden Tütüncü /Derya Altınok Villemin/Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2018, s.308.

¹⁰⁷ Maya Peled-Raz, Human Rights in Patient Care and Public Health- A Common Ground, Public Health Reviews, 38:29, 2017, s.7 (Çevrimiçi) <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5810084/> 17.11.2018.

¹⁰⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.1256; Yazarlar TCK m.280'nin mevcudiyetini devletin yaşam hakkının korunması bakımından pozitif yükümlülüğü ile bağdaştırmayıp ilga edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Yahut en azından sağlık mesleği mensubunun bu bildirim yükümlülüğüne, şüphelinin sağlık hizmetine başvuran kişi olması halinde istisna getirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Aynı doğrultuda bkz: Hakeri, Tıp Hukuku, s.1256; Koca/Üzülmez ise bildirim yükümlülüğü gerektiren suçun takibinin şikâyete bağlı olup olmadığı gözetilmeksizin böyle bir yükümlülüğün öngörülmesi, bazı suçların şikâyete tabi olmasının arkasındaki

Bu suçun gündeme gelebilmesi için sağlık mesleği mensubunun bir suça ilişkin belirti ile karşılaşması gerekmektedir. Sağlık mesleği mensubuna hastaya yönelik tıbbi müdahalede bulunmanın ötesinde belirtinin suç ürünü olup olmadığını mülhaza etmesi, kriminal durumuna ilişkin değerlendirmeler yapması, hastanın hasta kimliğinin geriye atılmasına neden olmaktadır.¹⁰⁹

a. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

Alman hukukunda hekimin suçu bildirme yükümlülüğü yalnız ağır bazı suçlarda gündeme gelmektedir. Yükümlülüğün gündeme geldiği başlıca hallere basit ve nitelikli adam öldürme suçları, soykırım suçu, tehdide dayalı insan yağması suçu, rehin alma suçu, terör örgütü aracılığıyla hava nakil aracına saldırı suçu örnek verilebilir. Ayrıca Enfeksiyon Kanunu, Nüfus Sicili Kanunu, Sosyal Kanun ve Organ Nakli Kanunu'nda da hekimin ihbar yükümlülüğü bulunmaktadır.¹¹⁰

Avusturya hukukunda ise hekimin sır saklama yükümlülüğü bulunmakla birlikte mesleğinin icrası sırasında, hastanın cezalandırılabilir bir hareketle bir insanın ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet vermiş olmasından şüphe etmesi ve bildirmedeki yararın gizli tutmadaki yarardan daha üstün olması halinde suçu bildirme yükümlülüğü altında olduğu öngörülmüştür. Ağır yaralanma olaylarında hekim, bildirim hasta ile arasındaki güven ilişkisini zedeleyecek ise bildirimde bulunmayabilir. Hekimin menfaatler arası değerlendirme yapmasını gerektirmeksizin bildirim yükümlülüğünün yasadan doğduğu hal ise kendi menfaatini koruyamayan bir çocuk veya herhangi bir kişinin huzuruna yönelik devam eden ağır bir tehlike halidir. Hekime Avusturya hukukunda bildirimde bulunma yükümlülüğü yüklenmekle beraber TCK m.280'nin aksine sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçu biçiminde ayrı bir suç tipi bulunmamaktadır.¹¹¹ İtalyan

gaye ile bağdaşmadığını savunmuşlardır (Koca/Üzülmez, s.989.); Artuk/Gökçen/Yenidünya da hekimin sır saklama yükümlülüğü ve CMK m.46'daki tanıklıktan çekinme hakkının varlığı karşısında bu suç tipinin mevcut olmasını çelişkili bulmuştur. (Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1031)

¹⁰⁹ Yavuz Erdoğan, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu", Legal Hukuk Dergisi, Cilt:7, Sayı.76, Nisan 2009.s.1112.

¹¹⁰ Yener Ünver, Adliye Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.272.

¹¹¹ Hamide Zafer, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu (TCK 280)",

Ceza Kanunu'nda ise sağlık mesleği mensubu görevini ifa ettiği sırada bir suç işlendiğini öğrendiğinde adli makamlara durumu gecikmeksizin bildirmekle yükümlüdür, ancak bildirim yapacağı suçun resen kovuşturulan bir suç olması gerekmektedir.¹¹²

2. Sağlık Mesleği Mensubunun Tanıklıktan Çekinmesi

CMK kapsamında sağlık mesleği mensuplarının mesleki uğraşları nedeniyle tanıklık yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. CMK m.46/1-b ile hekimler, diş hekimleri, eczacılar ve tüm sağlık mesleği mensuplarının bu sıfatları dolayısıyla hasta ve bunların yakınları hakkında öğrendiği bilgilere ilişkin tanıklıktan çekinebileceği düzenlenmiştir. Tanıklık yapmaya çağrılan sağlık personeli; hastaya ilişkin sağlık verisini açıklayarak maddi gerçeğe ulaşılmasına ilişkin kamusal yarar ile hasta mahremiyetine ilişkin kişilerdeki güvenin çatışması arasında kalacaktır¹¹³ ve buna mahal vermemek için bu minvalde bir hüküm ihdas edilmiştir. Ancak bu hüküm, mutlak bir çekinme hakkı tanımadığından sır sahibinin muvafakatı ile tanıklık yapmak mümkündür. Tanıklıktan çekinme halinin bulunması ve sır sahibi hastanın da muvafakatinin bulunmaması halinde hekimin tanıklık yapması halinde, hekim kişisel verilerin açıklanması suçunu işlemiş olacaktır.¹¹⁴ Hasta ve sağlık mesleği mensubu arasındaki güven ilişkisinin korunması maksadıyla tanıklıktan çekinme konusunda bu hüküm ihdas edilmiştir. Böylece yalnız bireyin değil, kamunun yararı da korunmaktadır.¹¹⁵

IV. SONUÇ

Hasta mahremiyeti hakkı, uluslararası hukukta özel hayata saygı gösterilmesi hakkı bünyesinde mündemiç olup tıp hukukundaki yeni gelişmelere paralel olarak ikincil mevzuatta başlı başına bir hak olarak tanınmıştır. Bu hakka saygı gösterilmesi herkesten beklenmekle birlikte hasta ile doğrudan teması olan başta hekim olmak üzere sağlık

İÜHFİM, Cilt 71, Sayı 1, 2013, s.1330.

¹¹² Ünver, s.272.

¹¹³ Sabine Michalowski, *Medical Confidentiality And Crime*, Ashgate, UK, 2003, s.62.

¹¹⁴ Hakeri, "Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme (Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali) Suçu" s.127.

¹¹⁵ Öztürk vd., s.307.

mesleği mensubu olduğundan kanun koyucu tarafından özel olarak buna aykırılık hukuki ve cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Hasta mahremiyeti hakkı, teknolojinin gelişmesi ile insan onuru ve kişilik hakları yeni saldırılara maruz kaldığından daha incelikli bir korumaya muhtaçtır. Bundan bahisle meslek ve sanatının icrası gereği bir sır vakıf olan sağlık mesleği mensubunun hasta sırrını ifşa etmesi, meslek sırrının korunmasına atfedilen önem gereği 765 sayılı TCK'daki gibi bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmelidir.

Sağlık verileri, özel nitelikli kişisel veri olarak tasnif edilmiştir ve bu verilerin korunması da daha incelikli bir koruma gerektirmektedir. Sağlıkta dijitalleşme döneminin yaşandığı çağımızda teknolojinin imkânlarından faydalanılarak bu korunma ve güvenlik ihtiyacı blockchain adı verilen sistemden de yararlanılarak gerçekleştirilmelidir.

Sağlık mesleği mensubunun sır saklama yükümlülüğü bulunmakta iken; TCK m.280 sağlık mesleği mensubuna suçu bildirmemesi halinde cezai yaptırıma maruz kalacağını düzenlemiştir. Bu suç tipi 765 sayılı TCK'da kabahat olarak mevcut bulunmaktaydı. 5237 sayılı TCK'da suçların kabahatleştirilmesi eğilimi mevcutken kanun koyucunun 280. madde ile sır saklama yükümlülüğü muhatabı sağlık mesleği mensubuna hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren yaptırımı gündeme getirmesi isabetsizdir. Sağlık verilerininin TCK m.135 ve devamı hükümlerin yararlandığı korumadan yararlanacağı düzenlenmiş olup suçun kamu görevlisi veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlenmesi daha fazla cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmiş; ancak öte yandan bu tür verilere ulaşan sağlık mesleği mensubunun suç da teşkil ediyorsa bunu ihbarla yükümlü olması ve buna aykırılığın cezai yaptırım gündeme getirmesi kanaatimizce kanun koyucunun çelişkisidir.

Kaynakça

- Akyürek Güçlü, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2013.
- Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Aydın Murat, "Tıbbi Müdahalelerde Mahremiyet ve Ceza Sorumluluğu", I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), Ed. Hakan Hakeri, Cahid Doğan Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s.109-121.

- Aydın Nizamettin, "Tıp Ceza Hukukunda Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme ve Ele Geçirme Suçu (TCK m.136)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 2, 2013, s.7-30.
- Badur Emel, "Hastanın Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesini Talep Hakkı", *Erzurum-luoğlu Armağanı*, Ed. Emel Badur, Ankara Barosu, 2012, s.99-122.
- Başalp Nilgün, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Bruynseels Koen, van den Hoven Jeroen, "How to Do Things with Personal Big Biodata", *Social Dimensions of Privacy Interdisciplinary Perspectives*, Ed.Beate Roessler/Dorota Mokrosinska, Cambridge, UK, 2015.
- Calman Neil Pfister, Helen R., Lesnewski Ruth, Hauser Diane, Shroff Nandini, "Electronic Access to Adolescents' Health Records: Legal, Policy and Practice Implications", *Family Practice Management*, Mart/Nisan 2015, Çevrimiçi www.aafp.org/fpm (11.07.2019).
- Davis Howard, *Human Rights Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, UK, 2013.
- Demir Mehmet, *Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Dülger Murat Volkan, "Blockchain ve Hukuksal Kullanım Alanları", *H+ Dergi*, 2019, s.42-47.
- Dülger Murat Volkan, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2019.
- Dülger Murat Volkan, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), Güz 2016, s.101-167.
- Dülger Murat Volkan, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (2), 2015, s.43-80.
- Erdoğan Yavuz, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt:7, Sayı:76, Nisan 2009, s.1103-1113.
- Gökcan Hasan Tahsin, "Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması", *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.155-189.
- Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2015.
- Hakeri Hakan, "Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme (Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali) Suçu", *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu*, Mersin Barosu Yayını, Mersin, 2009.
- Herring Jonathan, *Medical Law and Ethics*, 5. Baskı, Oxford University Press, UK, 2014.
- Keklik Ramazan, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Koca Mahmut, Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Michalowski Sabine, *Medical Confidentiality And Crime*, Ashgate, UK, 2003.

- Murat Mehmet, Blockchain ile Güvenli Elektronik Sağlık Sistemi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Teknik Üniversitesi Bilişim Enstitüsü, 2018.
- Özkan Feray, Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasının Pozitif Temelleri ve AİHM Kararlarından Örnekler (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Gezer Özge Sırma, Saygılar Kırıt Yasemin F., Alan Akcan Esra, Özaydın Özdem, Erden Tütüncü Efser, Altınok VILLEMIN Derya, Tok Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2018.
- Peled-Raz, Maya, Human Rights in Patient Care and Public Health- A Common Ground, *PublicHealthReviews*,38:29,2017,(Çevrimiçi) <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5810084/> 17.11.2018.
- Polater Yusuf Ziya, Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Sert Gürkan, "Hasta Hakları", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Editörler: Özge Yücel/ Gürkan Sert, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.125-153.
- Sert Gürkan, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2007.
- Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Ünver Yener, Adliye Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Voigt Paul, von dem Bussche Alex, The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Practical Guide, Springer, 2017.
- Yılmaz Sabire Sanem, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Zafer Hamide, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu (TCK 280)", *iÜHFİM*, Cilt 71, Sayı 1, 2013, s.1327-1352.

YOKSULLUK NAFAKASININ SONA ERME SEBEPLERİ VE YOKSULLUK NAFAKASININ SÜRESİZLİĞİNE DAİR TARTIŞMALAR

THE REASONS FOR THE END OF POVERTY SUPPORT AND DISCUSSIONS ON THE INDEFINITY OF THE POVERTY SUPPORT

Remzi DEMİR*

Özet: Evlilik birliğinin sona ermesinin olası sonuçlarından birisi yoksulluk nafakasıdır. Yoksulluk nafakası, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan ve boşanmada kusuru daha ağır olmayan eş lehine mali durumu daha iyi olan eş tarafından, mali gücü oranında süresiz olarak yardım edilmesini öngören, boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin bir kurumdur. Yoksulluk nafakası ahlaki değerlerin bir yansımasıdır. Yoksulluğa düşmüş eş için önem taşıyan yoksulluk nafakasının sona ermesi, boşanmış kişileri etkileyecektir. Yoksulluk nafakası belirli durumlarda kendiliğinden ya da mahkeme kararı ile sona erebilmektedir. Bu sebepler kanunda düzenlenmektedir ve sınırlı sayıdadır. İrat şeklinde ödenmesine karar verilen nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden kalkar. Alacaklının evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi birlikte yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hallerinde ise mahkeme kararıyla kaldırılır. Yoksulluk nafakasının kendine has özelliklerinden biri, “süresizliği”dir. Çalışmamızda, yoksulluk nafakasının sona erme haline ilişkin yasal düzenlemenin uygulama alanı ile sona erme sebepleri ayrıntılı olarak incelenir.

Anahtar Kelimeler: Yoksulluk Nafakası, Yoksulluk Nafakasının Sona Ermesi, Fıllı Birliktelik, Haysiyetsiz Hayat Sürme, Yoksulluk Nafakasının Süresi

Abstract: One of the possible consequences of the end of the marriage union is poverty support. Poverty support is an institution related to financial results of divorce, which is expected to be assisted indefinitely by the spouse who will fall into poverty due to divorce and whose financial status is better in favor of the other spouse, whose defect is not more severe in the divorce. Poverty support is a reflection of moral values. The end of poverty support, which

* Dr., Ankara Batı Cumhuriyet Savcısı, remzidemir60@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-6025-5476, Makale Gönderim Tarihi: 05.07.2019, Kabul Tarihi: 05.07.2019

is important for the spouse who has fallen into poverty, will affect the divorced people. Poverty support can end as a matter of course or by court order in certain situations. These reasons are regulated by law and are limited. The poverty alimony, which is decided to be paid periodically, will be terminated automatically in the event of the remarriage of the creditor or the death of one of the parties. If the creditor lives together with someone as if they were actually married without official marriage, his poverty disappeared or he lived without dignity, the support is removed by a court decision. One of the peculiarities of poverty alimony is its "indefinite" nature. In our study, the application area of legal regulation regarding the termination of poverty support and the reasons for termination are examined in detail.

Keywords: The Poverty Alimony, The Ending of The Poverty Alimony, De Facto Cohabitation, Living Dishonourably, Duration of The Poverty Alimony

I. GENEL OLARAK

Türk toplumunun temeli olan ailenin, eşler arasında eşitliğe dayandığı Anayasamızın 41. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeyle devlete, ailenin huzur ve refahı ile özellikle annenin ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli önlemleri alması görevi verilmiştir. Türk Medenî Kanunu, eşlerin her ikisine de, karşılıklı dayanışma ve yardımlaşma ödevi yükler.¹ Kanun koyucu eşlerin bakım ve dayanışma yükümlülüğünü, hem evlilik birliği süresince, hem de yoksulluk nafakası ile evlilik sonrasında şart koşmuştur. Türk hukukunda temel ilke, evlilik sonrası dayanışma ilkesidir. Buna karşılık İsviçre ve Alman hukukunda boşanma sonrasında tarafların en kısa sürede ekonomik bağımsızlıklarını kazanmaları amacını güden evlilik sonrası kişisel sorumluluk esastır.²

TMK m. 185'e göre evlenmeye eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle

¹ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt, 3, Aile Hukuku, 14. Bası, Filiz, İstanbul 2019, s.2; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 5. Bası, Turhan, Ankara 2004, s. 6,7; Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, 2. Bası, Vedat, İstanbul 2013, s. 4; Ömer Uğur Gençcan, Türk Medenî Kanunu Yorumu, Yetkin, Ankara 2015, s.1099 (Yorum); Gonca Gülfem Bozdağ, Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka, Yetkin, Ankara 2015,s.25; Ahmet Cemal Ruhi, Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Seçkin, Ankara 2004, s. 15; Ali İhsan Özuğur, Nafaka Hukuku, 4. Baskı, Legal, İstanbul 2007, s. 23.

² Mesut Öcal, Yoksulluk Nafakasının Süresi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, İstanbul 2018, s.1.

yükümlü oldukları gibi, birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar. Böylece evlilik birliğinin eşlere yüklediği yardım yükümlülüğü, evlilik birliğinin devamında hem maddi hem de manevi yardımı barındırmaktadır. Evlilik birliğinin genel hükümlerinin ve mal rejimine ilişkin hükümlerin yorumunda TMK m. 185 hükmünün öngördüğü temel ilkelerin esas alınması zorunludur.³

Evlilik birliğinin giderleri ve eşlerin maddi anlamda geçimlerini sağlaması ile ilgili olarak TMK m. 186/3’de, eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacakları belirtilmiştir.⁴ Evlilik birliğinin giderlerinin karı koca tarafından karşılanmasında başlıca ölçütler ailenin gereksinimleri, eşlerin ödeme gücü ve eşlerin yaşam koşullarıdır⁵. Hem TMK m. 185/3’te yer alan yardım yükümlülüğü hem de TMK m. 186/3’te ifade edilmiş olan eşlerin birliğin giderlerine emek ve malvarlıkları ile katılmasına ilişkin gereklilik, evlilik birliğinin sona ermesi ile birlikte kural olarak ortadan kalkmaktadır. Tarafların yükümlülüklerinin kısmen de olsa evlilik sona erdikten sonra da devam etmesini öngören istisnai nitelikteki yoksulluk nafakası hükümleri⁶ kamu düzenini yakından ilgilendirmektedir⁷. Bu nedenle eşlerden birisinin boşandığı eşine ödemekle yükümlü olduğu yoksulluk nafakası, evlilik birliği giderlerine dâhil edilmemiştir.⁸

³ Mustafa Alper Gümüş, *Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, Vedat, Ankara 2008, s. 5; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.70; Burçak Çitak, “Yoksulluk Nafakası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt. 74, Sayı. 1, Yıl. 2016, s.242.

⁴ Gençcan, Yorum, s. 1103, Öztan, s. 155.

⁵ Rona Serozan /Başak Başoğlu/Berk Kapancı, “Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi”, Prof. Dr. İlhan Uluşan’a Armağan Cilt II, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 15, Sayı. 2, Yıl. 2016 (Özel Sayı), s. 552.

⁶ Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, Filiz, İstanbul 1986, s.396; Dila Okyar Karamanoğlu, “Yargıtay Kararları Işığında Yoksulluk Nafakası Ödeme Yükümlülüğünün Şartları ve Ortadan Kalkması”, Prof. Dr. İlhan Uluşan’a Armağan Cilt II, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 15, Sayı. 2, Yıl. 2016 (Özel Sayı), s.421; Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklılarının Yabancı Ülkelerde Tahsili*, Seçkin, Ankara 2003. (Nafaka), s. 70; Oğuz Ersöz, “Yoksulluk Nafakasının Sona Ermesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı. 12, Ankara 2018, s. 466; Kahraman Zafer, “Yoksulluk Nafakası Hakkındaki Güncel Meselelerin Kadın Hakları Bakımından Değerlendirilmesi”, <https://docplayer.biz.tr/128607012-Ii-uluslararası-kadın-ve-hukuk-sempozyumu-yoksulluknafakası-hakkındaki-güncel-meselelerin-kadın-hakları-bakımından-değerlendirilmesi.html>, (Erişim tarihi: 30.01.2020)

⁷ Bozdağ, s.91.

⁸ Gümüş, s. 45.

Kanun koyucu, eşler arasındaki bakım ve yardım yükümlüğünün yalnızca evlilik birliği sırasında değil, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da devam etmesini öngörmüş ve bu nafaka türünü “yoksulluk nafakası” olarak adlandırmıştır. Bu çalışmamızda, yoksulluk nafakasının temel kavramları, sona erme halleri ile süresiz oluşuna yönelik eleştirilerin değerlendirilmesi ile kanaatimize yer verilecektir.

II. TEMEL KAVRAMLAR

A. Yoksulluk Kavramı

Türk Dil Kurumu yoksulluk kelimesinin anlamını “yoksul olma durumu, yoksulluk, variyetsizlik, sefillik, sefalet, fakirlik” olarak tanımlamıştır. Ancak nisbi kavram olan yoksulluk, net şekilde ortaya konulamamıştır. Çünkü “yoksulluk” olgusu koşullara, zaman ve mekâna, kültürlere, ülkelere, kişilere ve sair etkenlere göre değişiklik göstermektedir. Öncelikle ekonomik yoksulluktan ziyade yaşamın her alanında (siyasi, sosyal, eğitim, vs.) yoksulluğun var olduğunu ifade ederek, yoksulluğun yalnızca mali bir olgu olarak tanımlanmaması gerektiğini vurgulayan düşüncede isabet bulunmaktadır.⁹

Türk Medenî Kanunu’nda yoksulluk kavramının tanımı yapılmamıştır. Yoksulluk tanımı yapılırken ülkenin gerçekleri belirleyici bir unsur olarak hukuk uygulayıcıları tarafından göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁰ Bu nedenle yoksulluk nafakası açısından yoksulluk kavramının tanımlanmasında, ekonomik değer yargıları gözetilmelidir. Kendi mali olanakları ile geçimini sağlayamayan eşin yoksulluğa düşeceği aşîkârdır. Bu sebeple yoksulluk kavramı için en önemli ölçüt, malvarlığı ile geçimini ve ihtiyaçlarını karşılayamamadır.¹¹ Yoksulluk nafakası açısından yoksulluk ise, kişinin zorunlu ve hayati ihtiyaçları-

⁹ Arzu Ansen Medar, Yargı Kararları Işığında Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakası, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, Ankara 2018, s. 7.

¹⁰ Öztan, s. 502; Nazif Kaçak, Boşanma Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat ile Yoksulluk Nafakası, 2. Bası, Seçkin, Ankara 2009, s. 218; Şahin Topkaya, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2017, s. 50.

¹¹ Bilal Köseoğlu/Köksal Kocaağa, Aile Hukuku ve Uygulaması, 2. Bası, Ekin, Bursa 2011, s. 187; Mecit Demir, Türk Medenî Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası, Seçkin, Ankara 2018, s. 36; Kürşad Yağcı, “Yoksulluk Nafakasında ‘Süresizlik’ Sorunu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt, 76/S. 1, s.324.

nı karşılayamaması anlamına gelmektedir.¹² Çalışma gücünden yoksun olmanın yanı sıra gelir ve servete sahip olmamak, hiç geliri olmamak ve çalışmayacak durumda olmak, başka bir deyişle kendi mali olanakları ve çalışması ile geçimini sağlama olanağı bulunmamak ya da bu duruma düşme tehlikesiyle karşı karşıya olmak, çalışma yeteneğinden yoksun olmak ve hâlihazırdaki malvarlığı ile geçimini sağlayamamak yoksulluk kavramına dâhildir.¹³ Kanunda geçen “boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek” ibaresinin, sadece yoksulluğa düşmüş olanların değil, yoksulluğa düşmesi muhtemel olanların da madde kapsamında değerlendirilmesi gerekir.¹⁴

B. Yoksulluk Nafakası

TMK m. 175'te, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir.¹⁵ Türk hukukunda yoksulluk nafakası olarak ifade edilen nafaka türü İsviçre Medenî Kanunu'nda 'boşanma sonrası nafaka' başlığında düzenlenmektedir.¹⁶ Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.¹⁷ Hâkimin yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için, evliliğin boşanma veya butlanına karar ve-

¹² Medar, s.7; Köseoğlu/Kocağa, s. 187; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 155; Ceylan, s.108; Ruhi, Nafaka, s. 70; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul, Beta, Eylül 2017, s. 303; Ersöz, s.465.

¹³ Dural/Öğüz/Gümüş, s.155.

¹⁴ Ali Demirbaş, “Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası”, *Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl, 5, S. 2, İstanbul 2018, s. 229.

¹⁵ Öztan, s.496; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.112; Gençcan, Yorum, s. 981; Ruhi, Boşanma, s. 441; Mehmet Akif Tutumlu, Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2006.s. 520; Özüğür, s. 295; Kaçak, s. 216; Ebru Ceylan, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s.104; Ruhi, Nafaka, s. 77; Çitak, s. 244; Ersöz, s.466.

¹⁶ Yalçın Tosun, “Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakasının ve Doğurduğu Hukuki Sorunların İncelenmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 10, Sayı. 129-130, Y. 2015, s.57; Çitak, s.242.

¹⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 155; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.112; Mustafa Kırmızı, Aile Hukuku Davaları, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2018, s.661; Topkaya, s.48; Azra Serim Arkan, “Yoksulluk Nafakası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt. 65, Sayı. 1, Yıl. 2007,s.288; Cemal Oğuz, “Medenî Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 4, S. 1-2 (Haziran-Aralık 2000), s. 3; Bozdağ, s.78; Tutumlu, s. 526; Ceylan, s.110.

rilme suretiyle sona erdirilmiş olması gerekir.¹⁸ Bunun için, öncelikle bir evlilik mevcut bulunmalıdır. Böyle bir evlilik, esas olarak boşanma yoluyla sona erdirilebilir. Fakat butlanla yaptırıma bağlanan evliliklerde de boşanmaya ilişkin hükümler kıyasen uygulanacağından, yoksulluk nafakasına karar verilmesi mümkündür. Evlenmenin geçerlilik koşullarının tümünü içermeyen ve butlanına hükmedilen evliliklerde de mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, soyadı ve nafakaya ilişkin hükümler, TMK m. 158/2 gereğince uygulanmaktadır.¹⁹

TMK m. 175'te, boşanma sonucunda yoksulluğa düşme durumu derecelendirilmemiştir.²⁰ Bu nedenle her düzeydeki yoksulluk madde kapsamındadır.²¹ Boşanma kararının kesinleştiği tarihe göre normal ve vasat düzeyde yoksul olmak talepte bulunmak için yeterlidir. Boşanma anında yoksul olmayıp, daha sonra yoksullaşan eş lehine yoksulluk nafakasına karar verilemez.²² Ayrıca nafaka yükümlüsü mali açıdan güçlü olsa da nafaka alacaklısının geçimi için gerekli olan miktardan daha fazlası ile yükümlü kılınamaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmektedir.²³

TMK. m.176/1'e göre hâkim, yoksulluk nafakasının toptan ya da durum gerektiriyor ise irat şeklinde ödenmesine karar verebilir. Taraflar da yaptıkları anlaşma ile yoksulluk nafakasının ödenme şeklini belirleyebilirler. Bu anlaşmanın geçerli olabilmesi için, hâkim tarafından onaylanması gerekir.²⁴ Boşanma davasında talep edilen yoksulluk

¹⁸ Arkan, s.286; Mehmet Hamzaçebi, "Türk Medenî Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 10, S. 3-4, 2002,s.33; Yağcı, s.323; Tutumlu, s.521.

¹⁹ Gençcan, Yorum, s. 845; Öcal, s.32.

²⁰ Hatice Perkdaş, Boşanmada Yoksulluk Nafakası, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, Ankara 2008, s. 20.

²¹ Gediz Kocabaş, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi*, Cilt. 19, S. 1, 2013, s. 369.

²² Bozdağ, s.77; Kaçak, s. 221; Ruhi, Nafaka, s.71; Ersöz, s.473.

²³ YHGK, 07.10.1998 T, 1998/2-656 E, 688 K.

²⁴ Öztan, s.499; Arkan, s.295; Abdülkerim Yıldırım, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt. 14, Sayı. 157, Yıl. 2016, s.70; Gülçin Elçin Grassinger, "Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1997, Cilt 55,

nafakası, boşanma davasının fer'i olduğundan harca tâbi değildir. Ancak yoksulluk nafakası boşanma davasından bağımsız olarak açılırsa harca tâbidir²⁵. TMK m. 178'e göre maddi tazminat, manevi tazminat ya da yoksulluk nafakası davası, boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde açılmazsa zamanaşımına uğrar.

C. Yoksulluk Nafakasının Amacı

Yoksulluk nafakasının amacı, boşanan eşin kendi geçimini sağlayamaması durumunda, bu güce ulaşana kadar zorunlu gereksinimlerinin diğer eş tarafından karşılanmasıdır. Boşanmayla yoksulluğa düşecek eşin evlilik birliği süresince sahibi olduğu hayat standardını ya da refah halini amaçlamayan yoksulluk nafakası, evlenmeden doğan güvenin korunmasıdır.²⁶ Eğer yoksulluğa düşme, boşanma dışında nedenlerle oluşursa nafaka istemi kabul edilemez. Örneğin kişinin dolandırılması, kendi tembelliği, savurganlığı, iflasi, kumar oynaması gibi nedenlerle yoksulluğa düşmesi hallerinde, kişinin yoksulluğa düşmesi ile boşanma kararı arasında uygun bir nedensellik bağlantısı yoktur. Kişinin kendi isteğiyle çalıştığı işten ayrılması ve sırf bu nedenle yoksulluğa düşmesi halinde de yoksulluk nafakasına karar verilemez.²⁷

Yoksulluk nafakası takdir edilirken talep edeni yoksulluktan kurtaracak miktar esas alınmalı, sırf talep edilenin mali gücü yüksek diye fazla bir yoksulluk nafakasına hükmedilmemelidir. Zira yoksulluk nafakasının amacı nafaka alacaklısını zenginleştirmek değil, onu yoksulluktan kurtarmaktır.²⁸

D. Yoksulluk Nafakasının Hukuki Niteliği

Nafaka borcu kanundan kaynaklanmakla beraber kanunda yapılan sınıflandırmalara uymaz. Zira sözleşmeden doğan borçlar taraf iradesine, haksız fiilden doğan borçlar kusura, kusursuz sorumluluktan doğan borçlar ise hakkaniyet, sebep olma ve tehlike ilkelerine dayanmaktadır. Yoksulluk nafakası ise bunlardan hiçbirine benzemez.²⁹

25 Sayı 3, s. 235; Çitak, s. 250.
 26 Ömer Uğur Gençcan, Aile Mahkemesi Davaları, 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2016.,s. 483.(Aile); Özuğur , s. 296; Kaçak, s.217; Ceylan, s.114; Çitak, s.254.
 27 Demir, s. 40; Gençcan, Yorum, s. 984; Çitak, s.s. 244.
 28 Arkan, s. 290; Bozdağ, s.76; Ersöz, s.472.
 29 Köseoğlu/Kocaağa, s. 192; Yağcı, s.324; Bozdağ, s.75; Akıntürk/Ateş, s. 304. Bozdağ, s.23.

Yoksulluk nafakası alacağı, hukuki niteliği açısından bir bakım nafakası olup, aile hukukundan kaynaklanan kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Kişiye bağlı haklardan olan yoksulluk nafakası, bir ceza ya da tazminat değildir.³⁰ Yoksulluk nafakası, ahlaki ve sosyal düşüncelerle öngörülmüş bir kurumdur.³¹ Yoksulluk nafakası, yoksulluğa düşen eşin yoksulluğunun paylaşılmasıdır.³² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında bu hususa açıkça işaret etmiştir.³³

III. YOKSULLUK NAFKASININ SONA ERMESİ

TMK m. 176/3'te, irat şeklinde ödenen yoksulluk nafakasının, kendiliğinden ya da mahkeme kararıyla sona erebileceği düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, irat şeklinde ödenmesine karar verilen nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden kalkar.³⁴ Alacaklının evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hallerinde ise nafaka mahkeme kararıyla kaldırılır.³⁵ Kanun koyucu, yoksulluk nafakasının sona ermesinde, ödeme şekline göre bir ayırım yapmaktadır. Kanunda sayılan sona erme halleri, yalnızca yoksulluk nafakasının irat biçiminde ödenmesinde mümkün olur.³⁶

³⁰ Demir, s. 42; Mustafa Ateş, "Medeni Kanunda Yapılan Son Değişiklikler Işığında Yoksulluk Nafakası", *Yargıtay Dergisi*, Cilt. 24, Sayı. 4, Yıl. 1998, s.471; Okyar Karaoğlu, s.422; Ceylan, s.104.

³¹ Feyzioğlu, s.397; Mine Uzun, Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası, Vedat, İstanbul 2013, s.12; Ersöz, s.467; Kahraman Zafer, "Yoksulluk Nafakası Hakkındaki Güncel Meselelerin Kadın Hakları Bakımından Değerlendirilmesi", <https://docplayer.biz.tr/128607012-li-uluslararası-kadın-ve-hukuk-sempozyumu-yoksulluknafakasi-hakkındaki-güncel-meselelerin-kadın-hakları-bakımından-değerlendirilmesi.html>, (Erişim tarihi: 30.01.2020)

³² Öztan, s.501; Perkdaş, s.19.

³³ "Yoksulluk nafakası, boşanmadan sonra yoksulluğa düşecek olan tarafı koruma amacına yönelik olduğu içindir ki, boşanmış olan yoksul tarafa verilecek olan yoksulluk nafakası, hiçbir surette diğer tarafa yükletilen bir ceza veya tazminat niteliğinde değildir. Şayet böyle olsaydı, sadece boşanmada kusuru olan eşten istenebilmesi gerekirdi. Oysaki, kusursuz eş dahi yoksulluk nafakası ödemekle yükümlüdür. Yoksulluk nafakası, bir bakıma evlilik birliği devam ettiği süreçte söz konusu olan karşılıklı bakım ve geçindirme ödevinin devam ettirilmesi anlamını taşımaktadır" YHGK, 10.11.2010T, 2010, 2-614E, 2010/597 K. (UYAP)

³⁴ Topkaya, s.49; Demir, s.98; Öztan, s.507; Çitak, s.254; Dural/Öğüz/Gümüş, s.158.

³⁵ Gençcan, Yorum, s. 988; İsmail Dede, "Yoksulluk Nafakasının Fiili Birliktelik ve Haysiyetsiz Yaşam Sürme Sebebiyle Sona Ermesi", Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan Cilt I, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 15, Sayı. 2, Yıl. 2016 (Özel Sayı), s. 559.

³⁶ Medar, s. 124; Gençcan, Yorum, s. 988; Ruhi, Nafaka, s. 88; Ersöz, s.476; Dural/

Yoksulluk nafakasının, kendiliğinden ya da mahkeme kararıyla sona erebileceğini düzenleyen TMK m. 176/3 emredici niteliktedir. Türk Borçlar Kanunu'nun m. 27'de emredici hükümlere aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı belirtilmiştir. Taraflarca aksi sözleşmede kararlaştırılsa bile, sona erme sebeplerinden birinin varlığı halinde yoksulluk nafakası sona erecektir. Sözleşme ile yoksulluk nafakası belirlendiği hallerde de, sona erme kendiliğinden ya da mahkeme kararı ile olabilir. Bu açıdan kanun hükmünde yer alan hallere göre bir ayırım yapılmalıdır. Nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü halinde yoksulluk nafakası kendiliğinden sona erer.³⁷ Yoksulluk nafakasının ahlaki bir yükümlülük niteliğini taşıması ve nafaka ile ilgili hükümlerin kamu düzeniyle bağlantılı olması sebebiyle, tarafların haysiyetsiz hayat sürmesi, evlilik dışı yaşaması, yoksulluktan kurtulması veya evlenmesi gibi hallerde yoksulluk nafakasının devamının taraflarca sözleşme ile kararlaştırılabileceğini ileri süren düşünceye³⁸ katılmıyoruz. Zira aile hukuku ilişkilerini düzenleyen kuralların çoğunun emredici nitelik taşıması, ailenin ahlak ve kamu düzenini yakından ilgilendirmesinden kaynaklanmaktadır.³⁹

Yoksulluk nafakasının ortadan kaldırılması davası, dava tarihi itibarıyla sonuçlarını doğurur. Bu nedenle nafaka yükümlüsü dava süresince nafaka borcunu ödemeye devam eder. Nafaka yükümlüsü davayı kazanırsa, davanın açıldığı tarihten sonra ödemek zorunda kaldığı nafakayı faizi ile birlikte sebepsiz zenginleşme davası ile talep edebilir.⁴⁰

A. YOKSULLUK NAFAKASININ KENDİLİĞİNDEN SONA ERMESİ

TMK m. 176/3'te kanun koyucu, yoksulluk nafakasını kendiliğinden sona erdiren halleri belirlemiştir. Buna göre nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölmesi durumlarında yoksulluk nafakası mahkeme kararına gerek kalmaksızın sona erer.⁴¹ Her

Öğüz/Gümüş, s. 158.

³⁷ Medar, s. 126; Bozdağ, s. 91; Ruhi, Nafaka, s. 91.

³⁸ Özüğür, s. 301.

³⁹ Öztan, s. 17.

⁴⁰ Demir, s.98; Köseoğlu/Kocaağa, s.98; Ersöz, s.486.

⁴¹ Bozdağ, s.88; Gençcan, Yorum, s.991; Özüğür, s.300; Ersöz, s.476.

iki vakianın ispatı kolay olduğundan, kanun koyucunun mahkemele-
rin iş yükünü azaltmayı amaçladığı söylenebilir.

İsviçre hukukunda da ZGB Art. 130' da boşanma sonrası nafaka-
nın kendiliğinden sona ermesi halleri düzenlenmektedir. Buna göre
nafaka alacaklısı ya da borçlusunun ölmesi ve aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça nafaka alacaklısı eşin yeniden evlenmesi durumunda na-
faka kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Hukukumuzdan farklı olarak İsviçre hukukunda, nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi halinde taraflarca nafakanın devam etmesini kararlaştırabilecekleri belirtilmiştir.⁴²

1. Süreli Yoksulluk Nafakasında Sürenin Dolması

TMK m. 175'e göre hâkim, kural olarak yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmeder. Yoksulluk nafakası talebi belirli bir süre için yapılmışsa hâkim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 26' da yer alan taleple bağıllık ilkesi gereğince, yoksulluk nafakasına ancak sınırlı süreli olarak hükmedebilir.⁴³ Şayet yoksulluk nafakası talebinde sınırlı bir süre belirtilmemişse, bu kez hâkim takdir yetkisini kullanarak yoksulluk nafakasının sınırlı bir süre boyunca ödenmesine karar veremez.⁴⁴

Taraflar yoksulluk nafakasının sınırlı süreyle verilmesi konusunda bir anlaşmaya varabilir. Böyle bir anlaşma hâkim tarafından onaylanmışsa bu karar kesin hüküm oluşturur. Bu kesin hüküm sebebiyle sınırlı süre bittikten sonra, nafaka alacaklısı yoksulluk nafakasının uzatılmasını talep edemez.⁴⁵

2. Nafaka Alacaklısının veya Nafaka Borçlusunun Ölmesi

TMK m.176/3'e göre, yoksulluk nafakası, nafaka alacaklısı ya da borçlusundan herhangi birinin ölümü ile kendiliğinden sona erer.⁴⁶

⁴² Sutter- Somn/Kobel, N. 543-544; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, N. 77-78; Schwenzler, FamKomm, Art. 130 N. 1-8' den naklen Medar, s.127.

⁴³ Arkan, s. 288; Yıldırım, s.78; Kaçak, s. 215; Öztan, s. 509; Ceylan, s.107; Çitak, s. 253; Ersöz, s. 474.

⁴⁴ Öcal, s.62; Gençcan, Yorum, s. 985; Çitak, s.s. 251.

⁴⁵ Yağcı, s.326.

⁴⁶ Ömer Uğur Gençcan, Nafaka Hukuku, Yetkin, Ankara 2018, s. 532; Akıntürk/Ateş, s. 453; Demir, s. 100; Özüğür, s.300; Öztan, s.507; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 159.

Maddede yer alan ölüm ibaresinin, kişiliğin sona ermesi olarak anlaşılması ve dolayısıyla ölüm karinesini ve gaiplik hallerini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁷ Nafaka alacağı kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğundan mirasçılara intikal etmez. Nafaka alacaklısının mirasçıları, ölüm tarihinden sonraki döneme yönelik nafaka borçlusundan herhangi bir istemde bulunamazlar. Ancak muaccel olmuş nafaka alacakları talep edilebilir. Zira ödenmemiş olan bu nafakalar, her mameleki hak gibi nafaka alacaklısının terekesinde yer alır.⁴⁸ Eğer nafakanın irat şeklinde değil de toptan ödenmesine karar verilmiş ve toptan ödenmesi gereken nafaka bedeli alacaklıya ödenmemişse, bu bedel terekeye alacak gibi dâhil olur ve mirasçılar bunu nafaka yükümlüsünden talep edebilirler.⁴⁹

Öğretide Alman Medenî Kanunu'ndan esinlenen bir görüş, yoksulluk nafakası borcunun borçlunun ölümüyle sona ermesinin yerinde bir hüküm olmadığını, borçlunun ölümü halinde onun mirasçılarından en azından miras payları ölçüsünde bir talepte bulunabilmenin mümkün olması gerektiğini savunmaktadır.⁵⁰ Yoksulluk nafakası kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan, boşanmadan sonra mirasçıların bağımsız bir dava açmaları ya da açılmış olan davaya devam etmeleri mümkün değildir.⁵¹ Zira böyle bir durumda şahıs varlığı hakkı, malvarlığı hakkına dönüşmediğinden terekeye dâhil değildir. Yargıtay, davalı kocanın boşanma kararı kesinleştikten sonra ölmesi durumunda, kesinleşme tarihinden ölüm tarihine kadar yoksulluk nafakasından sorumlu olacağına hükmetmiştir.⁵²

3. Yoksulluk Nafakası Alan Boşanmış Eşin Evlenmesi

TMK m. 176/3'e göre, evlenen tarafın nafaka alacaklısı olması halinde yoksulluk nafakası kendiliğinden ortadan kalkar.⁵³ Kural olarak nafaka borçlusunun yeniden evlenmesi, yoksulluk nafakası borcunu sona erdirmez. Nafaka borçlusunun yeniden evlenmesi, evlenene yeni

⁴⁷ Okyar Karaosmanoğlu, s. 430; Ruhi, Nafaka, s. 89; Ersöz, s. 479,

⁴⁸ Akıntürk/ Ateş, , s. 453; Öcal, a.g.e., s.63; Bozdağ, , s. 122; Gençcan,Yorum, s. 988 ; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 159.

⁴⁹ Bozdağ, s.88; Okyar Karaosmanoğlu, s.430.

⁵⁰ Mehmet Erdem, Aile Hukuku, İstanbul, Seçkin, Ankara 2018, s. 207.

⁵¹ Perkdaş, s. 40; Demir, s. 27; Akıntürk / Ateş, , s. 453.

⁵² Y2HD, 10.10.2012T, 2012/1507 E, 2012/24142K. (UYAP)

⁵³ Gençcan, Nafaka, s.531; Demir, s.101; Tutumlu, s.533; Özügur, s.300; Öztan, s.308.

evlilik birliğinden dolayı yeni yükümlülükler getirdiğinden TMK m. 176/4 uyarınca indirim sebebi olabilir. Nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi ile yoksulluk nafakasının kendiliğinden sona ermesinin gerekçesi, bakım yükümlülüğünün yeni eşe geçmiş olmasıdır.⁵⁴

Nafaka borçlusu, nafaka alacaklısının yeniden evlendiğinden habersiz olarak nafaka ödemeyi sürdürmüşse, ortada sebepsiz zenginleşme vardır. Yapılan ödemeler, yeniden yapılan evliliğin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl içinde geri istenebilecektir.⁵⁵

Nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi, nafaka borçlusu tarafından Nüfus Müdürlüğü'nden alınan nüfus aile kayıt tablosu ile kanıtlanabilir. Yeniden evlenen nafaka alacaklısının, ödemeyi kesen nafaka yükümlüsüne karşı icra takibi başlatması halinde nafaka yükümlüsünün yapması gereken nüfus aile kayıt tablosunu ilgili icra müdürlüğüne ibraz etmektir.⁵⁶ Yargıtay da aynı görüştedir.⁵⁷

⁵⁴ Perkdaş, s. 41; Okyar Karaosmanoğlu, s. 429; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 155; Demir, s.159.

⁵⁵ Perkdaş, s. 42; Gençcan, Aile, s.181.

⁵⁶ Medar, s.128; Demir, s.35; Ersöz, s.482.

⁵⁷ "Türk Medenî Kanunu'nun 176/3. maddesine göre; irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddi tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi halinde mahkeme kararı ile kaldırılır. Anılan yasal düzenlemeye bağlı olarak; davalının evlenmesi ile yoksulluk nafakası kendiliğinden sona erdiğinden, davacının, kanun gereği kendiliğinden sona eren yoksulluk nafakasının kaldırılması talebi ile dava açmasında hukuken korunmaya değer menfaati diğer bir ifade ile bu davayı açmakta hukuki yararı yoktur.

Diğer taraftan davalının evlenmesi ile kanun gereği kendiliğinden sona eren yoksulluk nafakası nedeni ile davacı aleyhine icra takibi bulunulması halinde dahi, davacının icra ve iflas kanununun 16. maddesi uyarınca şikâyet yoluna başvurma imkânının bulunduğu, diğer bir ifade ile bir hakkın, mahkeme kararına gerek olmaksızın, başka bir yolla ve aynı ölçüde güvenli olarak elde edebilmesini mümkün olduğu, bu durumda o hakla ilgili olarak dava açmasında hukuki yararının bulunmadığı açıktır.

Bu durumda, Mahkemece; TMK'nun 176/3. maddesi uyarınca yoksulluk nafakasının davalının evlendiği tarihte kendiliğinden sona erdiği, yasa gereği kendiliğinden sona eren yoksulluk nafakasının kaldırılması istemi yönünden davacının bu davayı açmakta veya bu konuda tespit hükmü verilmesinde hukuki yararının bulunmadığı gözetilerek; davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yasal olmayan gerekçeler ile davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bu husu bozmayı gerektirmiştir." Y3HD, 25.05.2015T,2014/22243E, 2015/9358K (UYAP).

B. YOKSULLUK NAFKASININ MAHKEME KARARI İLE SONA ERMESİ

Yoksulluk nafakasının sona erme sebepleri, TMK m. 176/3'de düzenlenir. Üç çeşit sona ermesi gerekçesi bulunur. Yoksulluk nafakasının süresizliğine dair tartışmalara yer vermeden önce, aşağıda işbu nafakanın kendine özgü sona erme sebeplerine değinmek gerekir.

1. Yoksulluk Nafakası Alan Boşanmış Eşin Haysiyetsiz Hayat Sürmesi

Yoksulluk nafakası irat şeklinde ödenirken nafaka borçlusunun, nafaka alacaklısının haysiyetsiz yaşam sürdüğünü kanıtlaması halinde mahkeme yoksulluk nafakasını sona erdirir. TMK m. 176/3'de yer alan bu düzenlemeyle amaçlanan, nafaka alacaklısının yoksulluk nafakasıyla maksadıyla elde ettiği parayı, haysiyetsiz yaşamına kaynak olarak kullanmasını engellemektir.⁵⁸

Haysiyetsiz hayat süren eş, toplumun şeref, namus, haysiyet ve ahlak gibi müşterek değer yargıları ile çatışan bir hayatı, süreklilik arz edecek şekilde yaşayan kişidir. Öğretide, uyuşturucu bağımlılığı ya da uyuşturucu ticareti yapmak, kadın ticareti yapmak, fuhuş yapmak, seks işçiliği yapmak, alkol bağımlılığı, hırsızlık gibi yüz kızartıcı suç işleme, cinsel saplantı sayılan homoseksüellik, lezbiyenlik halleri haysiyetsiz hayat sürmeye örnek olarak gösterilmiştir.⁵⁹ Kanaatimce, homoseksüellik ya da lezbiyenlik gibi kişinin cinsel tercihleri günümüzde haysiyetsiz yaşamaya örnek gösterilemez. Aynı şekilde tedavi edilmesi durumunda şifası mümkün olabilen uyuşturucu bağımlısının da haysiyetsiz hayat sürdüğü savunulamaz. Zira hâkimin önüne gelen somut uyuşmazlıkta, haysiyetsiz hayat sürme unsurunu zamana, mekâna ve taraflara göre yorumlaması gerekir. Haysiyetsiz hayat sürme halleri nedeniyle yoksulluk nafakasının kaldırılabilmesi için, sürdürülen yaşam tarzının sürekliliği yanında bu gibi davranışların nafaka borçlusu için haysiyet ve onur kırıcı nitelikte olması gerekir.⁶⁰

⁵⁸ Dede, s. 565; Özüğür, s. 303; Ersöz, s.487.

⁵⁹ Yıldırım, s.77; Demir, s.102; Gençcan, Yorum, s. 994; Dede, s. 565; Öztan, s.508.

⁶⁰ Öcal, s.70; Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan, Ankara 2016,s.134; Okyar Karaosmanoğlu, s. 431; Ersöz, s.503.

2. Yoksulluk Nafakası Alan Boşanmış Eşin Başkasıyla Fiilen Evliymiş Gibi Yaşamaları

Nafaka alacaklısı evlendiğinde, yoksulluk nafakası kendiliğinden sona erer. Ancak nafaka alacaklısının evlenme olmaksızın karşı cinsten ya da aynı cinsten birisiyle evliymiş gibi yaşamaları halinde yoksulluk nafakası, nafaka borçlusunun talebi üzerine mahkeme tarafından kaldırılır.⁶¹ Nafaka alacağından mahrum kalmamak için, resmi nikâh olmaksızın evliymiş gibi fiili birliktelik kuran nafaka alacaklısının bu davranışı TMK m. 2/2’de belirtilen hakkın kötüye kullanılmasının somut bir görünümüdür. Bu durumu öngören kanun koyucu, böyle bir durumun kanıtlanması halinde nafaka alacağının kaldırılmasını öngörmüştür.⁶² Örneğin nafaka alacaklısı kişi başka biriyle oturacakları bir ev satın almışsa, kiralamışsa, nişan yüzüğü taşıyorsa ya da birlikte beşerî toplantılara katılıyorlarsa fiilen evliymiş gibi yaşadıkları kabul edilir. Böyle durumlarda, hâkimin takdir yetkisi yoktur. Talep halinde hâkimin yoksulluk nafakasının dava tarihinden itibaren kaldırılmasına karar vermesi gerekir.⁶³

TMK m. 176/3’e göre nafaka borçlusu, nafaka alacaklısının fiilen evli gibi yaşadığını ispat ettiği takdirde yoksulluk durumu devam etse dahi mahkeme tarafından yoksulluk nafakası sona erdirilir. Bu davada ispat yükü, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 190 ve TMK m. 6’ya göre nafaka borçlusunun üzerindedir. Sübjektif nitelikteki bu ispat yüküne göre, menfi vakıaların olmadığına dair ispat yükü nafaka alacaklısına yüklenemez. Böyle bir ispat beklentisi nafakanın hukuki niteliği olan ahlaki kaygılara da aykırılık oluşturacaktır.⁶⁴

Nafaka alacaklısının evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşamaları tanık dâhil her türlü hukuka uygun kanıtla ispatlanabilir.⁶⁵ Yargıtay bir kararında, kadının yaşama şekli ve hamileliği konusunda alınan uzman psikolog delilini önemli bir delil sayarak, kadının yaşama

⁶¹ Gençcan, Nafaka, s.532; Demir, s.103; Dede, s.565; Öztan, s. 508; Ersöz, s.487.

⁶² Okyar Karaosmanoğlu, s. 430.

⁶³ Öcal, s.66; Demir, s.104; Dural / Ögüz / Gümüş, s.158.

⁶⁴ Dede, s.560; Ruhi, s. 93. (Nafaka); Ersöz, s.484.

⁶⁵ Özüğür, s. 303, Ersöz, s.504; Gençcan, Nafaka , a.g.e., s. 533. “ Nafaka alacaklısı kadının evlenme olmadan da fiilen evliymiş gibi yaşamaları nafakanın kaldırılması için yeterli sebep olduğu gözetilmeden yalnızca davalının resmi nikah yapmadığı gerekçesiyle davanın reddi bozmayı gerektirir” Y3HD,19.12.2012T, 2012/ 21982E, 2012/26155K. (UYAP).

şekli ve hamileliğinin araştırılmasına işaret etmiştir.⁶⁶ Hâkim bu konuda tarafların gösterdikleri ya da gösterecekleri delilleri toplamalıdır. Bu durumun kanıtlanması halinde yoksulluk nafakasının kaldırılmasına, bu durumun kanıtlanmaması halinde ise açılan davanın reddine karar verilir.⁶⁷ Yargıtay da aynı görüştedir.⁶⁸

3. Yoksulluk Nafakasının Nafaka Alacaklısının Yoksulluğunun Ortadan Kalkması Halinde Kaldırılması

Nafaka borçlusunun açtığı dava sonucunda, nafaka alacaklısının yoksulluğunun ortadan kalktığı kanıtlanırsa, mahkeme tarafından yoksulluk nafakasının kaldırılmasına karar verilir.⁶⁹ Nafaka alacaklısının geçici işlerde çalışması, yetim aylığı alması hükmedilmiş yoksulluk nafakasının kaldırılmasını haklı kılmaz.⁷⁰ Ancak nafaka alacaklısının

⁶⁶ Y2HD, 17.10.2011T, 2011/2444E, 2011/16066K (UYAP).

⁶⁷ Perkdaş, s.43; Kaçak, s.231.

⁶⁸ "Dava, yoksulluk nafakasının kaldırılması ve alacak istemine ilişkindir. Davalı nafaka alacaklısı, boşandıktan sonra anne ve babasının yanında kalmaya başladığını, davacının kendisi ile tekrar bir araya gelmeyi önerdikten sonra bir başkası ile birlikte olmaya başlaması üzerine kendisinin de facebooktan ile tanıştığını, hiç bir arada yaşamadıklarını ama bir çocukları olduğunu belirtmiştir. TMK'nın 176/3.maddesi uyarınca; irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddi tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi halinde mahkeme kararıyla kaldırılır. Davalının nüfus kayıt örneğinden dava dışı'dan adlı çocuğu olduğu, babanın çocuğu nüfusta resmi şekilde tanıdığı, aralarında bu şekilde soybağı kurulduğu tespit edilmiştir. Öyle ise mahkemece; somut olayda, TMK'nın 176/3 maddesinde ifadesini bulan "evlilik dışı birlikte yaşama" olgusunun gerçekleştiği gözetilip, davanın kabulüne karar verilmesi alacak istemi yönünden de işin esası hakkında bir inceleme yapılması gerekirken, yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir" Y3HD, 25.05.2017 T, 2016/19650E, 2017/8141K. (UYAP).

⁶⁹ Oğuz, s. 5; Demir, s.104.

⁷⁰ "Davalının 01.05.2010 tarihinden itibaren vefat eden babasından dolayı yetim aylığı aldığı ve Eylül 2011 dönemi itibariyle davalıya yapılan ödeme miktarının 239,86 TL maaş ile 11,99 TL ek ödemedden ibaret olduğu anlaşılmıştır. Nafaka alacaklısı kadının, elde ettiği gelirin yukarıda belirtilen zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılaması beklenemez. Başka bir anlatımla, davalının eline geçen toplam gelir miktarı, onu yoksulluktan kurtaracak mahiyette değildir. Tarafların sosyal ve ekonomik durumları, ihtiyaçları ve harcamaları dikkate alındığında, yasal düzenlemeler ve Yargıtay İçtihatları doğrultusunda davalı kadının maaş gelirinin bulunması, hakkında hükmedilen yoksulluk nafakasının kaldırılmasını gerektirmez. Bu durum yoksulluk nafakasının indirilmesi nedenidir. Bu nedenle davalı kadın hakkında yoksulluk nafakasının kaldırılması hakkaniyete uygun bulunmamıştır. O halde, mahkemece yapılacak; tarafların sosyal ve ekonomik durumları

asgari ücret sınırındaki gelirin varlığı, yoksulluk nafakasının azaltılmasını haklı kılacaktır.⁷¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yerleşik kararlarında "asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması" yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız kılan olgu kabul edilmediği gibi, asgari ücretin üzerinde gelire sahip olunması da yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız sayan bir olgu olarak kabul edilmemiştir. Bu durumun ancak nafakanın miktarının saptanmasında dikkate alınmasını belirten bu kararlarda isabet bulunmaktadır.⁷²

Nafaka alacaklısına miras kalması, bağış yapılması gibi ivazsız iktisapta bulunulması ya da nafaka alacaklısının düzenli gelir sağlayan bir işe girmesi gibi haller sonucunda kişi yoksulluktan kurtulmuş sayılır.⁷³ Bu durumda nafaka borçlusu yetkili aile mahkemesinden yoksulluk nafakasının kaldırılmasını talep edebilir. Mahkeme nafaka alacaklısının düzenli gelir sağlayan işe girmesi durumunda işin sürekliliği, alınan ücretin yeterliliği gibi hususları sabit görürse yoksulluk nafakasının kaldırılmasına karar verir.⁷⁴

Nafaka alacaklısının kendi isteği ile istifa ederek ayrıldığı iş, her an sona erdirilebilecek sabit bir iş değilse bu hususun yoksulluk nafakasının kaldırılmasını gerektirmeyeceği yönündeki Yargıtay kararında isabet bulunmaktadır.⁷⁵ Nafaka alacaklısının elde ettiği sabit

gözetilip, nafaka takdir edilirken taraflar arasında mevcut olan denge durumu da dikkate alınarak, TMK'nun 4. maddesinde vurgulanan hakkaniyet ilkesi gereğince nafaka miktarının makul bir oranda indirilmesi gerekirken, delillerin yanılgılı değerlendirilmesi sonucu yoksulluk nafakasının kaldırılması bozmayı gerektirir". Y3HD, 13.02.2018 T, 2018/330 E, 2018/993 K. (UYAP).

⁷¹ Gençcan, Nafaka, s. 545; Okyar Karaosmanoğlu, s. 431.

⁷² YHGK, 07.10.1998T, 1998/2-656 E, 1998/688 K.; YHGK 26.12.2001 T, 2001/2-1158E, 1185 K.

⁷³ Yıldırım, s. 68; Demir, s.104; Tutumlu, s. 523; Özuğur, s.302; Öztan, s.509.

⁷⁴ Öcal, s.68; Yıldırım, s.76.

⁷⁵ "Somut olayımızda; davalının kendi isteği ile istifa ederek ayrıldığı iş, her an için sona erdirilebilecek bir iş olup, sabit bir iş değildir. Geçici işlerde çalışmak yoksulluk nafakasının kaldırılmasını gerektirmez. Davalının günümüz ekonomik koşullarında aldığı nafaka ile geçinmesi mümkün olmadığına göre; işe girip çalışması zorunluluk arz etmektedir. Bu nedenle; asgari ücretin yoksulluğu ortadan kaldırmayacağı hususu gözetilmeksizin, davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

Ö halde, mahkemece yapılacak iş; tarafların sosyal ve ekonomik durumları gözetilip, nafaka takdir edilirken taraflar arasında mevcut olan denge durumu da dikkate alınarak, TMK'nun 4.maddesinde vurgulanan hakkaniyet ilkesi gereğince, davalının çalışmasının geçici olup olmadığı, elde ettiği gelirin yoksulluğunu ortadan kaldırıp kaldırmadığı hususu değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken

gelirin, zorunlu harcamalarını karşılayan miktarı aşması halinde yoksulluk nafakası kaldırılabilir.⁷⁶ Kaldı ki, Yargıtay nafaka alacaklısı davacı kadının çalışmaya başladığının ileri sürüldüğü bir davada, davacı kadının çalışıp çalışmadığı, çalışıyorsa elde ettiği gelirin kendisini yoksulluktan kurtarıp kurtarmayacağı, işten ayrılmış ise ayrılma sebebi araştırılıp değerlendirilerek sonucu uyarınca yoksulluk nafakası hakkında karar verilmesine işaret etmiştir.⁷⁷

4. Yoksulluk Nafakasının Hakkaniyetin Gerektirmesi Halinde Kaldırılması

Yoksulluk nafakasının mahkeme kararıyla kaldırılmasının bir başka gerekçesi hakkaniyetin gerektirmesidir. Nafaka yükümlülüğünü yerine getirmesi nafaka borçlusundan beklenilemeyecek derecede önemli değişikliklerin gerçekleşmesi halinde, yoksulluk nafakası kaldırılmalıdır. Hakkaniyet gerektiriyorsa, nafaka miktarının indirilmesi mümkündür. Nafaka yükümlüsünün maddi durumunun kötüleşmesi ya da nafaka alacaklısının ekonomik durumunun göreceli olarak iyileşmesi halinde de bu durum ortaya çıkabilir. Bunun dışında herhangi ekonomik değişiklik olmasa dahi somut olayda hakkaniyet gerektiriyorsa yoksulluk nafakası tamamen kaldırılabilir gibi, nafaka miktarında indirimle gidilebilir.⁷⁸ Nafaka alacaklısının ve/veya borçlusunun mali ve sosyal durumları olağanüstü değişmemişse, yoksulluk nafakasının kaldırılması isteminin reddine karar verilmelidir.⁷⁹

yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir". Y3HD, 22.05.2017T, 2016/18873E, 2017/7629 (UYAP).

⁷⁶ Gençcan, Nafaka, s. 545.

⁷⁷ "Yoksulluk nafakasına hükmolunabilmesi için yoksulluk nafakası isteyen eşin boşanma yüzünden yoksulluğa düştüğünün belirlenmesi gerekir (TMK m. 175). Davacı kadın hakkında yapılan ekonomik ve sosyal durum araştırmasında çalışmadığı bildirilmiş ise de; yargılama sırasında davacı kadın çalışmaya başladığını beyan etmiştir. Bu durumda davacı kadının çalışıp çalışmadığı, çalışıyorsa elde ettiği gelirin kendisini yoksulluktan kurtarıp kurtarmayacağı, işten ayrılmış ise ayrılma sebebi araştırılıp değerlendirilerek sonucu uyarınca yoksulluk nafakası hakkında bir karar verilmesi gerekir. Ne var ki, ilk incelemede bu yön nazara alınmadan kararın onandığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple davalı erkeğin, davacı kadın yararına takdir olunan yoksulluk nafakasına yönelik karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 27.03.2018 tarih ve 2016/15184 esas 2018/4015 karar sayılı onama kararının, davacı kadın yararına hükmedilen yoksulluk nafakası yönünden kaldırılarak hükmün bu yönden bozulmasına karar vermek gerekmiştir." Y2HD, 2018/4542E, 2019/5124K (UYAP).

⁷⁸ Kılıçoğlu, s. 38; Gençcan, Yorum, s. 989.

⁷⁹ Gençcan, Nafaka, s. 554.

IV. YOKSULLUK NAFKASININ SÜRESİZLİĞİ

A. Genel Olarak

743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi döneminde yoksulluk nafakası 144. maddede düzenlenmişti.⁸⁰ Bu maddeye göre, kusursuz karı yahut koca, boşanma sonucunda büyük bir yoksulluğa düşerse, boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi diğer eşin gücü ile orantılı olarak bir yıl süreyle nafaka ödemesine hükmedilebilirdi. Bu hüküm, 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe kadar uygulanmıştır. Bir yıllık sınırlama, boşanan kadının çalışma olanağının ya da yeterliliğinin bulunmaması durumlarında onu dilenmeye iteceğinden dolayı eleştirilmiştir. Bu nedenle 144. maddedeki süre sınırlamasının kaldırılmasının yerinde olacağı belirtilmiştir.⁸¹ Ayrıca yoksulluk nafakasının bir yıllık süreyle sınırlandırılmasının, müessesenin kabul edilmiş maksadına uygun pratik sonuçlar vermediği de savunulmuştur.⁸² Bu eleştiriler ve toplumda yükselen mağduriyet ışığında 3444 sayılı Kanun ile 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin 144. maddesi değiştirilmiş ve süre sınırı kaldırılmıştır. İlgili düzenleme hükmünde "Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusur daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak erkeğin kadından nafaka isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz." denilmiştir.⁸³ 3444 sayılı Kanunun gerekçesinin 6. maddesinde, "...bir yıllık kaydın adalete uygun düşmediği nazara alınıp kaynak İsviçre Medenî Kanununun 152. maddesine uygun olarak süresiz nafaka mecburiyeti esas kabul edilmiştir." denilmiştir. Hükümden ve gerekçesinden de anlaşılacağı üzere en fazla bir yıl süreyle verilmesine hükmedilebilen yoksulluk nafakası, bu kanun değişikliği ile artık süresiz olarak da istenebilir hale gelmiştir. Fakat bu kanun değişikliğiyle kocanın yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının refahının yerinde olması aranmaktaydı.

TMK m. 175'te, 3444 sayılı Kanun ile değişen 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin içeriği korunarak, kadın erkek eşitliği ilkesi ışığında

⁸⁰ Bozdağ, s.72; Türk Kanunu Medenîsi 17 Şubat 1926'da TBMM'de kabul edilip, 4 Ekim 1926'da yürürlüğe girmiştir.

⁸¹ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medenî Hukuku Cilt, II Aile Hukuku, 5. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul 1965, s.262.

⁸² Feyzioğlu, s. 397,399.

⁸³ Demir, s. 38; Tutumlu, s. 529; Ceylan, s.14.

“... ancak erkeğin kadından nafaka isteyebilmesi için kadın hali refahta bulunması gerekir.” cümlesi maddeden çıkartılmıştır. Böylece boşanan eş, boşanma nedeniyle yoksulluğa düşmüş veya düşecekse, kusuru daha fazla olmamak kaydıyla diğer eşin ekonomik gücü oranında ve süresiz olarak yoksulluk nafakası talep edebilmektedir.⁸⁴

B. Yoksulluk Nafakasına Süresiz Hükmedilmesi

Yürürlükte bulunan 4721 sayılı TMK m. 175'e göre, yoksulluk nafakasına kural olarak süresiz olarak karar verilir. Yargıtay uygulamasında talep edilen yoksulluk nafakasının koşulları mevcutsa ve fakat istem süresiz olarak ileri sürüldüyse hâkim, taleple bağlılık ilkesi gereği yoksulluk nafakasına süreli hükmedememektedir. Bu açıdan bakıldığında süresiz yoksulluk nafakası talebi karşısında hâkim ya istemi reddeder ya da zorunlu olarak süresiz yoksulluk nafakasına karar verir. Süreli yoksulluk nafakası talebinde de hâkim talebi ya reddedebilir veya istenilen süre ile bağlı kalmak koşuluyla yoksulluk nafakası ödenmesine karar verebilir.⁸⁵

Yoksulluk nafakası talep eden, nafaka süresini belirli bir zaman dilimiyle sınırlandırmamışsa ya da taraflar yoksulluk süresinin devamı yönünde bir protokolü mahkemeye ibraz etmemişlerse hâkim yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmetmek zorundadır.⁸⁶ Öğretimde yoksulluk nafakası bakımından hâkimin takdir yetkisi hususunda kanunda emredici bir hüküm bulunmadığı yönündeki görüşte⁸⁷ ise, TMK m. 175'in lafzi yorum ile amaca uygun yorum yöntemleri göz önüne alındığında isabet bulunmamaktadır. Yargıtay bir kararında yoksulluk nafakasının süresiz talep edilmesine karşın, iki yıl süre ile sınırlı olmak üzere karar verilmesini bozmuştur.⁸⁸ Böylece, yoksulluk nafakası davasında açıkça talep edilmedikçe, yoksulluk nafakasının

⁸⁴ Öcal, s.85, Perkdaş, s. 45; Demir, s. 39; Tutumlu, s. 521; Okyar Karaosmanoğlu, s. 433; Özüğür, s.74; Kaçak, s. 226; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.112; Ceylan, s.104.

⁸⁵ Hamzaçebi, s.59; Öcal, s.120; Erdem, s. 203; Okyar Karaosmanoğlu, s.424.

⁸⁶ Gençcan, Nafaka, s. 529; Serozan/Başoğlu/Kapancı, s. 555; Özüğür, s. 311; Ersöz, s.474.

⁸⁷ Nafiye Yücedağ, Kadının Talep Ettiği Yoksulluk Nafakası (Women's Alimony)", 6.Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Editor, Prof. Dr. Adem Sözüer "Yoksulluk", Tebliğler, İstanbul, Oniki Levha, s. 525; Köseoğlu/Kocaoğlu, s.233; Hamzaçebi, s. 35; Kocabaş, s. 366; Oğuz, s.33.

⁸⁸ Y2HD, 12.12.2017 T, 2016/8859 E,2017/14407 K. (UYAP).

belirli süreyle sınırlandırılmasının kanuna aykırı olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce, yoksulluk nafakasının süresi ile ilgili somut olay gerekirse veya haklı sebepler bulunsa bile hâkimin bunları dikkate alarak yoksulluk nafakasının süresine ilişkin takdir yetkisini kullanamayacağını belirten kararda isabet bulunmaktadır. Zira hâkime takdir yetkisi verilmeyen ve emredici kanun hükmü ile düzenlenen işbu konuda nafaka süresinin kısaltılması kanuna açıkça aykırıdır.

C. Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Eleştiriler

Türk hukukunda evlilik sonrası dayanışma ilkesi geçerlidir. İsviçre ve Alman hukuklarında ise geçerli olan evlilik sonrası kişisel sorumluluk ilkesidir. 2000 revizyonu ile İsviçre’de, 2008 reformu ile Almanya’da oldukça sınırlı olan evlilik sonrası dayanışma ilkesinin, hukukumuzda da geçerli olması savunulmaktadır. Bu ilke değişimiyle boşanma sonrası kişisel sorumluluğun benimsendiği bir hukuk sisteminin sağlıklı bir şekilde kurulacağı ileri sürülmektedir.⁸⁹ İsviçre hukukunda 2000’de yürürlüğe giren revizyon hükümleri, *Clean Break* ilkesi ışığında kaleme alınmıştır. İsviçre kanun koyucusu *Clean Break* ilkesinin⁹⁰ egemen olduğu yeni hükümlerle beraber boşanma nedeniyle yaşanan muhtemel ekonomik olumsuzlukların taraflar arasında paylaştırılarak giderilmesini ve eşler arasındaki ekonomik istemlerin en aza indirilmesini hedeflemiştir. Böylece taraflar boşanma sonrasında kendi kişisel sorumluluklarını üstlenecek, mali nitelikte taleplerle olabildiğince karşı karşıya gelmeyecek ve en kısa sürede kendilerine ait hayat düzenlerini tekrar kuracaklardır.⁹¹

TMK m. 175’de benimsenen yoksulluk nafakasının ömür boyu ödeneceğini içeren emredici norm, olması gereken hukuk açısından da öğretide oldukça eleştirilmektedir. Bu eleştirilerin ilki kısa süreli evlilik yapan kişilerin, bu hüküm sebebiyle ömür boyu nafaka ödemek zorunda kaldığını ileri süren fikirdir. Bu fikre göre, yoksulluk

⁸⁹ Yağcı, s.342; Tosun, s. 57.

⁹⁰ Kahraman Zafer, “Yoksulluk Nafakası Hakkındaki Güncel Meselelerin Kadın Hakları Bakımından Değerlendirilmesi”, <https://docplayer.biz.tr/128607012-li-uluslararası-kadın-ve-hukuk-sempozyumu-yoksulluknafakası-hakkındaki-güncel-meselelerin-kadın-hakları-bakımından-değerlendirilmesi.html> (Erişim tarihi: 30.01.2020)

⁹¹ Kocabaş, s. 365; Yağcı, s.328.

nafakasının süresiz oluşu hakkaniyete aykırı olduğu gibi insan onuruna da aykırıdır.⁹²

Öğretide yoksulluk nafakası süresi ile ilgili düzenlemenin adaletli olmadığını belirten düşünceye göre, yoksulluk nafakasının süresinin mutlaka sınırlandırılması gerekir. Yoksulluk nafakasının sınırlı süreyle verilmesi halinde yoksulluğa düşecek kadınlara karşı, devletin Anayasa'da belirtilen ödevlerini yerine getirerek, sosyal devlet olduğunu anımsaması önerilmektedir.⁹³ Ancak öğretide sosyal devletin amacının kişilere doğrudan yardım eli uzatmanın yanında durumu iyi olanın kötü olana katkı sağlaması olduğunu savunan görüş ise, yoksulluk nafakasının sosyal devlet ilkesine değil, mülkiyet veya kişilik hakkına aykırılığı yönünden tartışılması gerektiğini ileri sürmüştür.⁹⁴

Diğer görüşe göre, TMK m. 175/1'i lafzî değil, amaca göre yorumlamak gerekmektedir. Amaca göre yorum yapılırken TMK m. 178'in gerekçesine bakıldığında, boşanma kararı kesinleştikten sonra tarafların sürekli boşanmaya bağlı ekonomik taleplerle bir araya gelmesinin doğru olmadığı, bu sebeple zamanaşımı süresinin gerekli olduğu vurgulanmıştır. Kanun koyucunun amacının da, tarafların ekonomik taleplerle sürekli bir araya gelmelerini önlemek olduğu anlaşılmaktadır. O halde TMK m. 175/1'de yer alan "süresiz olarak nafaka isteyebilir" ifadesini de amaca göre yorumlamak gereklidir. Kanun koyucu burada, süresiz nafakaya hükmedilmesinin mümkün olduğunu ifade etmek istemiş ancak her durumda süresiz nafakaya hükmedileceğini kast etmemiştir.⁹⁵ Yoksulluk nafakasının süresiz olduğunu belirten Yargıtay kararlarını eleştirerek TMK m. 175/1'in, toplumsal anlayışa ve gereksinimlere cevap vermediğini belirten başka bir düşünce, kısa süreli evliliklerden doğan süresiz nafaka kararlarının uzun süreli yükümlülük yaratmasının hakkaniyete ve toplumsal adalet anlayışına aykırı olduğunu ileri sürmektedir.⁹⁶

⁹² Yıldırım, s. 83; Tosun, s. 68; Mustafa Şahin, "Türk - İsviçre Medenî Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21/3, 2017, s. 80; Çitak, s. 251.

⁹³ Gençcan, Nafaka, a.g.e., s.530.

⁹⁴ Zekeriya Kurşat, "Anayasa Mahkemesinin Anlaşılmalı Boşanma ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", *Anayasa Mahkemesinin Medenî Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu* (21 Mayıs 2012), İstanbul, Oniki Levha, 2013, s. 227.

⁹⁵ Kocabaş, s. 366.

⁹⁶ Yağcı, s. 338.

Bir başka görüşe göre, yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilmesi, nafaka alacaklısını çalışmamaya özendirmekte ya da sigortasız çalışmaya zorlamaktadır. Ayrıca yoksulluk nafakasının süresiz oluşu, nafaka alacağından yoksun kalmamak için boşanmış eşlerin yeni bir evlilik yapmaktan kaçınmalarına ve bu yüzden ilişkilerini evlilik ilişkisi dışında ve gizli tutmalarına neden olabilmektedir. Süresiz nafaka yerine üst süre sınırlaması ile hâkime takdir yetkisi tanınmalıdır.⁹⁷

Kanaatimizce bu görüş, nafaka borçlusu açısından bir nebze çözüm getirirse de her iki taraf açısından sorunu tamamıyla çözüme kavuşturmuş olmaz. Bu bağlamda, sosyal devlet ilkesine uygun olarak devletin bir fon oluşturmasını ve nafaka alacağını tahsil edemeyen boşanmış eşe bu fondan ödeme yapılmasını, daha sonra da devletin ilgili kişiye rücu etmesini ileri süren düşünceye katılmak mümkün değildir. Zira devletin bir fon oluşturarak, öncelikli görev ve ödevleri yerine özel hukuktan kaynaklanan bir meselede, yurttaşların vergilerini değerlendirmesi eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine aykırılık oluşturacaktır. Kaldı ki, devletin bu fonlardan yaptığı ödeme için yoksulluk nafakası borçlusuna rücu etmesi de, öğretideki hâkim görüşün eleştirilerini karşılamayacaktır. Nafaka borçlusunun nafaka alacaklısına ödeyeceği parasal değeri, belirtilen fondan yapılacak ve kendisine rücu edecek kuruma ödemesi soruna çözüm getirmeyecektir.

Meclis araştırma komisyonu, ülkemiz genelinde hukuk uygulayıcılarından görüşler edinmiş ve toplantılar yapmıştır. Toplantı tutanakları incelendiğinde, yoksulluk nafakasına ilişkin bir takım öneri ve görüşlerin bulunduğu da görülmektedir. Buna göre, 2 Mart 2016 tarihli onuncu toplantıda yoksulluk nafakasının süreli olması konusunda komisyon üyelerince fikir birliği olduğu vurgulanmıştır.⁹⁸

D. Eleştirilerin Değerlendirilmesi

Öğretide, TMK m. 175/1' de geçen "...süresiz olarak..." ibaresi eleştirilmekte ve kanun koyucu tarafından kaldırılması önerilmekte-

⁹⁷ Demirbaş, s. 230.

⁹⁸ Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırma Komisyonu Raporu, 14 Mayıs 2016.

dir⁹⁹. Biz ise aksi kanaatteyiz. Bu nedenle yukarıda yer verdiğimiz tüm bilimsel ve eleştirel görüşlere karşı değerlendirmelerimizi sunuyoruz. Kaldı ki bu konu Anayasa Mahkemesi'nin huzuruna somut norm denetimi olan itiraz yoluyla gelmiştir. Yüksek Mahkeme, bu ibare ile boşanma nedeniyle yoksulluğa düşen eşe şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden destek sağlanmasının ve asgari yaşam ihtiyaçlarının karşılanmasının amaçlandığını belirtmiştir. Ayrıca Kanun koyucunun amacının, yoksulluğa düşecek eşin ölüncüye dek yoksulluk nafakası alması olmadığı gerekçesiyle de iptal istemi reddedilmiştir.¹⁰⁰

Kanaatimizce Yüksek Mahkeme'nin itirazın reddine karar vermesi yerindedir. Ülkemizde kadın ve çocuk lehine yapılan yasal düzenlemeler, ülkemizin çağdaş değer yargılarını benimsediğini göstermektedir. Yoksulluk nafakasının süresiz oluşu, yoksul kadının kimseye muhtaç olmadan geçimini sağlamasındaki sayısız fayda göz önüne alındığında isabetli bir yasal düzenlemedir. Sosyal devlet ilkesinin somut uygulaması olan yoksulluk nafakasının ahlâki ve dayanışmacı niteliği düşünüldüğünde, yoksulluk nafakasının süresiz olması hakkaniyete uygundur. TMK m. 176/3'de yer alan nafakanın sona erme sebeplerinin geniş içerikli olmasından ve nafaka borçlusunu koruma-

⁹⁹ Demir, s. 39; Ruhi, s. 46; Erdem, s. 204; Ceylan, s.116; Kocabaş, s. 366; Çitak, s. 253; Y2HD, 12.12.2017 T, 2016/8859 E, 2017/14407 K; Y.2HD 11.07.2012, 14283/19487; Y.2HD 07.06.2017, 24486/7036 (Yağcı, s. 336-337);

¹⁰⁰ "İtiraz konusu 'süresiz olarak' ibaresi, nafaka alacaklısının her zaman ölüncüye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 175. maddesinde 'süresiz olarak' ibaresine yer vermesinin amacı, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır.

Evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devamı niteliğinde olan yoksulluk nafakasının özünde, ahlaki değerler ve sosyal dayanışma düşüncesi yer almaktadır. Yoksulluk nafakasının amacı nafaka alacaklısını zenginleştirmek değildir. Yoksulluk nafakasıyla, boşanma sonucunda yoksulluk içine düşen eşin asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması düşünülmüştür. Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için nafaka talep eden eşin boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olmasının yanı sıra, nafaka talep edilen eşin de nafaka ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunması gerekmektedir.

İtiraz konusu kuralda, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşen eşini korumak için diğer eşin, koşulları bulunduğu sürece, herhangi bir süre sınırı olmaksızın yoksulluk nafakası vermesi düzenlenmiş olup bu yükümlülüğün sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği olarak getirildiği kuşkusuzdur. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." AYM 17.05.2012T, 2011/136 E, 2011/72 K. (UYAP).

sından dolayı yoksulluk nafakasının süresinin sınırlanmaması gerektiğini savunan görüş de oldukça isabetlidir.¹⁰¹

Yoksulluk nafakasındaki “ süresiz olma” unsurunun muhafaza edilerek devam etmesi hukuka, vicdana ve ülke gerçeklerine uygundur. Böylelikle hâkim, derdest dava dosyasında yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedebileceği gibi, taleple bağlı olarak belirli bir süreyle kısıtlanmasına da karar verebilecektir. Örneğin özellikle kırsal yörede yaşayıp, hiçbir meslek ya da sanatı olmayan bir kadının yoksulluk nafakası olmaksızın hayatını sürdürmesi mümkün değildir. Ancak belirli miktardaki süresiz yoksulluk nafakası onun geçimini sağlayabilecektir.

Yoksulluk nafakası alacaklısı kadının, başka bir erkekle resmi nikâh olmaksızın gizli olarak yaşayarak nafaka borçlusundan aldığı nafakayı amacı dışında kullanması eleştirileri de yersizdir. Zira TMK m. 176/3'e göre yoksulluk nafakası alacaklının başkasıyla yaşaması sebebiyle sona erer. Bu durumda bu tür bir ilişki, bilim ve teknolojinin günümüzde ulaştığı aşamalar da göz önüne alınarak kanıtlanabilecektir. Yargıtay bir kararında, davacı kadının eşinin sadakatsiz olduğu iddiasını kanıtlamak için delil olarak CD ve fotoğraf kaydına dayanmasına rağmen, yerel mahkemece CD ve fotoğrafa ilişkin olumlu ya da olumsuz bir değerlendirme yapılmamasını davacının ispat hakkını sınırlayan eksik inceleme ve araştırma görerek isabetle bozmuştur.¹⁰²

Yoksulluk nafakasının kısa süreli evliliklerden doğan süresiz nafaka kararlarında, uzun süreli yükümlülük yaratmasının hakkaniyete ve toplumsal adalet anlayışına aykırı olduğunu belirten düşünceye¹⁰³, evlilik müessesesinin hukuki niteliği ile getirdiği yükümlülükler göz önüne alındığında katılmak mümkün olmamıştır. Hayatın müşterek deneyimlerine göre, kişi boşanmak için evlenmez. Evlilik birliğinde aradığı saadeti bulamayan kişinin, evliliğinin süresine bakmaksızın

¹⁰¹ Uzun, s. 100.

¹⁰² Y2HD, 19.11.2018 T, 2018/1657E, 2018/13095K. (UYAP).

¹⁰³ Kahraman Zafer, “Yoksulluk Nafakası Hakkındaki Güncel Meselelerin Kadın Hakları Bakımından Değerlendirilmesi”, <https://docplayer.biz.tr/128607012-li-uluslararası-kadın-ve-hukuk-sempozyumu-yoksulluknafakasi-hakkındaki-güncel-meselelerin-kadın-hakları-bakımından-değerlendirilmesi.html> (Erişim tarihi: 30.01.2020)

boşanması doğaldır. Tasada ve kaderde birlikteliği amaçlayan evlilik boşanmayla sona erdiğinde, yoksulluk nafakasının ahlaki görev olduğu da gözetildiğinde evlilik birliğinin süresi önem taşımaz. Nafakadan doğan hukuksal ilişki, herhangi bir hukuki işlemde, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğmayıp kendine özgü özellikleri barındıran aile hukukuna özgü bir ilişkidir. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin doğması için evliliğin süresinin önemi olmayıp, karı koca arasındaki evlilik birliğinin kurulması yeterlidir. Öğretide geçimini sağlamak için tüm çarelere başvuran, ancak yoksulluktan kurtulamayan eşin kendi kaderine mahkûm edilmesinin önlenmesinin aile hukukunun düşünce yapısına uygun olacağını belirten düşünce¹⁰⁴ de kanaatimizi destekler niteliktedir.

Yoksulluk nafakası, evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devamı niteliğindedir. Kanun koyucunun yoksulluk nafakasının süresiz olmasını benimsemesinin sebeplerinden biri de, yoksulluk nafakasının boşanan eşlerin birbirlerine tamamen yabancı olmaması felsefesine dayanmasıdır.¹⁰⁵ Eşler arasındaki evlilik münasebetinden kaynaklanan haklar ve yükümlülüklerin boşanmayla sona erdiği doğrudur. Ancak süresi ne olursa olsun, karı koca olma yolunda birbirlerine hayat paylaşımı sözü veren insanlardan birinin, diğerinin zorunlu ihtiyaçlarını karşılayarak onu yoksulluktan kurtarması insaniyet görevidir. Aile içinde ve toplumda göreceli olarak güçsüz olan kişi, çocuk ve kadındır. Güçsüzü gözetip koruyan pozitif ayrımcılık ilkesi de, özellikle uygulamada nafaka alacaklılarının çoğunun kadın olduğu da göz önüne alındığında kadının korunmasına işaret eder.¹⁰⁶ Bu durumun nafaka alacaklısı tarafından kötüye kullanılmasını, kanun koyucu yaptırıma bağlamıştır.

SONUÇ

TMK m. 175'e göre, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir Türk hukukun-

¹⁰⁴ Çitak , s.54.

¹⁰⁵ Gençcan, Nafaka, s.451.

¹⁰⁶ Serozan/Başoğlu /Kapancı, s.557.

da yoksulluk nafakası olarak adlandırılan nafaka türü İsviçre Medeni Kanunu'nda 'boşanma sonrası nafaka' başlığında düzenlenmektedir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz. Hâkimin yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için, evliliğin boşanma veya butlana karar verilme suretiyle sona erdirilmiş olması gerekir.

TMK m. 176/3'te, irat şeklinde ödenen yoksulluk nafakasının, kendiliğinden ya da mahkeme kararıyla sona erebileceği düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, irat şeklinde ödenmesine karar verilen nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden kalkar. Alacaklının evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da hay-siyetsiz hayat sürmesi hallerinde ise mahkeme kararıyla kaldırılır. Kanun koyucu, yoksulluk nafakasının sona ermesinde, ödeme şekline göre bir ayırım yapmaktadır. Söz konusu fıkrada yer alan sona erme halleri yalnızca yoksulluk nafakasının irat biçiminde ödenmesinde mümkün olacaktır.

Yoksulluk nafakasının, kendiliğinden ya da mahkeme kararıyla sona erebileceği düzenleyen TMK m. 176/3 emredici niteliktedir. TBK m. 27'de emredici hükümlere aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı belirtilmiştir. Taraflarca aksi sözleşmede kararlaştırılsa bile, sona erme sebeplerinden birinin varlığı halinde yoksulluk nafakası sona erecektir. Yürürlükte bulunan TMK m. 175'e göre, yoksulluk nafakasına kural olarak süresiz olarak karar verilir. Yargıtay uygulamasında talep edilen yoksulluk nafakasının koşulları mevcutsa ve fakat istem süresiz olarak ileri sürüldüyse hâkim, taleple bağlılık ilkesi gereği, yoksulluk nafakasına süreli olarak hükmedememektedir.

Özellikle taşrada eşinden ayrılmış yoksul kadının kimseye muhtaç olmadan geçimini sağlamasındaki sayısız fayda göz önüne alındığında, yoksulluk nafakasının süresiz oluşu isabetli bir yasal düzenlemedir. Sosyal devlet ilkesinin somut bir uygulaması olan yoksulluk nafakasının ahlâki ve dayanışmacı niteliği de düşünüldüğünde, yoksulluk nafakasının süresiz olması yerindedir. Kaldı ki, TMK m. 176/3'de düzenlenen nafakanın sona erme sebeplerinin geniş içerikli olması ve nafaka borçlusunu korumasından dolayı yoksulluk nafakasının süresinin sınırlanmaması gerekir.

Kaynakça

- Akıntürk Turgut/Ateş Derya, *Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul 2017.*
- Arkan Azra Serim, "Yoksulluk Nafakası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt. 65, Sayı. 1, Yıl. 2007, ss. 285-302.
- Ateş Mustafa, "Medenî Kanunda Yapılan Son Değişiklikler Işığında Yoksulluk Nafakası", *Yargıtay Dergisi*, Cilt. 24, Sayı. 4, Yıl. 1998, ss. 559-574.
- Bozdağ Gonca Gülfem, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka, Yetkin, Ankara 2015.*
- Ceylan, Ebru, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.*
- Çitak Burçak, "Yoksulluk Nafakası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt. 74, Sayı. 1, Yıl. 2016, ss. 241-257.
- Dede İsmail, "Yoksulluk Nafakasının Fiili Birliktelik ve Haysiyetsiz Yaşam Sürme Sebebiyle Sona Ermesi", Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan Cilt I, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 15, Sayı. 2, Yıl. 2016 (Özel Sayı), ss. 557-575.
- Demir Mecit, *Türk Medenî Hukuku Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası, Seçkin, Ankara 2018.*
- Demirbaş Ali, "Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası", *Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl, 5, S. 2, İstanbul 2018, ss. 219-235.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku, Cilt, 3, Aile Hukuku, 14. Bası, Filiz, İstanbul 2019.*
- Erdem Mehmet, *Aile Hukuku, Seçkin, Ankara 2018.*
- Ersöz Oğuz, "Yoksulluk Nafakasının Sona Ermesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı. 12, Ankara 2018, ss. 463-48.
- Feyzioğlu Feyzi Necmettin, *Aile Hukuku, Filiz, İstanbul 1986.*
- Gençcan Ömer Uğur, *Aile Mahkemesi Davaları, 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2016 (Aile).*
- Gençcan Ömer Uğur, *Nafaka Hukuku, Yetkin, Ankara 2018 (Nafaka).*
- Gençcan Ömer Uğur, *Türk Medenî Kanunu Yorumu, Yetkin, Ankara 2015 (Yorum).*
- Grassinger Gülçin Elçin, "Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1997, Cilt 55, Sayı 3, ss. 235-242.
- Gümüş Mustafa Alper, *Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat, İstanbul 2008.*
- Hamzaçebi Mehmet, "Türk Medenî Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 10, S. 3-4, 2002, ss.23-48.
- Hatemi Hüseyin/Kalkan Oğuztürk Burcu, *Aile Hukuku, 2. Bası, Vedat, İstanbul 2013.*
- Kaçak Nazif, *Boşanma Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat ile Yoksulluk Nafakası, 2. Bası, Seçkin, Ankara 2009.*

- Kahraman Zafer, "Yoksulluk Nafakası Hakkındaki Güncel Meselelerin Kadın Hakları Bakımından Değerlendirilmesi", <https://docplayer.biz.tr/128607012-li-uluslararasi-kadin-ve-hukuk-sempozyumu-yoksulluknafakasi-hakkındaki-guncel-meselelerin-kadin-haklari-bakimindan-degerlendirilmesi.html> (Erişim tarihi: 30.01.2020)
- Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, Turhan, Ankara 2016.
- Kırmızı Mustafa, Aile Hukuku Davaları, 2. Baskı, Bilge, Ankara 2018.
- Kocabaş Gediz, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi*, Cilt. 19, S. 1, İstanbul 2013, ss. 357-391.
- Köseoğlu Bilal/Kocaoğlu, Köksal, Aile Hukuku ve Uygulaması, 2. Bası, Ekin, Bursa 2011.
- Kurşat Zekeriya, "Anayasa Mahkemesinin Anlaşılmalı Boşanma ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", *Anayasa Mahkemesinin Medenî Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012)*, İstanbul, Oniki Levha, 2013, ss. 211-227.
- Medar Arzu Ansen, Yargı Kararları Işığında Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakası, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, Ankara 2018.
- Oğuz Cemal, "Medenî Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 4, S. 1-2 (Haziran-Aralık 2000), ss. 23-37.
- Okyar Karaosmanoğlu Dila, "Yargıtay Kararları Işığında Yoksulluk Nafakası Ödeme Yükümlülüğünün Şartları ve Ortadan Kalkması", Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan Cilt II, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 15, Sayı. 2, Yıl. 2016 (Özel Sayı), ss. 421-434.
- Öcal Mesut, Yoksulluk Nafakasının Süresi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, İstanbul 2018.
- Öztan Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Turhan, Ankara 2004.
- Özğür Ali İhsan, Nafaka Hukuku, 4. Baskı, Legal, İstanbul 2007.
- Perkdaş Hatice, Boşanmada Yoksulluk Nafakası, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, Ankara 2008.
- Ruhi Ahmet Cemal, Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Seçkin, Ankara 2004. (Boşanma)
- Ruhi Ahmet Cemal, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklılarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, Seçkin, Ankara 2003. (Nafaka)
- Serozan Rona/Başoğlu Başak/Kapancı Berk, "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan Cilt II, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 15, Sayı. 2, Yıl. 2016 (Özel Sayı), ss. 531-561.
- Şahin Mustafa, "Türk – İsviçre Medenî Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 21/3, 2017, s. 75-107.

- Topkaya Şahin, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2017.
- Tosun Yalçın, "Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakasının ve Doğurduğu Hukuki Sorunların İncelenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 10, Sayı. 129-130, Y. 2015, ss. 53-77.
- Tutumlu Mehmet Akif, Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 2. Bası, Adalet, Ankara 2006.
- Uzun Mine, Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası, Vedat, İstanbul 2013.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, Türk Medenî Hukuku Cilt, II Aile Hukuku, 5. Bası, Nurgök, İstanbul 1965.
- Yağcı Kürşad, "Yoksulluk Nafakasında 'Süresizlik' Sorunu", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt, 76,S. 1, İstanbul 2018, ss. 323-358.
- Yıldırım Abdülkerim, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt. 14, S. 157, Yıl. 2016, ss. 59-88.
- Yücedağ Nafiye, "Kadının Talep Ettiği Yoksulluk Nafakası (Women's Alimony)", 6.Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Editor, Prof. Dr. Adem Sözüer "Yoksulluk", Tebliğler, İstanbul, Oniki Levha, ss. 509-529.

YAPAY ZEKÂNIN SEBEP OLDUĞU ZARARLARDAN DOĞAN SORUMLULUK

LIABILITY ARISING FROM DAMAGES CAUSED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Onur SARI*

Özet: Yapay zekâ teknolojisi günümüzde sıklıkla kullanılan bir teknoloji haline gelmiştir. Ancak yapay zekânın kullanımı bir takım riskleri de ihtiva etmektedir. Yapay zekânın kullanımı nedeniyle üçüncü kişiler zarar görebilir. Bu durumda yapay zekânın sebep olduğu zararların nasıl tazmin edileceğinin değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle yapay zekâ hukuka göre bir kişi olmadığı için bizzat sorumluluğuna başvurulamayacaktır. Ancak akit bağlamında sorumluluk veya akit dışı sorumluluk bağlamında kullanıcısına, üreticisine yapay zekânın sebep olduğu zararların tazmini için başvurulabilir. Biz de çalışmamızda yapay zekânın sebep olduğu zararlara ilişkin hangi hükümlere başvurulacağını değerlendirdik. Özellikle de haksız fiil sorumluluğu bağlamında konuyu ele aldık. Yapay zekânın sebep olduğu zararlardan sorumluluğu kusur sorumluluğu ve kusura dayanmayan sorumluluk olmak üzere iki boyutta inceledik. Sonuç olarak Türk Hukuku'nda yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü sorumluluğunu düzenleyen özel bir kanun hükmü düzenlemesi bulunmadığı için genel hükümlere başvurulması gerekmektedir. Yapay zekânın, TBK. m.71 bağlamında önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetlerinden dolayı zarara sebebiyet vermesi halinde, zarar görenler TBK. m.71 bağlamında uğramış oldukları zararların giderimini talep edebilecektir. Diğer hallerdeyse zarar gören, tüketici olsun olmasın, TBK. m.49 ve devamında düzenlenen kusura dayanan haksız fiil hükümlerine dayanarak yapay zekânın sebep olduğu zararların tazmini talep edebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Patent, Fikri Mülkiyet, Haksız Fiil, Üreticinin Sorumluluğu, Tehlike Sorumluluğu, Ticaret Hukuku, Fikri Mülkiyet Hukuku, Medeni Hukuk

Abstract: Artificial intelligence technology has become a frequently used technology today. However, the use of artificial intelligence also involves a number of risks. Third parties may be damaged by the use of artificial intelligence. In this case, it is necessary to evaluate how the damages caused by artificial intelligence will be compensated. First of all, since artificial intelligence is not a person according to law, its own liability cannot be applied here.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Kent Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, dronur-sari@outlook.com, ORCID: 0000-0002-9026-7600, Makalenin Gönderim Tarihi: 25.09.2019, Kabul Tarihi: 25.09.2019

However, in the context of contractual liability or in the context of non-contractual liability, the user and the producer can be applied for the compensation of damages caused by artificial intelligence. In our study, we evaluated the provisions which shall be applied to for the damages caused by artificial intelligence. We have discussed the issue in particular in the context of tort liability. We examined the liability for damages caused by artificial intelligence in two dimensions: liability for negligence and strict liability. As a consequence, since there is no special provision in Turkish Law regulating the liability for damages caused by artificial intelligence, general provisions shall be applied. In case artificial intelligence causes damages arising from the operation of an entity posing significant danger in the context of Article 71 of the Turkish Code of Obligations, the damaged persons may request the compensation of their incurred damages under Article 71 of the Turkish Code of Obligations. In other cases, the damaged person, either is a consumer or not, is entitled to request the compensation for damages caused by artificial intelligence on the ground of Article 49 of the Turkish Code of Obligations and its subsequent provisions where tort based on negligence is regulated.

Keywords: Artificial Intelligence, Patent, Intellectual Property, Tort, Product Liability, Danger Liability, Commercial Law, Intellectual Property Law, Civil Law

I. Giriş

Günümüzde yapay zekâ teknolojisi birçok alanda kullanılmaya başlanmıştır. Hastalık teşhislerinde kullanılan sistemler, ATM dolandırıcılığına karşı kurulan yapay zekâ sistemleri, VAR sistemine ilişkin yapay zekâ sistemleri, otonom araçlar, insansız marketler yapay zekânın kullanıldığı alanlara örnek olabilir.

Yapay zekânın bu kadar yaygın bir şekilde kullanımı bir takım riskleri de doğurmuştur. Yapay zekâ sistemlerinin temelinde matematik, olasılık ve istatistik yatmaktadır. İnsanın hesaplayamayacağı kadar çok veriyi hızlı bir şekilde yapay zekâ hesaplayabilmektedir. Bu hesaplamalar neticesinde belirli tahminlerde bulunabilmekte veya belirli bir görevi yerine getirebilmektedir.

Yapay zekâ sistemleri bir takım hesaplamalar yaparak çalışmaktadır. Yapmış oldukları hesaplamaları test datalarıyla kontrol etmektedir. Ancak yapay zekânın yapmış olduğu bu hesaplamalarda hatalı sonuçlar ortaya çıkabilir. Hatta hatasız bir hesaplama rağmen üçüncü kişiler zarar da görebilir. Örneğin insansız bir araba, içindeki yolcuları kurtarmak için yaşlı birisine çarpabilir. Bununla birlikte günümüzde yapay zekânın verisini kullanacak kişiler, sonuçları kontrol edebilmek-

tedir. Ancak yapay zekânın yaygınlaşmasıyla birlikte insan temelli kontrol mekanizması da mümkün olmayacaktır. Yapay zekânın kendisi bizzat zararlara sebebiyet verebilecektir. Bu durumda yapay zekânın sebep olduğu zararların nasıl giderileceğinin düzenlenmesi gerekir.

Yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü kimlerin sorumlu tutulacağı ve hangi hükümlere başvurulacağı ise değerlendirilmesi gerekir.

II. Yapay Zekâ

Yapay zekânın sebep olduğu zararlardan sorumluluk konusuna değinmeden önce yapay zekânın ne olduğunun açıklanması gerekir. Zekânın tanımı doktrinde; öğrenme, düşünme, anlama gibi yetenekler olarak yapılmıştır.¹ TDK sözlüğünde ise zekâ; “*insanın düşünme, akıl yürütme, objektif gerçekleri algılama, yargılama ve sonuç çıkarma yeteneklerinin tamamı, anlayış, dirayet, zeyreklik, feraset*” olarak yapılmıştır.²

Yakın bir geleceğe kadar zekâ, sadece homo sapiens gibi canlılara has özel bir yetenek olarak kabul görülürken, bilgisayar sistemlerinin gelişmesiyle bu düşünce değişmiştir.³ Günümüzde zekânın sadece insan gibi canlılara özgü olmadığı, yapay bir şekilde de üretilebileceği kabul görmektedir. Yapay zekâyla birlikte akıllı bilgisayar programları oluşturulması hedeflenmektedir. Bu akıllı bilgisayar programları geliştirilirken öncelikle insan zekâsının nasıl çalıştığını anlamak, insanların tavırlarını incelemek önem arz etmektedir.⁴ Böylelikle insanların günlük hayatlarında yaptıkları işler, seçimler ve davranışlar yapay zekâ tarafından yapılabilecektir.

Yapay zekâ kavramı ilk olarak John Mc Carthy tarafından ortaya atılmıştır. Mc Carthy; yapay zekâ kavramını başta akıllı bilgisayar programları olmak üzere akıllı makineler yapma bilimi ve mühendis-

¹ Paulius Čerka/Grigienė Jurgita/Sirbikytė Gintarė, “Liability for damages caused by artificial intelligence” Computer Law & Security Review, U.K., 2015, V. 31. S.3, s.376-389, s.378

² Türk Dil Kurumu İnternet Sözlüğü, Kaynak: <https://tdk.gov.tr>, E.T.: 14.05.2019

³ Čerka, Jurgita, Gintarė, s.378

⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Edwina L. Rissland, “Artificial intelligence and law: Stepping stones to a model of legal reasoning”, The Yale Law Journal, New Haven, 1990, V.99.8, s.1957-1981, s.1959

liği olarak tanımlamıştır.⁵ Yasal düzenlemelerdeyse yapay zekânın tanımını yapılmamıştır. Ancak teknolojinin yaygınlaşmasıyla birlikte bir tanımın yapılmasına ihtiyaç duyulacaktır. Yapılacak tanımın genel kabul görmesi, esnek olması ve inovasyonu engellemeyecek nitelikte olması Robotikler Hakkında Medeni Hukuk Kuralları Tavsiye Raporunda belirtilmiştir.⁶

Yapay zekânın çalışma sisteminde başlıca üç husus önem arz etmektedir. Birincisi yapay zekânın işlemiş olduğu verilerin miktarıdır. Veri ne kadar doğru ve yoğun olursa yapay zekâ o kadar başarılı olacaktır. Nitekim yapay zekâ öğrenirken bu verileri esas almaktadır. Yine öğrendiği bilgilerle kendi kendini test ederken bu veri setinden faydalanmaktadır. İkinci husus yapay zekâyı oluşturan algoritma ve yapay zekâ modelleridir. Bir yapay zekânın öğrenmesini sağlayan çeşitli yapay zekâ modelleri bulunmaktadır. Bunların temelindeyse algoritmalar yatmaktadır. Bununla birlikte yapay zekâ algoritmalarının geleneksel bilgisayar algoritmalarından farkı bulunmaktadır. Yapay zekâ algoritmaları bilgisayarın öğrenmesini sağlarken bilgisayar algoritmalarının böyle bir işlevi bulunmamaktadır. Bilgisayar programlarıyla sadece daha önceden belirlenmiş görevler icra edilebilmektedir. Dolayısıyla bilgisayar programının kendisi öğrenmemekte sadece bildiği sorunları çözebilmektedir.

Yapay zekâ ise öğrenme sayesinde önceden kodlanmamış veya programlanmamış senaryolarda bile çalışabilmektedir.⁷ Yazılımcı, yapay zekâ sistemini oluştururken makine öğrenmesini sağlayan algoritmalarından faydalanır. Bu algoritmalarından sonuçlar elde edilebilmesi için de bir yapay zekâ modeli oluşturulup kodlanır. Günümüzde yapay zekânın hızlı gelişmesindeki bir diğer önemli etken ise bilgisayar teknolojisindeki gelişmelerdir. Yapay zekânın çalışabilmesi için hızlı işlemciler ve güçlü bilgisayarlara ihtiyaç vardır. Quantum bilgisayarların yaygınlaşmasıyla birlikte yapay zekâ teknolojisinin daha da gelişmesi beklenmektedir.

⁵ John McCarthy, What is Artificial Intelligence?, Kaynak: <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai.html>, (E. T.: 01.08.2019) s.2

⁶ European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), s.2, Kaynak: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html (Erişim Tarihi: 01.08.2019)

⁷ Čerka, Jurgita, Gintarė, s.377

Yapay zekâ bilgisayar biliminin bir alt dalı olarak 1950'li yıllarının ortasında ortaya çıkmıştır.⁸ Yapay zekânın öğrenmesinde makine öğrenmesinin önemli bir rolü bulunmaktadır. Makine öğrenmesi yapay zekânın alt dalıdır. İlk defa 1959 yılında Arthur Samuel tarafından tanımlanmıştır. Samuel'in tanımına göre makine öğrenmesi: bilgisayarların açıkça programlanmadığı bir alanda bilgisayarın kendi kendine öğrenme imkânını sağlayan bir çalışma alanıdır.⁹ Makine öğrenmesiyle bilgisayar daha önce tanımlanmamış sorunları kendi kendine çözebilmektedir. Makine öğrenmesi ve yapay zekâdaki gelişmelerle birlikte, algoritmalar kullanılarak ve sofistike analitik tekniklerin kullanımıyla, deneyimlerden öğrenme gerçekleşmekte ve daha önce karşılaşılmayan sorunlar çözülebilmektedir.¹⁰

Yapay zekâlar otonom olarak hareket edebilmektedir. Otonomluktan kasıt herhangi bir dış etki veya kontrol olmadan kendi başına bağımsız bir şekilde karar alma yeteneği olarak tanımlanabilir.¹¹ Böylelikle yapay zekâ almış olduğu kararlar çevresini etkilemektedir. Örneğin yapay zekâ sistemine sahip taşıma robotu, eşyaların nereden alıp nereye yerleştireceği konusunda karar almakta, arkasından da bu kararını uygulamaktadır. Yapay zekâ sistemi bu tür kararları alıp uygularken çeşitli hesaplamalar yapmaktadır. En doğru hesaplamayı bulmasıyla birlikte başarılı bir görev icra edebilecektir.

Yapay zekâ sistemleri sorunları çözmek için kendi kendine öğrenebilmekte ve insan müdahalesi olmadan bağımsız bir şekilde karar alabilmektedir.¹² Ancak yapay zekânın almış olduğu bazı kararlar hatalı olabilir. Bu hatalar, data setteki yanlış bilgilerden, zayıf modellemelerden, hatalı üretim ve testlerden, yanlış veya yetersiz uyarı ve tasniflemelerden, bilgi tabanının korunmaması ve güncellenmemesi gibi sebeplerden kaynaklanabilir.¹³ Yapay zekânın yapmış olduğu ha-

⁸ Rissland, s.1958

⁹ Jean Francois Puget, What Is Machine Learning?, IBM Community, 18.05.2016, https://www.ibm.com/developerworks/community/blogs/jfp/entry/What_Is_Machine_Learning?lang=en, (E.T. 05.06.2019)

¹⁰ Woodrow Barfield, "Liability for autonomous and artificially intelligent robots", Paladyn, Journal of Behavioral Robotics, Germany, 2018, v.9.1, s.193-203, s.193

¹¹ European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), s.5, (Erişim Tarihi: 01.08.2019)

¹² Barfield, s.194

¹³ Maruerite E. Gerstner, "Comment, Liability Issues with Artificial Intelligence Soft-

talı hesaplamaların ise ağır sonuçları olabilir. Nitekim GAAK isimli bir robot Magna Bilimsel Araştırma Merkezi'nden en güçlü kim hayatta kalacak testi yapılırken kaçmıştır. GAAK'ın açık unutulması neticesinde Bilimsel Araştırma Merkezi'nden kaçtığı ve merkezin otoparkına kadar gidebildiği anlaşılmıştır.¹⁴ Her ne kadar kaçan robotun bilinçli bir şekilde davranmadığı bilim insanları tarafından belirtilmişse de bir kazaya sebebiyet vermesi halinde kimin sorumlu olacağı tartışmalıdır.¹⁵

Yapay zekânın sebep olduğu zararlara ilişkin kapsamlı düzenlemeler yapılmamıştır. Bu hususta insan kullanıcıların yapay zekânın çalışmasını sağladığı veya yapay zekâların hata yapmayacağı bu nedenle kapsamlı yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmadığı iddia edilebilir. Oysa günümüzde yanlış GPS yönlendirmeleri nedeniyle kazaya sebebiyet vermesinden, mortgage krizindeki yapılan hatalı modellemelere kadar insanların güven duyduğu yapay zekâların yanlış kararlar aldığı görülmektedir.¹⁶

Yapay zekâ konusunda yetersiz hukuki düzenlemelerin olması yapay zekânın sebep olduğu zararların tazmininde tartışmalara sebebiyet vermektedir.¹⁷ Yapay zekânın düzenlenmesi uluslararası bir meseledir. Nitekim yapay zekâ sınır tanımayan bir teknolojidir. Bu nedenle öncelikle global ölçekte arkasından ise ulusal ölçekte yapay zekânın hukuk kaynaklarında düzenlenmesi gerekir. Ancak uluslararası hukukta da yapay zekâyı düzenleyen kaynaklar bulunmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde United Nations Convention on the Use of Electronic

ware", Santa Clara Law Rev., California, 1993, V.33, s. 239 - 269, s.248

¹⁴ Robot fails to find a place in the sun, Martin Wainwright, The Guardian, 20.06.2002, <https://www.theguardian.com/uk/2002/jun/20/engineering.highereducation>, E.T. 10.07.2019

¹⁵ Čerka, Jurgita, Gintarė, s.383

¹⁶ Finale Doshi-Velez/Kortz Mason, "Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation. Berkman Klein Center Working Group on Explanation and the Law", Berkman Klein Center for Internet & Society Working Paper, Harvard University Cambridge, 2017. s.2

¹⁷ Örneğin otonom araçların sigortalanması konusunda önemli sorunlar bulunmaktadır. Günümüzde sigorta şirketleri insan kusurunu esas alarak risk değerlendirmesi yapmaktadır. Bu risk değerlendirmesini yaparken; sürücünün yaşı, cinsiyeti, deneyimi gibi etkenleri esas almaktadır. Bakınız; Darrell M. West, "Moving forward: Self-driving Vehicles in China, Europe, Japan, Korea, and The United States" Center for Technology Innovation at Brookings, Washington, 2016, Np 12, s.16. Oysa otonom araçlarda bu etkenler önem arz etmeyecektir.

Communications in International Contracts m.12’de elektronik haberleşmeyi sağlayan ve insan müdahalesi olmadan otomatik olarak çalışan mesaj sistemleri ile bilgisayarların mesajlarından ötürü bu mesajların göndericisi olan kişinin sorumlu olduğunun düzenlendiği, bu ilkenin yapay zekâ için de geçerli olabileceği belirtilmiştir.¹⁸

Avrupa Komisyonu ise 2012 yılında RoboLaw inisiyatifini başlatmıştır. Komisyon yapay zekâ ve robotlara ilişkin hukuki sorunları çözebilecek, ulusal ve Avrupa Hukuku bağlamında çözümler aramaya başlamıştır.¹⁹ 22.09.2014’deyse Guidelines on Regulating Robotics raporuyla somut hukuki düzenlemeler yapılması konusunda önemli çalışmalar yapılmıştır. Fakat yapay zekânın sebep olduğu zararlara ilişkin henüz bağlayıcı bir uluslararası düzenleme yapılmamıştır.

Yapay zekânın niteliğinin belirlenmesinde Fikri Mülkiyet Hukuku’nun önemli bir rolü olacaktır. Bilindiği üzere yapay zekâlar bir nevi bilgisayar programı gibi kodlanmaktadır. Bu nedenle bir tür bilgisayar programı kabul edilip FSEK bağlamında eser gibi korunabilir. Bununla birlikte günümüzde genel eğilim yapay zekâların buluş olarak kabul edilmesi yönündedir. Buluş olarak kabul edilen yapay zekâ patenle korunabilecektir. Ayrıca üretim ve ticari sır olarak korunması da mümkündür.

Bilgisayar programı korumasıyla veya patenle korunabilen bu yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü kimlerin sorumlu tutulacağı tartışmalıdır. Bu hususta üretici olan buluş sahibinin veya eser sahibinin sorumluluğuna gidilebileceği gibi kullanıcının da sorumluluğuna gidilebilir.

III. Yapay Zekânın Sorumluluğu

Teknolojinin yaygınlaşmasıyla birlikte yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü sorumluluğunun düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak sorumluluğun düzenlenmesinde kötü seçimlerin yapılması halinde adil olmayan bir sorumluluk sisteminin benimsenmesinin yanında birçok faydalı uygulamayı engelleyen bir duruma da yol açılabilir.²⁰

¹⁸ Čerka, Jurgita, Gintarė, s.383

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Čerka, Jurgita, Gintarė, s.377

²⁰ Doshi-Velez, Mason, s.2

Yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü öncelikle kime başvurulacağına belirlenmesi gerekir.²¹ Yapay zekânın insan gibi düşünüp hareket edebildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte yapay zekânın ayrı bir kişi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği önem arz etmektedir. Ayrı bir kişilik olarak kabul edilmesi halinde zarar görenler doğrudan yapay zekâya başvurabilecektir. İşlemiş olduğu fiillerden ötürü yapay zekânın kendisinin sorumluluğuna başvurulması meselesiyse hukukta tartışmalıdır. Doktrinde yapay zekânın tamamen otonom olması (süper yapay zekâ sistemleri) ve kendi davranışlarını idrak edebilecek kapasitede bulunması halinde işlediği fiillerden ötürü sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir.²² Nitekim otonom yapay zekâlar herhangi bir insan müdahalesi olmadan kendi kendine çalışabilmektedir.²³ Bu tür yapay zekâlar kendi kendilerine öğrenip harekete geçebilir. Bu nedenle kişi olarak düşünülebilir. Ancak mevcut yasal düzenlemeler nazara alındığında yapay zekâ hukuken kişilik kazanmamıştır²⁴ Hukuken kişi sayılmayan yapay zekânın haksız fiilden ötürü sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır.²⁵ Bu nedenle vermiş olduğu zararlardan ötürü sorumlu tutulamayacaktır. Bununla birlikte yapay zekâya şirketlerdeki gibi bir tüzel kişilik verilebileceği doktrinde değerlendirilmiştir.²⁶ Türk Medeni Kanunu'na göre yapay

²¹ Yapay zekânın sebep olduğu zararların tazminine ilişkin Avrupa Parlamentosu tarafından düzenlenen tavsiye kararlarında bir takım düzenlemelerin yapılması önerilmiştir. İlgili tavsiye kararında zararların tazmini için belirli kategorilerdeki robotların sebep olduğu zararlara yönelik zorunlu bir sigorta sistemi oluşturulması tavsiye edilmiştir. Ayrıca bir tazminat fonu kurularak da yapay zekânın sebep olduğu zararların tazmin edilebileceği belirtilmiştir. Bu fon genel bir fon olarak kurulabileceği gibi her robot sınıfı için ayrı fonlar kurulması da mümkündür. Yine robotlara yönelik bireysel bir sicil numarası atanarak fonun niteliği, sorumluluğun sınırları ve katkıda bulunanların kayıt altına alınması tavsiye edilmiştir. Uzun vadedeyse sofistike ve otonom robotlar için belirli bir yasal statü oluşturmak amacıyla elektronik kişilik statüsünün düzenlenmesi gerektiği tavsiye edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), s.15,16

²² Ayrıntılı bilgi için bakınız; Čerka, Jurgita, Gintarė, s.383

²³ Barfield, s.193

²⁴ European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), s.5, Kaynak: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html (Erişim Tarihi: 01.08.2019)

²⁵ Čerka, Jurgita, Gintarė, s.384

²⁶ Doktrinde Bayamlıoğlu, yapay zekâ yazılımının zaman ve mekândan bağımsız olarak farklı yerlerde dağınık bir şekilde yer alabileceği veya yayılabileceği gö-

zekâlara kişilik bahsedilmemiş olup otonom davranışlarından ötürü kendilerine başvurulamamaktadır.²⁷ Avrupa Parlamentosu Tavsiye Raporu'nda da yapay zekâ sistemlerinin kişi olarak kabul görmemesi nedeniyle üreticiler, operatörler, mal sahipleri veya kullanıcıların ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir.²⁸

Yapay zekânın ayrı bir kişi olarak görülemeyeceği anlaşılmaktadır. Bu durumda yapay zekânın bir ürün mü veya hizmet mi olduğunun değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca yapay zekâ sistemi hem ürün hem de hizmet niteliğine sahip olup hibrit bir karaktere de sahip olabilir. Bununla birlikte doktrinde yapay zekâ sisteminin, yatırım danışmanlığı gibi insanların verebileceği hizmetleri sunuyorsa hizmet olarak kabul edileceği ancak sadece rutin veri analizlerini yapıyorsa ürün olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁹ Doktrinde bir diğer görüşse yapay zekânın bir ürün olduğu yönündedir.³⁰ Ancak yazar yapay zekânın kullanıcısının kişiselleştirilmiş girdilerine dayanarak tavsiye veya çıktı üretmesi halinde bir üründen ziyade bir hizmete benzeyeceği görüşündedir.³¹ Bununla birlikte doktrinde yapay zekânın 85/374 sayılı Üreticinin Sorumluluğuna İlişkin Avrupa Konseyi Direktifi m.2 bağlamında bir ürün olduğu ağırlıklı bir şekilde kabul görmektedir.³²

rüşündedir. Şirketlerde yazılımlar gibi dağınık ve karmaşık faaliyetlere girişebilmektedir. Yine şirketlerdeki gibi yapay zekâ da, sahiplerinden yani hissedarlarından bağımsız bir karaktere sahip olabilir. Böylelikle yapay zekâ, davacı - davalı olabilecektir. Yazılımın malvarlığıysa akıllı yazılım kaynak kodu, veri tabanı, sunduğu hizmetler karşılığında kazandığı gelir veya icra ettiği alım satım faaliyetlerinden elde ettiği gelir olabilir. Yine yazılımlar şirketler gibi tescil işlemine tabii kılınabilir. Ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bakınız; Emre Bayamlıoğlu, "Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt:2, İstanbul, 2008, s. 131- 140, s.138, 139

²⁷ Sinan Sami Akkurt, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Sayıştay Dergisi, Ankara, 2019, Yıl.7, Sayı:13, s.39 - 55, s.44

²⁸ European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), s.5 (Erişim Tarihi: 01.08.2019)

²⁹ Gerstner, s.250

³⁰ Jacob Turner, Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence, Palgrave Macmillan, 1st. Ed., London, 2018, s.96

³¹ Turner, s.96

³² Amedeo Santosuosso/Chlara Boscarato/Floro Ernesto Caroleo/Lynette Rene Labruto/Christophe Leroux, Robots, Market and Civil Liability: A European Perspective In 2012 September, IEEE RO-MAN: The 21st IEEE International Symposium on Robot and Human Interactive Communication, s.1051-1058, s.1058. Doktrinde yazarlar 85/374 sayılı Direktif'in robotlar için hukuki sorumluluk alanında bir dönüm noktası olmasına rağmen, robotun yalnızca bir ürün

Ülkemizdeyse yapay zekânın TKHK bağlamında ve 14.06.2013 tarihli Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik (Ayıplı Mal Yönetmeliği) bağlamında ürün olup olmadığına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Kanımızca yapay zekâ sistemleri özel algoritmalarından oluşan ve temelinde bir yazılım yatan sistemlerdir. Bu nedenle maddi bir mal olarak düşünmemek gerekir. Yapay zekâ sisteminin korunmasıysa fikri mülkiyet hukukunun konusuna girmektedir. Nitekim yaratıcısının fikri bir çabası neticesinde yapay zekâ sistemi ortaya çıkar. Yaratıcısı öncelikle algoritmaları belirlemede, kodları yazmakta ve bir yazılım meydana getirmektedir. Bu yazılım için kullanılacak veri setlerini de belirlemektedir. Tüm bu süreç sonucunda yapay zekâ sistemi belirli bir görevi yerine getirebilmek için kendi kendine öğrenebiliyorsa ve çözüm ortaya koyuyorsa başarılı olunmuştur. Yapay zekâ öğrenmesinde makine öğrenmesi sürecinin önemli bir rolü bulunmaktadır. Makine öğrenmesi bilgisayarların insanlar gibi öğrenmesini ve düşünmesini sağlayan bir teknolojidir. Günümüzde insanlar bilgisayarlara komut vererek çeşitli görevleri yaptırmaktadır. Oysa makine öğrenmesi ve yapay zekâ da artık insanın tek tek komut vermesine gerek yoktur. Bilgisayarların kendisi öğrenip görevi yerine getirebilecektir. Makine öğrenmesi denetimli öğrenme (gözetimli öğrenme) ve denetimsiz öğrenme (gözetimsiz öğrenme) şeklinde gerçekleşebilir. Görüldüğü üzere yapay zekâ sisteminin geliştirilmesi yaratıcısının fikri çabasına ve emeğine bağlıdır. Bu nedenle yapay zekâ fikri mülkiyet hukuku bağlamında bir tür fikri ürün olarak kabul görebilir.

Fikri ürün ifadesiyse doktrinde çeşitli yazarlarca tanımlanmıştır. Yazarların görüşlerine değinirsek; Erel'e göre "*Fikri hakların konusunu fikri emek ürünleri teşkil etmektedir.*"³³ Oğuzman, Barlas'a göre fikri haklar; "*kişilerin zekâ, düşünce ve yaratıcılıklarını kullanarak yarattıkları fikir ürünleri üzerindeki haklara denir.*"³⁴ Dural, Sarı'ya göre "*Kişilerin*

olduğu yönündeki mevcut yanlış varsayıma dayandığını belirtmiştir. Robotların yeni bilişsel yeteneklere sahip olmalarıyla birlikte üreticinin zararlardan tamamen sorumlu olmaması gerektiğini belirtmişlerdir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Santoso-
osso, Boscarato, Caroleo, Labruto, Leroux, s.1058

³³ N. Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi Ankara, 2008, s.26

³⁴ M. Kemal Oğuzman /Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C:2, Vedat Kitapevi 11.Baskı, İstanbul, 2014, s.156

*yaratıcı uğraşları sonucu, düşüncesi, zekâsı veya hisleri vasıtasıyla edebiyat, teknik, güzel sanatlar, bilim, ticaret alanlarında koyduğu ürünlere fikri ve sınai ürünler” denilmektedir.*³⁵ Helvacı, Erlüle ise “*kişinin, bilim, teknoloji, güzel sanatlar, edebiyat gibi alanlarda ortaya koyduğu ürünlere, fikri ürünler denir*” şeklinde tanımlamıştır.³⁶ Bu görüşler çerçevesinde yapay zekâ da bir fikri üründür. Nitekim yapay zekâ; kişilerin zekâ, düşünce ve yaratıcılıkları neticesinde ortaya çıkan ve fikri bir emeği barındıran bir teknolojik yeniliktir.

Fikri mülkiyet hukukundaysa fikri ürünler, fikri haklar çerçevesinde çeşitli şekillerde koruma altına alınmıştır.³⁷ Fikri bir ürün olan yapay zekâ da fikri hak korumasından yararlanabilir. Yapay zekâ sistemi sanayiye uygulanabilirse, buluş basamağı kriterini taşıyorsa ve yeniyse hak sahibinin başvurusu üzerine patentle korunabilir. Temelinde bir yazılım yattığı için yapay zekânın yazılım boyutu FSEK bağlamında bilgisayar programı olarak da korunabilir. Bununla birlikte günümüzde yapay zekâ sistemleri üretim ve ticari faaliyetlerde kullanılmaktadır. Bu nedenle üretim veya ticari sır olarak kabul edilip haksız rekabet hükümleri çerçevesinde de korunması mümkündür.

Fikri ürün olan yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü sorumluluğun belirlenmesiye ayrı bir tartışma konusudur. Öncelikle fikri mülkiyet hukukumuzda fikri ürünler eşya olarak kabul edilmemektedir. Nitekim bunlar gayri maddi mallardır. Türk Hukuku’na göre sadece maddi şeyler eşya olarak kabul görmektedir.³⁸ Fakat Ayıplı Mal Yönetmeliği m.4/c ile TKHK m.3/h’de mal tanımı verilirken “*elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar*” ibaresi de yer almıştır. Dolayısıyla fikir ve sanat eserleri hukukuna göre eşya olarak kabul edilmeyen gayri maddi mal olan fikri ve sınai ürünler, TKHK ve Ayıplı Mal Yönetmeliği bağ-

³⁵ Mustafa Dural, Suat Sarı, Türk Özel Hukuku – Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri – Filiz Kitapevi İstanbul, 2010, s.132

³⁶ Serap Helvacı, Fulya Erlüle, Medeni Hukuk, 5.Baskı, İstanbul, 2018, s.29

³⁷ Doktrinde bizimde katıldığımız görüşe göre fikri ürünler ile fikri haklar farklı kavramlardır. Her fikri ürün, bir fikri hak olarak görülmemelidir. Fikri ürünlerin fikri haklar çerçevesinde korunabilmesi için kanunda öngörülen koşulları taşıması gerekir. Bakınız; Ayşe Odman, Fikri Mülkiyet Hukuku İle Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerdeki Rolü, 1.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.37

³⁸ Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 5.Baskı, İstanbul, 2012, s.8,9, M. Ahmet Kılıçoğlu, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2013 (Sınai Haklar).

lamında mal olarak kabul edilmiştir.³⁹ TKHK ve Ayıplı Mal Yönetmeliği'ndeki mal tanımı içerisinde taşınır mallar sayıldığı gibi gayri maddi mallarda yer bulmuştur. Bununla birlikte yapay zekâ da bir fikri ürün olması nedeniyle gayri maddi maldır. Hatta yazılım temelli bir gayri maddi mal olduğu söylenebilir. Bu nedenle tüketiciler, yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü, TKHK ile Ayıplı Mal Yönetmeliği'ne başvurabilir.

Yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü akit dışımı yoksa akit bağlamında mı zararın tazmin edileceğinin ise değerlendirilmesi gerekir. Yapay zekânın sebep olduğu zararlar akdi ilişki bağlamında değerlendirilebilir. Hatta yapay zekânın sebep olduğu zararlardan dolayı sözleşmeye dayalı sorumluluk hükümlerine başvurulması zarar görenin daha lehine sonuçlar da yaratabilir. Nitekim sözleşmeye dayalı sorumlulukta, davacı zarar görene ispat kolaylığı sağlanmaktayken, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunda, davalının kusurlu olduğunun davacı tarafından ispat edilmesi gerekir. Zamanaşımı bakımından da incelediğimizde sözleşmeye dayalı sorumlulukta alacak muaccel olduğu tarihten itibaren 10 yıllık süre sonunda zamanaşımına uğrarken, haksız fiil sorumluluğunda zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren 2 yıl ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren 10 yılda zamanaşımına uğramaktadır. Bununla birlikte sözleşmenin gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi halinde zarar gören saf ekonomik zararları da dâhil olmak üzere tüm müspet zararlarının tazmin edilmesini (fiilli zarar ve yoksun kalınan kar) talep edebilecekken, haksız fiil sorumluluğunda sadece mutlak haklarının ihlali nedeniyle uğradığı zarar ile kanun hükmüyle korunan saf ekonomik zararlarının tazmini talep edebilecektir.⁴⁰

Sözleşmeye dayalı sorumluluk bağlamında borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.112 gereği alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Ayrıca TBK m.114/2 gereği, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla söz-

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Tuba Akçura Karaman, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, 1.Baskı, İstanbul, 2008, s.289

⁴⁰ Akçura Karaman, s.55

leşmeye aykırılık hâllerine de uygulanabilecektir.⁴¹ Alacaklının borcun ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı zararın tazmini borçludan talep edebilmesi için borcun ifa edilmemesinden kural olarak kusurlu bir şekilde sorumlu olması gerekir.⁴² Bununla birlikte sözleşme hukuku zarar görenin menfaatlerini karşılamakta yetersiz kalacaktır. Nitekim yapay zekânın zararının asıl sebebi üretimdeki hatalardan kaynaklanacaktır. Fakat sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereği zarar görenin satıcı olmayan üreticiye başvurması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla üreticinin sorumluluğunda gerek tüketici gerekse üçüncü kişi ile üretici arasında sözleşme ilişkisi olmadığı için konunun sözleşme dışı sorumluluk açısından çözülmesi gerekir.⁴³

Yapay zekânın sebep olduğu zararların tazminine ilişkin bir sözleşme dışı sorumluluk tipi olan haksız fiil hükümlerine göre de değerlendirme yapılabilir. Haksız fiil sorumluluğu, *sadece belli bir alacaklıya karşı değil herkese karşı uyulması zorunlu bir hukuki görevin ihlali yüzünden doğan tazmin yükümlüne denir*.⁴⁴ Haksız fiiller sözleşmeye aykırı davranışlar ile dar anlamda haksız fiiller olmak üzere iki grupta toplanabilir. Taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkiden özellikle de sözleşmeden doğan bir borca aykırı davranış geniş anlamıyla hâksiz fiildir.⁴⁵ Kanunun herkese yüklediği görevlere aykırı hareket edilmesi haliyse dar anlamda haksız fiildir.⁴⁶ Geniş anlamda hem sözleşme dışı sorumluluk

⁴¹ TBK m.114/2 gereği haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyasen sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacağı için bedensel bütünlük ihlaline yönelik maddi zararın tazmini TBK m.53,54,55 bağlamında, manevi zarar ise tüketicinin ağır bedensel zarara uğraması ya da ölümü halinde tüketicinin kendisi ve yakınları tarafından TBK m.56 bağlamında talep edilebilecektir. Bedensel bütünlüğünün zedelenmesi halindeyse zarar görenin kendisi manevi tazminat talep edebilir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Burcu G. Özcan Büyüktanır, "Tüketicinin ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevi Zararlarının Tazmini", *AÜHFĐD*, Ankara, 2018, S.67 (3), s. 495 - 534, s.510

⁴² Ayrıntılı bilgi için bakınız; Nalan Kahveci, "Sorumluluğun ve Giderim Borcunun Kapsamı", (Serozan Rona, Öz Turgut, Acar Faruk, Gökyayla Emre, Develioğlu Murat Ed.) İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C.1, İstanbul, 2018, s.905 - 925, s.907 (İstanbul Şerhi)

⁴³ Özcan Büyüktanır, 528

⁴⁴ Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Alttop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitapevi, 6.Baskı, İstanbul, 1988, s.641

⁴⁵ Sefa Reisoğlu, *Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, 23.Baskı, İstanbul, 2012, s.162

⁴⁶ Reisoğlu, s.162

hem de sözleşmeden doğan sorumluluk söz konusuysen; dar anlamda sadece sözleşme dışı sorumluluk konu edilmektedir.⁴⁷ Çalışmamızda kullandığımız haksız fiil terimi dar anlamda yani sadece TBK m.49 vd. bağlamında haksız fiil hallerini kapsamaktadır

Haksız fiille aralarında daha önceden herhangi bir münasebet bulunmayan veya mevcut bir münasebet bulunmakla birlikte bu münasebet ihlal edilmeksizin kişilerden birisinin diğerine zarar vermesi halinde zarar gören haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep edebilir.⁴⁸ Haksız fiilden doğan borçlar, hukuki işlemten doğan borçtan farklıdır. Sözleşme gibi hukuki işlemlerden doğan borçlarda, önce bir borç doğmalı, arkasındansa bu borcun ihlali söz konusu olmalıdır. Oysa haksız fiillerde evvelce bir borç ilişkisinin kurulmuş bulunması aranmadan tek kademe meydana gelir.⁴⁹

Haksız fiiller genellikle müspet bir hareketle başkasının hakkına yapılan bir tecavüz şeklinde vuku bulabilir. Ancak bazı kimse ve mallara nezaret etmek veya bir tehlikeyi bertaraf etmek için belirli bir harekette bulunmakla yükümlü tutulan kişinin görevini yerine getirmeyi ihmal ederse de haksız fiilden sorumlu tutulabilir.⁵⁰ Haksız fiilin ise hukuka aykırılık, illiyet bağı, kusur ve zarar olmak üzere dört unsuru bulunmaktadır.⁵¹ Özel bir sorumluluk hükmüyle düzenlenmemiş bütün haller dışında bir kimsenin haksız fiil sorumluluğuna gidilebilme-

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Fikret Eren, Borçlar Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 15.Baskı, Ankara, 2013, s.491

⁴⁸ Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 1.Baskı, İstanbul, 2010, s.6 (Mesuliyet),

⁴⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s.640. Bununla birlikte taraflar arasındaki mevcut bir hukuki ilişkiden özellikle de sözleşmeden doğan bir borca aykırı davranılması da geniş anlamıyla haksız fiil de kabul edilir. Bakınız; Reisoğlu, s.162 Borcun ihlali geniş anlamda hukuka aykırı bir fiil teşkil etmekte olup koşulları varsa alacaklı zararının tazminini dilerse haksız fiil dilerse sözleşmeye aykırılık esasına dayanarak isteyebilir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s.653,654

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Andreas Von Tuhr, Çeviren Cevat Edege, Borçlar Hukuku, Yargıtay Yayınları No:15, Olguç Matbaası, 2.Baskı, Ankara, 1983, s.362

⁵¹ Benzer yönde; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s.642, Reisoğlu, s. 163, Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, 3.Baskı, İstanbul, 2015, s.116 Doktrinde Eren ve Nomer ise haksız fiilin kurucu unsurlarını; fiil, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılık olarak saymıştır. Eren, s.516, Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 13. Baskı, İstanbul, 2013, s.114

si için TBK m.49'daki koşulların gerçekleşmesi gerekir.⁵² Özel hükümlerle düzenlenmiş hallerdeyse düzenlemedeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılır.

Bizim görüşümüze göre yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü koşulları varsa sözleşme bağlamında zarar verenin sorumluluğuna başvurulabilir. Ancak yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü genellikle sözleşme ilişkisine taraf olmayan kişiler etkileneceği için haksız fiil hukukuna sıklıkla başvurulacaktır. Nitekim gerek kullanıcının talimatları nedeniyle üçüncü kişinin zarar görmesi halinde gerekse de hatalı tasarlanan, üretilen veya geliştirilen yapay zekânın kullanıcıya zarar vermesinde haksız fiil hukukunun önemli bir işlevi olacaktır.

Mukayeseli hukukta yapay zekânın sebep olduğu zararların tazmininde kusur sorumluluğu, üreticinin sorumluluğu, ev başkanının sorumluluğu, hayvan bulduranın sorumluluğu, tehlike sorumluluğu gibi sorumluluk türlerine dayanılabileceği belirtilmiştir. Biz de çalışmamızda öncelikle kusursuz sorumluluk bağlamında konuyu ele alacağız. Arkasından ise kusura dayanan sorumluluk bağlamında değerlendirmelerimizi yapacağız.

1. Kusursuz Sorumluluk

Haksız fiilde kusur prensibi ve sebep prensibi olmak üzere iki prensip kabul edilmiştir. Kusur sorumluluğu bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışla sözleşme dışında diğer bir kimseye vermiş olduğu zararın giderilmesini düzenleyen sorumluluk türüdür.⁵³ Kusura dayanmayan sorumlulukta (bir diğer deyişle kusursuz sorumluluk, objektif sorumluluk, sebep sorumluluğu) bir kimse, sadece kendi fiilinin veya alakalı olduğu bazı vakıaların sebebiyet vermiş olduğu zararlardan kusuru aranmaksızın mükellef tutulmasıdır.⁵⁴

Haksız fiil sorumluluğunda kural olarak kusur sorumluluğu kabul edilmiştir. Kusur yoksa haksız fiil de söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte sosyal düşünceler ve hakkaniyet gereği kusuru bulunmayan

⁵² Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, Vedat Kitapçılık, 12. Baskı, İstanbul, 2016, s.11

⁵³ Eren, s.516

⁵⁴ Tandoğan, Mesuliyet, s.8

kişilerin sorumluluğuna gidilmesi de mümkündür.⁵⁵ Bu nedenle kusursuz sorumluluk oluşturulmuştur. Kusursuz sorumlulukta bir kişi, sahip olduğu varlıkların sebep olduğu zararlardan ötürü ya da başka kişilerin eylemlerinden dolayı sorumlu tutulmaktadır.⁵⁶ Kusursuz sorumluluk gereği aynı zarardan dolayı birden fazla kişinin müteselsilen sorumlu tutulması da mümkündür. Fakat bu kişiler genellikle kendi iç ilişkilerinde rücuya dayanabilir. Kusursuz sorumluluğun kusur sorumluluğundan farkıysa; kusur sorumluluğunda zarar gören davacı, zarar veren davalının kusurunu ispat etmek zorundayken, kusursuz sorumlulukta zarar veren kanun gereği kusurlu sayılmaktadır.⁵⁷

Mukayeseli hukukta yapay zekâ sistemlerinin sebep olduğu zararlara ilişkin kusursuz sorumluluğun kabul edilebileceği belirtilmiştir.⁵⁸ Birçok yazar yapay zekânın faaliyeti neticesinde zarar görenlerin kusursuz sorumluluk bağlamında zararlarını giderebileceği görüşündedir.⁵⁹ Kusursuz sorumluluğun kabulünün bir takım avantajlı yönleri bulunmaktadır. Nitekim ortalama bir bilgisayar kullanıcısı yapay zekâ konusunda teknik bilgiye sahip olmadığı için hatanın sistemin neresinde olduğunu bilmeyebilir. Oysa yazılım üreticileri hatanın nereden kaynaklandığını teknik bilgileriyle öğrenebilir.⁶⁰ Bu durumda kusur-

⁵⁵ İlhan Ulsan, "Tehlike Sorumluluğu Üstüne". İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, V.4 s.23-57, s.27 (Tehlike), Haluk Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sorumluluk, Turhan Kitabevi, 1.Baskı, Ankara, 1981, s.12, (Kusur), Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 20. Baskı, Ankara, 2016, s.327

⁵⁶ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s.332

⁵⁷ Eren, s.500

⁵⁸ Doktrinde Roma Hukuku'ndaki master servant kurallının yapay zekâyâ uygulanabileceği de belirtilmiştir. Bu düzenleme Roma Hukuku'nda pretoryan hukuk döneminde yapılmıştır. Master servant kurallına göre kölenin işlediği haksız fiillerden ötürü sahibi sorumludur. Doktrindeki görüşe göre yapay zekâ da köle gibi tanımlanabilir. Nitekim yapay zekâ da köle gibi hukukun bir süjesi değildir. Roma'da sadece özgür vatandaşlar mahkemeye başvurabildiği için her ikisi de mahkemelere başvuramaz. İşlemiş oldukları fiillerden ötürüye sahipleri sorumludur. Dolayısıyla yapay zekâyla Roma'daki köle sisteminin birbirine uyumlu olduğu söylenebilir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Čerka, Jurgita, Gintarė, s.385 Bize göreyse yapay zekânın temelinde bilgisayar programı yatmaktadır. Köleyse her ne kadar eşya olarak kabul görse de bir takım hakları bulunmaktadır. Bu nedenle Roma Hukuku'ndaki bu sorumluluğun tekrardan canlandırılıp yapay zekâyâ uygulanması güçtür.

⁵⁹ Barfield, s.197, Čerka, Jurgita, Gintarė, s.385, Kingston John KC. "Artificial intelligence and legal liability", International Conference on Innovative Techniques and Applications of Artificial Intelligence. Springer, Cham, 2016. s. 269-279, s.278

⁶⁰ Gerstner, s.254

suz sorumluluk kabul edilirse teknik bilgi sahibi olmayan zarar görenler hatanın varlığını kanıtlamaktan kurtulacaklardır. Zarar gören, sadece zararını ve zarar ile yapay zekâ sistemi arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi yeterli olacaktır.⁶¹ Dolayısıyla sadece ürünün hatalı olduğunu ve hatalı ürün nedeniyle zararın doğduğunu ispat etmesi yeterlidir. Zarar görenin yapay zekânın kusurlu olduğunu ispat etmesine gerek yoktur.

Kusursuz sorumluluk halleri kendi içerisinde; hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumlulukları olmak üzere üçe ayrılabilir.⁶² Yapay zekânın sebep olduğu zararlar bakımından da literatürde bu sorumluk halleri bağlamından tek tek değerlendirmeler yapılmıştır. Biz de çalışmamızda ilk olarak yabancı literatürdeki yaklaşımlara yer vereceğiz. Arkasından ise sorumluluk türlerinin yapay zekâyâ uygulanıp uygulanmayacağını Türk Hukuku bağlamında ele alacağız.

1.1. Hakkaniyet Sorumluluğu

Yapay zekâ sistemlerinin sebep olduğu zararların ayırt etme gücünden yoksun bir kişinin sebep olduğu zarar gibi talep edilebileceği doktrinde belirtilmiştir.⁶³ Mukayeseli hukukta da Lehman - Wilzig özellikle geçici ayırt etme gücünden yoksunluğun yapay zekâlara uygun olduğunu, kısa devre, sigorta atması gibi sebeplerle yapay zekânın hatalı çalışabileceğini ve zararlara sebep olabileceğini belirtmiştir.⁶⁴

⁶¹ European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL), s.5, Kaynak: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html (Erişim Tarihi: 01.08.2019)

⁶² Bu sınıflandırma konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s.671 vd., Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s.336, Eren, s.614, Reisoğlu, s.179, Bununla birlikte doktrinde bir diğer görüş ise kusursuz sorumluluk hallerini olagan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olmak üzere ikiye ayırmıştır. Tandoğan, Kusur, s.22, Ayrıca ayrıntılı değerlendirmeler için bakınız; Oğuzman, Öz, s.137, Süleyman Yılmaz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler", AUHFD, Ankara, 2010, v.59/3, s.551 – 578, s.556

⁶³ Sam N. Lehman - Wilzig, "Frankenstein unbound: towards a legal definition of artificial intelligence", Futures, 1981, UK, V. 13.6, s.442-457, s.450

⁶⁴ Lehman-Wilzig, s.450

Türk Hukuku'nda ayırt etme gücünden yoksun kişinin sebep olduğu zararlar hakkaniyet sorumluluğu bağlamında ele alınabilir.⁶⁵ Hakkaniyet sorumluluğu gereği kişinin vermiş olduğu bir zarardan dolayı aslında sorumlu tutulmaması beklenirken; gerek zarar görenin, gerekse zarar verenin hal ve şartları nazara alındığında hakkaniyet gereği zarardan sorumlu tutulması söz konusu olmaktadır.⁶⁶ TBK m.65 gereği hâkim hakkaniyet gerektiriyorsa ayırt etme gücü bulunmayan kişinin⁶⁷ verdiği zararların, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verebilecektir.⁶⁸ Bir diğer düzenleme olan TBK m.59'a göre ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişilerin, bu süreçte verdiği zararları gidermekle yükümlü olmasıdır. Fakat kişi, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulabilecektir.

Yapay zekâ sistemlerinin de ayırt etme gücünden yoksun kişi gibi değerlendirilmesi günümüz teknolojisi dikkate alındığında Türk Hukuku açısından güçtür. Nitekim yapay zekâ Türk Hukuku'nda bir kişi olarak kabul görmez. Bu nedenle ayırt etme gücü değerlendirilmesi yapılamaz. Ayırt etme gücünün varlığı veya yokluğu sadece gerçek kişiye mahsustur. Kişiliğe sahip olmayan yapay zekâların fiil ehliyetinin veya ayırt etme gücünün varlığı veya yokluğunun incelenemeyecektir. Ne zaman ki yapay zekâ Türk Hukuku açısından "kişi" olarak kabul görür. O zaman hakkaniyet sorumluluğuna başvurulabilir.

Derin öğrenme algoritmalarındaki gelişmeler karşısında yapay zekâların insan gibi düşünebileceği, çözümler üretebileceği ve tahminlerde bulunacağı beklenmektedir. Bu gelişmeler neticesinde yapay zekâyâ bir kişilik tanınırsa o zaman hakkaniyet sorumluluğu gündeme gelebilir.

⁶⁵ Eren, s.614, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s.673

⁶⁶ Yılmaz, s.556

⁶⁷ Ayırt etme gücünden sürekli yoksun olanların fiil ehliyeti de bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu kişilerin fiil ehliyetine giren hukuki işlem ehliyeti, tasarruf ehliyeti, dava ehliyeti ve haksız fiillerden sorumlu olma ehliyeti de bulunmamaktadır. Bakınız; Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Borçlar Hukuku, Beta Yayınevi, 23.Baskı, İstanbul, 2014, s.96

⁶⁸ Genellikle mahkemeler somut olayda zarar görenin ve zarar verenin mali durumlarını karşılaştırmakta ve zarar verenin çok daha iyi bir durumda olması halinde zarar görenin uğramış olduğu zararı tazmin etmesine karar vermektedir. Bakınız; Oğuz Sadık Aydos, Ürün Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2009, s.96 Doktrinde ayırt etme gücünden yoksun kimseden hakkaniyet gerektiriyorsa manevi tazminatta talep edilebileceği de belirtilmiştir. Bakınız; Reisoğlu, s.180

1.2. Özen Sorumluluğu

Yapay zekânın sorumluluğu konusunda özen sorumluluğuna da başvurulabileceği doktrinde belirtilmiştir.⁶⁹ Özen sorumluluğunun; ev sahibinin sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğu, adam çalıştırmanın sorumluluğu şeklinde türleri bulunmaktadır. Tüm özen sorumluluklarının temelinde kişi, kendisinin işlemiş olduğu fiilden ötürü değil, fiili işleyen kişiyle olan ilişkisinden ötürü haksız fiil bağlamında sorumlu tutulmaktadır.⁷⁰ Bu ilişki işveren - işçi, hayvan - hayvan sahibi şeklinde olabilir. Özen sorumluluğunun yapay zekâ için kabul edilmesi halinde sorumlu tutulan kişinin, yapay zekânın tek taraflı, otonom ve öngörülemez fiilleri nedeniyle, sorumluluğuna gidilmesi mümkün olacaktır.⁷¹ Bununla birlikte özen sorumluluğunun belirli sınırları bulunmaktadır. Bu sınırların kurtuluş kanıtları olduğu söylenebilir. Sorumlu tutulan, kurtuluş kanıtlarına dayanarak sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu nedenle özen sorumluluğunda yapay zekânın sebep olduğu her türlü zarardan dolayı sorumlu tutulan kişiye başvurulmayacak olması bir dezavantaj yaratmaktadır.⁷²

1.2.1. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu

Yapay zekânın sebep olduğu zararlara ilişkin adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine dayanarak tazminat talep edilebileceği doktrinde belirtilmiştir.⁷³

Türk Hukuku'nda TBK m.66'da adam çalıştırmanın sorumluluğu "*adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.*" şeklinde bir özen sorumluluğu türü olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu düzenlemeyle bir işin görülmesi sırasında çalıştırana tabi olan çalışanların sebep olduğu zararlardan ötürü çalıştırana başvurulabileceğini öngörmüştür.⁷⁴ Böylelikle bir işçinin sebep olduğu zararlardan ötürü işverene başvurulabilecektir. Hatta Yargıtay'ın görüşüne göre işverenin kendisinin veya işçisinin kusuru bulunmasa bile ortaya çıkan zarardan TBK m.66 gereği sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir.⁷⁵

⁶⁹ Čerka, Jurgita, Gintarė, s.385, Turner, s.98

⁷⁰ Čerka, Jurgita, Gintarė, s.385

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Turner, s.101

⁷² Ayrıntılı bilgi için bakınız; Turner, s.101

⁷³ Lehman-Wilzig, s.451

⁷⁴ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s.342

⁷⁵ 27.03.1957 Tarihli 1/3 sayılı Yarg. İçt. Bir. Kararı ve 15.06.1994 Tarihli, 94/398 sa-

Çalıştıran kimse, ancak çalışanın hizmetleri ifa ettikleri esnada yaptıkları zararlardan sorumlu olup zarar ile tevdi edilen iş arasında sıkı bir münasebet bulunmalıdır.⁷⁶ İlgili düzenleme dikkate alındığında adam çalıştıranın sorumluluğuna başvurulabilmesi için işçi - işveren ilişkisinin kurulmuş olması gerekir. Bir başka deyişle çalıştıranın çalışanın üzerinde kontrolü altında talimatına uygun çalıştırma, emretme ve denetleme durumunun mevcut olması gerekir.⁷⁷ Aksi halde istihdam edenin sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Bu istihdam ilişkisinin yazılı şekilde kurulmasıysa şart değildir. Dolayısıyla aralarında yazılı akit bulunmaksızın işveren için çalışan bir işçinin sebep olduğu zararlardan ötürü de işverene başvurulabilir. Bununla birlikte bir eser sözleşmesi veya vekâlet sözleşmesi varsa TBK m.66 hükümlerine başvurulamayacaktır. Ayrıca zarar verici fiil ile istihdam edenin görülen işi arasında fonksiyonel bir bağlılığın da bulunması gerekir.⁷⁸ Dolayısıyla çalışanın, çalıştıranın işini görürken işle bağlantılı olarak üçüncü kişiye zarar vermiş olması gerekir.⁷⁹ Çalışanın mesai saatleri dışında, işle bağlantısı olmayan fiillerinden ötürü üçüncü kişiye zarar vermesi halinde adam çalıştıranın sorumluluğuna başvurulamayacaktır. Örneğin çalışanın şahsi arabasıyla pazar günü yapmış olduğu kazadan ötürü adam çalıştıranın sorumluluğuna başvurulmayacaktır. Zarar çalıştırılan kişinin fiilinden doğmuş olmalı ve zarar ile çalıştırılanın haksız fiili arasında uygun illiyet bağı da mevcut olmalıdır.⁸⁰ Bu koşulların varlığı halinde adam çalıştıranın sorumluluğuna başvurulabilir. Bununla birlikte adam çalıştıranın sorumluluğu bir özen borcu olduğu için kanun koyucu kurtuluş kanıtları düzenlemiştir. Adam çalıştıran, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu tutulmayacaktır (TBK m.66/2).

Yapay zekâ sistemleri de bir nevi işçi olarak kabul edilebilir. Nitekim yapay zekâ her ne kadar kendi kendine düşünüp tahminlerde bulursa da aslında bir insanın talimatlarını yerine getirmektedir. İn-

yılı Yarg. HGK. Kararı aktaran Akıntürk, Ateş Karaman, s.99

⁷⁶ Von Tuhr (çev. Edege), s.393

⁷⁷ Reisoğlu, s.183

⁷⁸ Akıntürk, Ateş Karaman, s.96

⁷⁹ Nomer, s.139

⁸⁰ Reisoğlu, s.185

san, emretme ve denetleme yetkisini kullanarak, yapay zekâ sistemini çalıştırmaktadır. İşçiden farklı olarak yapay zekâyla insan arasında bir sözleşme ilişkisiyse kurulmamıştır. Yine yapay zekâ işçinin aksine bir bedel karşılığında çalışmamaktadır. Gerçi doktrinde işçinin geçici veya ivazsız bir şekilde çalışması halinde de adam çalıştırmanın sorumluluğuna başvurulabileceği belirtilmiştir.⁸¹ Bu açılardan bakıldığında yapay zekânın, çalıştırmanın emir ve talimatları altında ivazsız çalışmasının adam çalıştırmanın sorumluluğunu doğurabileceği söylenebilir. Bununla birlikte doktrinde bizimde katıldığımız görüşe göre yapay zekâ sistemiyle bunu kullanan kişi arasında bir istihdam ilişkisi bulunmamakta ve bu nedenle TBK m.66'nın uygulanamayacaktır.⁸² Nitekim yapay zekâ her ne kadar kullanıcısının talimatlarını yerine getiriyor olsa da işçi değildir. İşçiler gerçek kişilerden oluşmaktadır. Ayrıca yapay zekâyla işveren arasında yazılı, sözlü hatta zımni bir iş sözleşmesinin kurulması da mümkün değildir. Çünkü yapay zekâların sözleşme yapma ehliyeti bulunmamaktadır. Doktrinde de yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü istihdam edenin sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk hallerinin doğrudan yazılımın sebep olduğu zararlara uygulanamayacağı belirtilmiştir.⁸³ Nitekim hangi hallerde yapay zekâ sahiplerinin kurtuluş kanıtlarına başvuracağı, hangi durumların mücbir sebep sayılacağı belirsizdir.⁸⁴ Bu nedenle adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri yapay zekânın sebep olduğu zararlara uygulanamayacaktır.

Yapay zekânın işçi gibi bir kişi olmaması ve iş sözleşmesine taraf olmaması nedeniyle adam çalıştırmanın sorumluluğunun yapay zekâ sistemlerine uygulanması Türk Hukuku açısından pek mümkün görülmemektedir.

1.2.2. Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu

Mukayeseli hukukta yapay zekânın işlemiş olduğu fiiller, hayvan sahibinin sorumluluğu bağlamında da doktrinde değerlendirilmiştir.⁸⁵ Özellikle de yapay zekâların bağımsız bir şekilde kendi davranış

⁸¹ Reisoğlu, s.183

⁸² Akkurt, s.48,49

⁸³ Bayamlıoğlu, s.135

⁸⁴ Bayamlıoğlu, s.135

⁸⁵ Čerka, Jurgita, Gintarė, s.386, Lehman-Wilzig, s.448

modellerini belirleme kabiliyetlerine sahip olması ve otonom hareket edebilmeleri nedeniyle çeşitli zararlara sebep olmaları mümkündür. Bu süreçte topluma karşı taşıdıkları bu doğal risk nedeniyle üreticiden ziyade hayvan bulunduranın sorumluluğuna göre alıcının sorumlu tutulabileceği doktrinde belirtilmiştir.⁸⁶

Hayvan bulunduranın sorumluluğu Türk Hukuku'nda da değerlendirilmiştir. Doktrinde her ne kadar yapay zekâlar, hayvanlardan daha gelişmiş olsalar da bazı durumlarda hayvanlar gibi sahibinin talimatına aykırı şekilde karar alıp icra ettiği veya hiçbir talimat olmadan kendisinin karar alıp icra ettiği belirtilmiştir.⁸⁷ Bu nedenle otonom hareket eden yapay zekâların, sebep olduğu zararlardan ötürü, hayvan bulunduranın sorumluluğuna başvurulabileceği düşünülebilir.

Hayvan bulunduranın sorumluluğu, Türk Hukuku'nda bir tür özen sorumluluğu olarak TBK m.67'de düzenlenmiştir. TBK m.67 gereği hayvan bulunduranın sorumluluğunun doğması için bir kimsenin hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenmesi, hayvanın bir kişiye zarar vermesi, kurtuluş kanıtının ispat edilmemiş olması gerekir.⁸⁸ Ayrıca hayvan bulunduran fiili hâkimiyeti altında bulunan hayvanın başkasına zarar vermemesi için gerekli özeni göstermesi, gerekli önlemleri alması gerekir.⁸⁹ Aksi halde hayvanın sebep olduğu zararlardan ötürü sorumlu tutulabilir.⁹⁰ Hayvanın davranıştan ötürü hayvan bulunduranın kusurlu olup olmadığına önem arz etmemektedir. Sorumlu tutulan kişinin, hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenmiş olması yeterlidir. Ancak hayvan bulunduran zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu tutulmaz (TBK. m.67/2).

Yapay zekâyla hayvan bulunduranın sorumluluğuyse birbiriyle uyumsuzdur. Doktrinde hayvan bulunduranın sorumluluğunun hususi bir sorumluluk hali olduğu, kıyas yoluyla diğer şeylere tatbik edi-

⁸⁶ Lehman-Wilzig, s.448

⁸⁷ Akkurt, s.50

⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Nomer, s.142

⁸⁹ Hayvan bulunduranın mutlaka hayvanın maliki olması gerekmemektedir. Hayvanı kendi hakimiyeti altında tutan kiracı, intifa hakkı sahibi, rehin hakkı sahibi ve hayvanı çalmış olan hırsız da hayvan bulunduran olarak sorumlu tutulabilir. Bakınız; Akıntürk, Ateş Karaman, s.100, 101.

⁹⁰ Akıntürk, Ateş Karaman, s.100

lemeyeceği, hatta hayvanları kullanmak kadar tehlike arz eden, silah, zehir veya patlayıcı maddelere bile ilgili hükmün uygulanamayacağı belirtilmiştir.⁹¹ Bu nedenle hayvan bulunduranın sorumluluğunun kıyas yoluyla yapay zekânın sebep olduğu zararlara uygulanamayacağı anlaşılmaktadır. Ayrıca doktrinde hayvanların kendi iç güdüsüyle hareket etmesi sonucu zarara sebebiyet verebileceği belirtilmiştir.⁹² Oysa yapay zekâların içgüdüleri bulunmamaktadır. Genellikle yapmış oldukları hesaplamalardaki hatalar nedeniyle zarara sebebiyet vermektedirler. Bununla birlikte yapay zekânın aktiviteleri algoritmik bir süreç sonucunda ortaya çıkmaktadır. Oysa hayvanların yaşamında böyle bir süreç bulunmamaktadır. Ayrıca hayvan bulunduranın sorumluluğunun yapay zekâyâ uygulanamayacağı, yapay zekâ sistemlerinin zekâsının hayvanlarıninkini geçebileceği hatta belirli bir aşamadan sonra zeki yapay zekâların insanlara kasten zarar verebileceği de doktrinde belirtilmiştir.⁹³ Gerçekten de yapay zekâlar, hayvanlardan hatta kendi alanlarında insanlardan bile daha zekidir. Ayrıca hayvanlar bilinçsizce insanlara zarar verirken süper zekâlı yapay zekâlar insanlara kasten zarar verebilir. Yine yapay zekâ, işlemiş olduğu fiilin sonucunu insan gibi algılayabilir.⁹⁴ Ancak hayvanlarda böyle bir davranış pek görülmemektedir.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında Türk Hukuku açısından hayvan bulunduranın sorumluluğunun yapay zekânın sebep olduğu zararlara uygulanamayacağı anlaşılmaktadır.

1.2.3. Ev Başkanının Sorumluluğu

Yapay zekâ sisteminin çocuk olarak kabul edilmesi halinde ev başkanının sorumluluğu bağlamında da değerlendirilebilir. Nitekim yapay zekâlar, kendi kendilerine hatalarından, denemelerinden veya deneyimlerinden öğrenmektedir. Dolayısıyla ilk alındığında ilkel işlevleri yerine getirebilecekken zamanla sahiplerinin ihtiyaç ve isteklerine dayanarak kendilerini geliştirebileceklerdir.⁹⁵ Ayrıca yapay zekâların elde edebileceği entelektüel olgunlaşmanın da kendine özgü bir sınırı

⁹¹ Von Tuhr (çev. Edege), s.402

⁹² Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s.354

⁹³ Barfield, s.197

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Čerka, Jurgita, Gintarė, s.386

⁹⁵ Lehman-Wilzig, s.450

vardır.⁹⁶ Bu nedenle satın alınan yapay zekâ, anne baba tarafından evlat edinen çocuktan bir farkının olmadığı düşünülebilir.⁹⁷

Türk Hukuku'nda, TMK m.369'a göre "ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur." hükmü düzenlenmiştir. Ev başkanının sorumlu tutulması için zarar veren kişinin kusurlu olması önem arz etmemektedir.⁹⁸ Zarar verenin kusuru olmaksızın fiiliyle zarar vermesi halinde de ev başkanının sorumluluğu doğabilecektir. Örneğin küçük çocuğun tutuşturup yere attığı kâğıtlardan biri, daha sonraları yangına sebebiyet verirse, ev başkanının sorumluluğu söz konusu olabilir. Ev başkanının kim olduğu kanun, sözleşme, örf ve adet kuralları çerçevesinde belirlenir. Örneğin kanunen velayet ilişkisi gereği, küçükler ergin oluncaya kadar, anne ve babalarının velayeti altındadır. Ev başkanın devamlı bir şekilde gözetim, denetim, emir ve talimatlarına bağlı olarak yaşayan kişilerin fiillerinden ötürü ev başkanı sorumlu tutulabilecektir.⁹⁹ Fakat evde yaşayan kişilerin hiçbirinin gözetim, denetim ve emir ile talimat verme yetkisi yoksa ev başkanının sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Örneğin birlikte yaşayan öğrenciler arasında ev başkanlığı ilişkisi bulunmamaktadır.

Yapay zekânın çocuk olarak kabul edilerek ev başkanın sorumluluğuna başvurulması Türk Hukuku'na göre mümkün gözükmemektedir. Nitekim doktrinde bizimde katıldığımız görüşe göre TMK m.369'da ev başkanın sorumluluğuna yol açan kişilerin sınırlı sayıda sayıldığı ve kıyas yoluyla yeni kişilerin eklenmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.¹⁰⁰ Kanımızca da ev başkanın sorumluluğu sadece ev halkından olan küçük, kısıtlı, akıl hastası ve akıl zayıflığı bulunan kişileri kapsamaktadır. Ayrıca yapay zekânın hukuk düzeni tarafından tanınan bir kişiliği bulunmamaktadır. Bu nedenle ev başkanının sorumluluğu bağlamında değerlendirme yapılamayacaktır.

⁹⁶ Lehman-Wilzig, s.450

⁹⁷ Lehman-Wilzig, s.450

⁹⁸ Reisoğlu, s.206

⁹⁹ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s.362

¹⁰⁰ Akkurt, s.49

1.3. Üreticinin Sorumluluğu

Üreticinin sorumluluğu, hatalı üretim mallarının kişilerin sağlık, can ve mal varlığında sebebiyet verdiği zararlardan onları üretenlerin sorumlu tutulmasıdır.¹⁰¹ Üreticinin sorumluluğunda üretici tüketicilerin kullanımına sunduğu ürünlerin kullanım amacına uygun olduğu yönünde bir sorumluluk altına girmektedir.¹⁰² Ürünün öngörülmesi olan ve amaçlanan şekilde kullanımı sırasında ayıplı olması veya tehlike arz etmesi sorumluluğun doğması için yeterlidir.¹⁰³

Günümüzde de yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü üreticinin sorumlu tutulması yönünde bir eğilim gözlemlenmektedir. Örneğin otonom araçlar konusunda böyle bir eğilim baskındır. Otonom araçların sebep olduğu kazalardan dolayı Çin ve ABD’de sorumluluğun sürücülerden, üreticilere ve yazılımcılara geçmesi yönünde görüşler ileri sürülmüştür.¹⁰⁴ Bu yaklaşım doğrudur. Nitekim üreticinin sorumluluğundaki gibi yapay zekâ sistemlerindeki birçok hata tasarımdan kaynaklanabilir.¹⁰⁵ Bu hatalar tıpkı araç üreticilerinin sebep olduğu tasarım hatalarına benzerdir. Yapay zekâdaki bu hatalar da otomobiller gibi kullanıldıkça ortaya çıkmaktadır. Ayrıca üretici yapay zekâdan en çok menfaat elde elden süjeyi oluşturmaktadır. Nitekim en yüksek kârı, yapay zekâyı geliştiren üretici elde edecektir. Doktrinde de kişi ve malvarlığındaki zararlara sebebiyet olan hataların genellikle üreticiden kaynaklandığı, piyasada üreticinin ürünlerini özenle ürettiğinin varsayıldığı, dolaşımdaki ürünlerin güvenli olarak farz edildiği ve üreticinin testler ile kontrollerle ürününe ilişkin güvenlik önlemleri alabileceği belirtilmiştir.¹⁰⁶ Bu nedenle ürünlerdeki zarara sebebiyet veren hatalardan dolayı üretici sorumlu tutulmalıdır. Bununla birlikte üretici yapay zekâyı geliştirdiği için teknoloji hakkında herkesten daha derin bir bilgiye sahiptir. Normal bir kullanıcı yapay zekâ konusunda üretici kadar bilgi sahibi olmadığı için yapay zekâdaki hataları ispat

¹⁰¹ İbrahim Kaplan, “İmalatçının Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara, 1985, Cilt: 13, Sayı: 1, Haziran, s.137-140, s.138

¹⁰² Barfield, s.197

¹⁰³ Gerstner, s.250

¹⁰⁴ West, s.16 vd.

¹⁰⁵ Gerstner, s.256

¹⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Michael R. Maule, “Applying Strict Products Liability to Computer Software” *Tulsa Law Journal*, Oklahoma, 1991, v. 27, s.735 - 756, s.743

edemeyebilir. Bu nedenle yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü üreticinin sorumlu tutulmasında fayda vardır.¹⁰⁷

Tarihsel açıdan incelendiğinde üreticinin sorumluluğunun ilk olarak sözleşme bağlamında ele alındığı ancak daha sonraları sözleşme dışı bir sorumluluk hali olarak kabul edildiği görülmektedir. Doktrinde üreticinin akit sorumluluğu; satış sözleşmesinden, nadir durumlarda eser ve bağışlama sözleşmesinden, garanti sorumluluğundan, güven sorumluluğundan, Viyana sözleşmesinde düzenlenen öngörülebilir zararlar nedeniyle sorumluluktan doğabileceği ifade edilmiştir.¹⁰⁸ Üreticinin alıcıya karşı sözleşme bağlamında sorumluluğunun kabul edildiği dönemlerde çeşitli yaklaşımlar benimsenmiştir. Bu bağlamda üreticinin ifa yardımcısı olduğu görüşü, üretici ile alıcı arasında zımnen kurulan bir garanti sözleşmesi olduğu görüşü, alım satım sözleşmelerinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin kabulü görüşü, üreticinin güven sorumluluğu bağlamında sorumlu tutulması görüşü, üreticinin culpa in contrahendo sorumluluğu gereği alıcıya karşı sorumlu olması görüşü, üreticinin vekâletsiz iş görenin sorumluluğu bağlamında değerlendirilmesi görüşü ve ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gibi çeşitli yaklaşımlar kabul görmüştür.¹⁰⁹

Üreticinin sorumluluğunun akdi sorumluluk bağlamında çözülmesinde doktrinde birçok yaklaşım görülmekle birlikte istenilen sonuçlar elde edilememiştir. Sözleşmesel bağlamda sorumluluk müessesesi ürün hatalarının sebep olduğu zararların giderilmesinde yetersiz kalmaktadır. Nitekim ürün, üretici tarafından üretilmekle birlikte satıcıdan tarafından piyasada dolanımına sokulmaktadır. Sözleşmesel sorumluluğun kabulü halinde alıcı satıcıya başvurabilecektir. Oysa satıcılar malların karmaşık yapısı gereği ürünlerdeki hataları fark edememektedir. Ayrıca satıcı üretim faaliyetine katılmadığı için maldaki hataları engelleyememektedir. Bu nedenlerle satıcının ürünlerdeki hataların sebep olduğu zararlardan ötürü sorumlu tutulması adil olma-

¹⁰⁷ Horst G. M. Eidenmueller, "The Rise of Robots and the Law of Humans" Oxford Legal Studies Research Paper No. 27/2017, Oxford, 2017, s.1 - 15, s.8

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Kaplan, s.140

¹⁰⁹ Ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bakınız; Çiğdem Kırca, Ürün Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1.Baskı, Ankara, 2007, s.13 vd. (Ürün), Kaplan, s.140, Aydos, s.38 vd.

yacaktır.¹¹⁰ Üreticinin garanti vermesi de bir çözüm değildir. Nitekim üretici garantisinde, alıcının üründen yararlanmaya yönelik çıkarları güvence altına alınmaktayken, ürünün güvenli olduğu yönünde kesin bir güvence verilmemektedir.¹¹¹ Birçok garanti sözleşmesinde de alıcının uğramış olduğu bedensel ve malvarlığı zararlarının garanti kapsamı dışında olduğu belirtilmektedir. Zarar gören alıcıların ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurması da bir çözüm olmayacaktır. Ayıba karşı tekeffül hükümleri gereği satıcının sorumluluğuna gidilecektir. Ayrıca ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğması için ihbar külfeti, zamanaşımının geçmemesi gibi çeşitli koşulların yerine getirilmesi gerekir.¹¹² Bu koşulların yerine getirilmesi de alıcı için zordur. Üreticinin bir sürüm zinciri içerisinde nihai alıcıyla arasında bir sözleşme ilişkisi olduğu da kabul edilebilir. Ancak bu yaklaşım sözleşmenin nisbiliği ilkesine zarar verecektir.¹¹³

Akdi sorumluluk ilkelerine dayanılarak üreticinin sorumluluğu probleminin amaca uygun bir şekilde çözümler getirilmemesi sonucu mukayeseli hukukta farklı çözüm arayışları başlamış ve sözleşme dışı sorumluluk alanına yönelinmiştir.¹¹⁴ Üreticinin sorumluluğu konusunda akit dışı sorumluluğun temel sebebi olarak ise haksız fiil kabul görmüştür.¹¹⁵ Bu sorumluluğun türü konusundaysa baskın görüş kusura dayanmayan bir sorumluluk olduğu yönündedir.¹¹⁶ Bununla birlikte koşulların varlığı halinde üreticinin sorumluluğuna hem akdi sorumluluk hem de haksız fiil bağlamında başvurulabilir.¹¹⁷ Bu durumda tüketici kendisi için hangi sorumluluk tipi avantajlıysa onu seçmekte serbesttir.

¹¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Kırca, Ürün, s.31,32

¹¹¹ Ayşe Havutçu, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk Üreticinin Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, 2005, s.45,46

¹¹² Kırca, Ürün, s.32

¹¹³ Kırca, Ürün, s.33

¹¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Havutçu, s.48

¹¹⁵ Havutçu, s.48

¹¹⁶ Yılmaz İ. Aslan, Tüketici Hukuku, Ekin Yayınevi, 5.Baskı, Bursa, 2014, s.255,256, Kaplan, s.140, Kırca, Ürün, s.31 vd., Aydos, s.47 vd.

¹¹⁷ Üreticinin sorumluluğunu doğuran fiilin aynı zamanda üreticinin kusurundan doğan bir fiil olması halinde TBK. m.49 vd. hükümlerine, üreticinin yanında çalışan kişilerin kusurundan kaynaklanması halinde TBK. m.66 vd. hükümlerine, üreticinin aynı zamanda satıcı olduğu hallerde TBK. m.112 vd. hükümlerine, üreticinin zarar veren maliki olması halinde TBK. m.69 uygulanabilir. Bu durumda tüketici kendi için en elverişli hükümlere dayanabilir. Bakınız; Aslan, s.256,257

1.3.1. Üreticinin Sorumluluğuna İlişkin Kanuni Düzenlemeler

Üreticinin sorumluluğu Avrupa Birliği Hukuku'nda 85/374 sayılı Direktif'le genel olarak düzenlenmiştir. Bu Direktif'in düzenlendiği dönemde yapay zekâ teknolojisi günümüzdeki kadar yaygınlaşmamıştır. Bu nedenle Direktif'in yapay zekânın sebep olduğu zararlara uygulanıp uygulanmayacağı yönünde belirsizlikler bulunmaktadır. İlerleyen paragraflarda bu konu ayrıntılı bir şekilde ele alındığı için şimdilik değinmekle yetiniyoruz.

Türk Hukuku'ndaysa ilk kapsamlı üreticinin sorumluluğuna ilişkin hükümler, 4822 sayılı Kanun'la değişikliğe uğrayan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılmıştır. Değişiklikle beraber TKHK m.4/2'de tüketiciye seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde tazminat isteme hakkı düzenlenmiştir. Tüketici bu zararını imalatçı ve üreticiden de isteyebilecektir. TKHK m.4/3'de *"imalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar."* şeklinde düzenlenmiştir. TKHK. m.4/7'de ise güvenli olmayan mallar, piyasaya özürdür etiketiyle dahi arz edilemeyeceği düzenlenmiştir. İlgili düzenlemelerden anlaşılan üretici ve imalatçının, ayıplı malın neden olduğu zararlardan dolayı tüketiciye karşı sorumlu olduğudur. Ancak bu kanunda üreticinin sorumluluğu, 85/374 sayılı Direktif'deki gibi, kapsamlı bir şekilde düzenlenmemiş sadece üreticinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bununla birlikte 85/374 sayılı Direktif'in hemen hemen tüm hükümlerini barındıran 14.06.2013 tarihli Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik de çıkarılmıştır. Böylelikle Avrupa Birliği (AB) müktesabına ve uluslararası hukuka uygun olan üreticinin sorumluluğunun Türkiye'de kanunla değil, yönetmelikle düzenlendiği söylenebilir.

4077 sayılı TKHK döneminde ağırlıklı görüş üreticinin sorumluluğunun 4077 sayılı Kanun'la düzenlendiği yönünde olmakla beraber aksi yönde görüş bildirenler de olmuştur. Yazarların görüşlerine değinirsek doktrinde Havutçu, 4077 sayılı TKHK'nın, 4822 sayılı Kanun'la

değiştirilmesiyle birlikte üreticinin sorumluluğunun TKHK kapsamında düzenlendiği görüşündedir.¹¹⁸ Yazara göre özellikle kanunda ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan değil, modern hukuk düzenlemelerine öncülük eden 85/374 sayılı Direktif’de olduğu gibi üreticinin sorumlu olduğu zarar türlerinin sayılması ve TKHK m.4’e dayanılarak ayıplı malın neden olduğu zararlara ilişkin yönetmelik çıkarılması nedeniyle üreticinin sorumluluğunun, TKHK bağlamında düzenlendiği anlaşılmaktadır.¹¹⁹ Doktrinde Kırca’da 4822 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle birlikte 4077 sayılı TKHK m.4 bağlamında üreticinin sorumluluğunun düzenlendiği görüşündedir. Yazara göre TKHK m.4’deki yapılan değişikliğin gerekçesinde, kanun koyucunun ürün sorumluluğunu düzenlediği, 85/374 sayılı Direktif’i esas aldığı, yine kanun düzenlemesinde üreticinin sorumluluğunun konusu olan ayıplı takip eden zararların düzenlenmiş olduğunu ve tazmin edilecek zararın ayıplı takip eden zararlarla sınırlı olduğunu, kanunun lafzı ve sistematigi açısından üreticinin sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül bağlamında satıcının sorumluluğunun ayrı ayrı düzenlendiğini, üreticinin sorumluluğunun bir kusura dayanmayan sorumluluk olduğunu ve son olarak üreticinin ayıplı takip eden zararlardan sorumluluğu için TKHK m.4/2.c.4 hükmü uyarınca satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmesinin gerek olmadığını, ayıplı malın neden olduğu zararlardan dolayı birden fazla kimse sorumluysa bu kişilerin müteselsil sorumlu olduğunu belirtmiştir.¹²⁰ Doktrinde Akçura Karaman’a göre ise üreticinin ayıplı ürünün sebep olduğu zararlar nedeniyle sorumluluğu, genel kusur sorumluluğu hükümlerine (mülga BK m. 41. vd.) tabi olacaktır.¹²¹ Aslan ise üreticinin sorumluluğunun 4077 sayılı TKHK’da kusursuz sorumluluk olarak düzenlendiğini ve bir çeşit kanundan doğan tehlike sorumluluğu olduğunu belirtmiştir.¹²²

Öz’e göre ise 4703 sayılı Ürünler İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun (ÜTK), m.2’de üretici ve dağıtıcıların yükümlülüklerinin düzenlendiği ve ilgili ürünün piyasaya

¹¹⁸ Havutçu, s.114,115

¹¹⁹ Yazarın ayrıntılı görüş ve değerlendirmeleri için bakınız; Havutçu, s.114,115

¹²⁰ Yazarın ayrıntılı görüş ve değerlendirmeleri için bakınız; Kırca, Ürün, s.85

¹²¹ Akçura Karaman, s.154

¹²² Ayrıntılı bilgi için bakınız; Aslan, s.213

çıkmasından dolayı can ve mal zararına karşı kişileri de koruma amacı taşıdığını belirtmiştir.¹²³ ÜTK'ya göre üreticiye idari para cezaları verilirken zarar görenlerin tazminat talep etmesi de mümkün kabul edilmelidir.¹²⁴ Bununla birlikte doktrinde baskın görüş üreticinin sorumluluğunun ÜTK'da düzenlenmediği yönündedir. Havutçu'ya göre zarar gören, ÜTK'ya dayanarak üreticinin sorumluluğuna başvuramayacaktır.¹²⁵ Nitekim ÜTK'da, üreticinin temel yükümlülüğü olan piyasaya güvenli ürün arz etme yükümlüğünün ihlal edilmesi halinde zarar görene karşı sorumlu olunması düzenlemesinin yapılması amaçlanmamıştır.¹²⁶ ÜTK'nın temeli olan Ürün Güvenliği Direktifi'nde de böyle bir amaç yer almamaktadır. Üretici, başta piyasaya güvenli olmayan ürünleri sürmeme yasağı olmak üzere ÜTK'daki yükümlülükleri ihlal ederse düzene aykırı davranmış sayılır ve ÜTK'daki idari para cezasıyla yaptırım uygulanır.¹²⁷ Kırca'ya göre de 4703 sayılı Kanun'la birlikte üreticilere güvenli ürün üretmeleri konusunda çeşitli yükümlülükler getirilmiş, bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde idari para cezaları uygulanacağı düzenlenmiştir.¹²⁸ Bununla birlikte 4703 sayılı Kanun kamu hukuku nitelikli bir kanun olup, özel hukuka ilişkin bir sorumluluğu düzenlememektedir.¹²⁹ Üreticinin sorumluluğu 4703 sayılı Kanun'un 2003 yılında yapılan değişiklik gerekçesinde de belirtildiği üzere TKHK'da düzenlenmiştir.¹³⁰ Doktrinde Akçura Karaman'da kanun ile üreticilere bazı yükümlülükler getirilmiş olmakla birlikte bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde idari veya para cezası gibi yaptırımların uygulanacağını düzenlendiğini belirtmiştir.¹³¹ 4703 sayılı Kanun m.5'de üçüncü kişilere karşı tazminat sorumluluğunun düzenlenmediği görüşündedir.¹³²

6502 sayılı kanunla birlikte tüketicinin korunması tekrardan düzenlenmiştir. 6502 sayılı TKHK'nın kabulü sürecinde, Gümrük ve

¹²³ Turgut Öz, "Üreticinin Sorumluluğu", *İKÜHFD*, İstanbul, 2007, Cilt: 6, Sayı: 2, s.7-18, (Üretici), s.17

¹²⁴ Öz, Üretici, s.17

¹²⁵ Havutçu, s.116

¹²⁶ Havutçu, s.116

¹²⁷ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Havutçu, s.116

¹²⁸ Kırca, Ürün, s.81 vd.

¹²⁹ Kırca, Ürün, s.80,81

¹³⁰ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Kırca, Ürün, s.80,81

¹³¹ Akçura Karaman, s.153

¹³² Akçura Karaman, s.153

Ticaret Bakanlığı'nın hazırlamış olduğu Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nda¹³³ üreticinin sorumluluğu hususu düzenlenmiş, ancak TBMM'de geçen kanunda bu hükümler düzenlenmemiştir. İlgili taslağı kısaca değinirsek, 8.madde'de, ürün ve hatalı ürün kavramlarının tanımı yapılmıştır. 9.madde'de ise üreticinin sorumluluğunun kusur aranmayan bir sorumluluk olduğu belirtilmiştir. 10.madde de sorumluluktan kurtulma sebepleri düzenlenmiş, 11.madde de ise sorumsuzluk anlaşmalarının kesin geçersiz olduğu belirtilmiştir. 15.madde'deyse zamanaşımı düzenlenmiştir. Ancak bu hükümler daha sonraki aşamalarda kaldırılmıştır. Üreticinin sorumluluğunun ayrı bir kanunda düzenlenmesi planlanmaktadır.

Güncel mevzuatımız bağlamında değerlendirme yaparsak, 6502 sayılı TKHK'da üreticinin ayıplı maldan sorumluluğuna ilişkin 85/374 sayılı Direktif'deki gibi kapsamlı bir düzenlenme bulunmamakla birlikte TKHK m. 11, 74 ile 79/5'de üreticinin sorumluluğunu doğurabilecek hükümler olduğu söylenebilir. Özellikle de seri mallardaki ayıba ilişkin TKHK m.74, üreticinin sorumluluğu açısından önem arz etmektedir. TKHK m.74/1'de satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun tespiti, üretiminin veya satışının durdurulması, ayıbın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütlerinin dava açabileceği düzenlenmiştir. TKHK m.74/3'de ise, "*satışa sunulan bir seri malın, tüketicinin güvenliğini tehlikeye sokan bir ayıp taşıması durumunda Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümleri saklıdır.*" denilmiştir. Kanun koyucunun ilgili düzenlemeyle seri mallarda ortaya çıkan güvenlik ayıplarına ilişkin düzenleme yaptığı anlaşılmaktadır. Yapay zekâların ise seri bir mal olarak üretilmesi günümüzde güçtür. Bu nedenle, çalışmamızda bu konuda değerlendirme yapılmayacaktır. TKHK m.79 ise yiyecek taklidine ilişkin bir düzenlemedir. TKHK m.79/5'de yiyecek taklidi ürünleri satın alan tüketicilerin uğradıkları maddi ve manevi zararlar nedeniyle dava açma hakları bulunduğu düzenlenmiştir.

¹³³ İlgili tasarıya ulaşmak için bakınız; Üreticinin Sorumluluğuna İlişkin TÜSİAD Görüşü, http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/Tuketecinin-Korunmasi-Hakkinda-Kanun-Tasarisi-Taslagina-Dair-TUSIAD-Gorusu.pdf (E. T.: 20.11.2013)

Ayıplı mal ve üreticinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin yer aldığı 4822 sayılı Kanun'la değişikliğe uğrayan 4077 sayılı TKHK m.4'ün, 6502 sayılı Kanun'daki karşılığı olan TKHK m.11'de 4077 sayılı TKHK gibi üreticinin sorumluluğu kapsamlı bir şekilde düzenlenmemiştir. Üreticinin sorumluluğunun düzenlendiği Avrupa Birliği Hukuku'nda kabul edilen 85/374 sayılı Direktif ise Türk Hukuku'nda kanunlaştırılmamıştır. Mevcut düzenlemeler dikkate alındığıdaysa ayıplı malın neden olduğu zararlardan ötürü her ne kadar kapsamlı bir düzenleme olmasa da TKHK m.11'e başvurulabileceği görülmektedir. Nitekim TKHK m.11'de ayıplı mallardan ötürü tüketicinin başvurabileceği seçimlik haklar düzenlenmiştir. Bu haklar, onarım isteme, misliyle değiştirilmesini talep etme, sözleşmeden dönme ve satış bedelinden indirim isteme şeklinde sayılabilir. Ayrıca TKHK m.11/6'da "*Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.*" denilmiştir. İlgili düzenleme nedeniyle tüketici uğramış olduğu zararın giderilmesini TKHK. m.11 bağlamında da talep edebilir. Tüketicinin uğramış olduğu zarar maddi veya manevi olabilir.¹³⁴

Ayıplı malın neden olduğu zararların tazmini hususunda, TKHK m.11'in nasıl uygulanacağı konusunda, doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Atay'a göre ayıplı maldan ötürü zarara uğrayan tüketici, TKHK m.11 gereği seçimlik haklarından biriyle birlikte uğramış olduğu zararın giderilmesini de talep edebilir.¹³⁵ Ayrıca tüketici, TKHK m.83/1 uyarınca TBK m. 229 hükümlerine başvurabilir. Yazara göre zarar görenin uğramış olduğu doğrudan zararlardan ötürü kanunda kusursuz sorumluluk hali düzenlenmiş olup satıcının kusuru olmasa bile sorumluluğuna başvurulabilir.¹³⁶ Dolaylı zararlardan ötürüyse satıcının kusuru olması gerekir. Ancak kusuru olmadığının ispat yükü satıcıdadır.¹³⁷ Kara'ya göre tüketici seçimlik haklarından biri ile birlikte TBK hükümleri uyarınca tazminat talep edebilir.¹³⁸ Yazar tüketicinin uğramış oldu-

¹³⁴ Aydın Zevkliler/Çağlar Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2016, s.183, Feryal Atay, 6502 sayılı Kanun'un Uygulanmasında Ayıplı Mal Ayıplı Hizmet, Yetkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2019, s.782 İlhan Kara, Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2015, s.782

¹³⁵ Atay, s.183

¹³⁶ Atay, s.183

¹³⁷ Atay, s.183, 184

¹³⁸ Kara, s.782

ğu zararın tazmini için ön koşulun ayıplı mal nedeniyle uğradığı zararı ispat etmesi olduğunu belirtmiştir.¹³⁹ Sözleşmeye aykırılık nedeniyle yani satılan malın sözleşme koşullarına uygun olmaması, malın normal şartlarda taşınması gereken özelliklerin bulunmaması veya teknik standartlara aykırı üretilmesi nedeniyle zararın meydana gelmesi gerekir.¹⁴⁰ Doktrinde Özcan Büyüktanır ise tüketicinin 4077 sayılı TKHK döneminde üreticiden tazminat isteme hakkı düzenlenmişken, 6502 sayılı TKHK'da tüketicinin ortaya çıkan zarardan ötürü sadece satıcıdan tazminat isteyebileceğini belirtmiştir.¹⁴¹ Yazar ayrıca tüketicinin dönme hakkını kullanması halinde, TBK madde 229/1 ve TBK 229/2 gereği doğrudan ve dolaylı zararlarının tazmini talep edebileceğini, diğer seçimlik haklarını kullanması veya seçimlik haklarını kullanmaksızın uğramış olduğu zararının tazmini talep etmesi halinde TBK m.112'nin uygulanacağı görüşündedir.¹⁴² Doktrinde Aslan, TKHK m.11'de ayıplı malın neden olacağı zararlara ilişkin olarak TBK hükümlerine atfı yapılmış olduğunu ve tüketicinin seçimlik haklarından biri ile birlikte TBK hükümleri çerçevesinde tazminat talep edebileceğini belirtmiştir.¹⁴³ Yazar; tüketicinin, misli ile değiştirme ya da onarım seçimlik hakkını seçmesi halinde, satıcıdan, üreticiden ve dağıtıcıdan tazminat talep edebileceğini belirtmiştir.¹⁴⁴ Diğer haklarını seçmesi halindeyse bu hükümler çerçevesinde tazminat hakkını sadece satıcıdan talep edebilir.¹⁴⁵ Ayrıca tüketici seri mallardan dolayı zarar görmesi halinde TKHK m.74/2 bağlamında tazminat talep edebilir görüşündedir.¹⁴⁶ Yazara göre tüketici olmayan üçüncü kişiler ise genel hükümlere göre üreticinin sorumluluğuna başvurabilir.¹⁴⁷ Kalkan'a göreyse tüketicinin, zarara uğraması halinde seçimlik haklarıyla birlikte uğramış olduğu zararın tazmini talep edebileceği gibi, seçimlik hakları kullanmaksızın doğrudan satıcıya da başvurabilir.¹⁴⁸ Uğramış olduğu zararın tazmini için tüketici, TKHK m.11/6'nın Türk Borçlar Kanunu'na atfı gereği, TBK m.227/2

¹³⁹ Kara, s.782

¹⁴⁰ Kara, s.782

¹⁴¹ Özcan Büyüktanır, s.500

¹⁴² Özcan Büyüktanır, s.508, 509

¹⁴³ Aslan, s.243

¹⁴⁴ Aslan, s.227

¹⁴⁵ Aslan, s.227

¹⁴⁶ Aslan, s.243

¹⁴⁷ Aslan, s.247

¹⁴⁸ Kalkan, s.253,254

ve TBK. m.229 başvurabilecektir.¹⁴⁹ TBK m.229'a göre alıcı dönme hakkıyla birlikte doğrudan ve dolaylı zararların tazmini satıcıdan isteyebilecektir. Yazara göre alıcı; bedel indirimi, onarma, ayıpsız misliyle değiştirme seçimlik haklarını kullanması halinde de TBK m.229'daki ayırma göre zararlarının tazminini talep edebilecektir.¹⁵⁰ Şenocak'ta tüketicinin TKHK. m.11/6 gereği satıldaki ayıptan kaynaklanan ve seçimlik haklarıyla telafi edemediği zararını tazmin edebileceğini belirtmiştir.¹⁵¹ Doktrinde Öz ise zarar gören tüketicinin TKHK m.11 bağlamında satıcının yanı sıra üreticiye, ithalatçıya, koşulların varlığı halinde bağlı kredi verene başvurabileceğini bu kişilerin müteselsilen sorumlu olduğunu belirtmiştir.¹⁵² Yazara göre TKHK. m.11 bağlamına üreticinin, satıcının, ithalatçının ve koşulları varsa bağlı kredi verenin mal piyasada kaç kez el değiştirirse değiştirsin sonunda nihai olarak kişisel ihtiyacı için alan bir tüketicinin zarara uğramasına sebebiyet veriyorsa belli sınırlar ve tüketicinin kanundaki bazı hakları bakımından müteselsilen sorumlu olacağı görüşündedir.¹⁵³ Bununla birlikte TKHK m.11'de dolaylı olarak üreticinin sorumluluğu düzenlenmekle birlikte asıl üreticinin sorumluluğunun ÜTK'da düzenlendiği görüşündedir.¹⁵⁴ Nitekim kanunun gerekçesinde amaçlanan güvenli ürün; insan sağlığı, can ve mal güvenliği, hayvan ve bitki yaşam ve sağlığı, çevre ve tüketicinin korunması bakımından azami ölçüde koruma sağlayan ürünler olarak belirtilmiştir.¹⁵⁵ Yine doktrinde Öz kanunda geçen üretici ve dağıtıcıların yükümlülükleri ifadesinin sadece denetim kuruluşlarına karşı değil, zarar gören kişilere karşı tazminat yükümlülüklerini de ifade ettiğinin kabulüyle birlikte kanun koyucunun üreticinin sorumluluğunu düzenlemiş sayılacağını belirtmiştir.¹⁵⁶ Zevkliler, Özel'e göre ise tüketici, TKHK m.11'deki seçimlik haklardan birini seçerek veya bu haklardan birini seçmeksizin TBK hükümleri uyarınca satıcıdan

¹⁴⁹ Kalkan, s. 254

¹⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Kalkan, s. 254

¹⁵¹ Zarife Şenocak, "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları", *Terazi Hukuk Dergisi*, İstanbul, 2014, Cilt: 9, Özel Sayı, s.30 - 37, s.36

¹⁵² Oğuzman, Öz, s.235, 236

¹⁵³ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Oğuzman, Öz, s.236

¹⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Oğuzman, Öz, s.236 vd.

¹⁵⁵ 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanunun Gerekçesi, Kaynak: <http://www.mevzuat.gov.tr/>, E.T.:26.10.2018

¹⁵⁶ Oğuzman, Öz, s.237,238

tazminat talep edebilir.¹⁵⁷ Yazarlara göre sözleşmeden dönme halinde tazminat, TBK m.229'a göre talep edilebilir. Sözleşmeden dönme dışındaki diğer seçimlik hakların kullanılması halinde veya hiçbir seçimlik hak kullanılmaksızın da tazminat talep edilebilir.¹⁵⁸ İmalatçılar ise ÜTK bağlamında güvenli olmayan ürünleri piyasaya sürmemekle yükümlü oldukları için güvenli olmayan üründen zarar görenler, imalatçıdan ÜTK gereğince zararlarının tazmini talep edebilirler.¹⁵⁹

6502 sayılı TKHK'daki sorumluluğun kusursuz bir sorumluluk türü olup olmadığına doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde Atay, tüketicinin ayıplı maldan dolayı zarar görmesi halinde imalatçı, ithalatçı ve satıcının sorumluluğunun bir tür kusursuz sorumluluk hali olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁰ Yazar, tüketicinin ayıp ile zarar arasındaki nedensellik bağına ispat etmesinin yeterli olacağı görüşündedir.¹⁶¹ Zevkliler, Özel ise sözleşmeden dönme nedeniyle tazminat istenmesi halinde doğrudan zararların tazmini için kusursuz sorumluluk halinin geçerli olduğunu, diğer zararların tazmini konusundaysa kusura dayanan sorumluluk halinin geçerli olduğunu belirtmiştir.¹⁶² Yazarlara göre tüketicinin sözleşmeden dönme dışındaki diğer seçimlik haklarını kullanması halindeyse zarardan sorumluluk hali kusursuz sorumluluktur.¹⁶³ Tüketici hiçbir seçimlik hakka başvurmaksızın da zararının giderilmesini TBK m.112 hükümlerine göre talep edebilir. Yazarlar, tüketicinin satıcının sözleşmeye aykırı davranması hükümlerine (TBK m.112) başvurması halinde kusur sorumluluğunun uygulanacağı görüşündedir.¹⁶⁴ Ayrıca yazarlar, imalatçının ÜTK bağlamında sorumlu tutulduğunu ve bu sorumluluk halinin kusursuz sorumluluk olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁵ Doktrinde Aslan ise TKHK m.11 bağlamında kusursuz sorumluluk halinin düzenlendiği belirtmiş, üretici veya ithalatçı malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat etmesi halinde sorumlu tutulmayacağını belirtmiştir.¹⁶⁶ Ayrıca

¹⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Zevkliler, Özel, s.185, 186

¹⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Zevkliler, Özel, s.185, 186

¹⁵⁹ Zevkliler, Özel, s.194,195

¹⁶⁰ Atay, s.183

¹⁶¹ Atay, s.183

¹⁶² Zevkliler, Özel, s.184, 185

¹⁶³ Zevkliler, Özel, s.185, 186

¹⁶⁴ Zevkliler, Özel, s.186

¹⁶⁵ Zevkliler, Özel, s.194, 195

¹⁶⁶ Aslan, s.251

yazara göre ÜTK'da düzenlenen üretici malı piyasaya sürmediğini kanıtlarsa da sorumlu tutulmayacaktır.¹⁶⁷ Yazar üreticinin zararlardan sorumlu olmaması için Ayıplı Mal Yönetmeliği ile 85/374 sayılı Direktif'deki kurtuluş kanıtlarına da başvurabileceği görüşündedir.¹⁶⁸ Doktrinde Oğuzman, Öz; üretici, satıcı, ithalatçı ve kanundaki koşulların varlığı halinde bağlı kredi verenin, tüketiciye karşı kusursuz sorumluluk bağlamında sorumlu tutulacağı görüşündedir.¹⁶⁹ Bununla birlikte yazarlar üreticinin sorumluluğunun TKHK'da dolaylı olarak düzenlendiğini, asıl esas alınması gereken düzenlemenin ÜTK olduğunu belirtmiştir.¹⁷⁰ Yazarlara göre ÜTK. m.5/4 gereği üreticinin sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk hali olarak ÜTK'da düzenlenmiştir.¹⁷¹ Böylelikle üretici, ürünün yol açtığı zarardan doğacak sorumlulukta bu tehlikeyi öngörememekte kusursuz olduğunu ispat ederek kurtulamayacak, ürünün piyasaya arzı ile kendi davranış arasında nedensellik bağı bulunmadığını veya teknik düzenlemeye uygun ürün arz etmesine rağmen bu düzenlemenin yetersizliğinden dolayı zararın doğduğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulabilecektir.¹⁷² Şenocak, TKHK m.11/6'yla ayıplı ifadan sorumluluğa ve alıcının haklarına ilişkin hükümlere atıf yapılmış olup ayıplı mal teslimi nedeniyle sözleşmeden dönme halinde alıcı, doğrudan zararları satıcının kusuru olmasa dahi talep edebilecektir.¹⁷³ Dolaylı zararları ise satıcının kusursuzluğunu ispatlayamaması halinde talep edebilecektir.¹⁷⁴ Alıcı diğer seçimlik haklarını kullanması halinde, satıcının kusurlu olması şartıyla, diğer bir deyişle satıcının kusursuzluğunu ispatlayamaması halinde satıcıdan tazminat talep edebilecektir.¹⁷⁵ Doktrinde Özcan Büyüktanır ise üreticinin sorumluluğunun TBK madde 66/3'de düzenlenen organizasyon sorumluluğu bağlamında çözülmeye çalışabileceğini, bu bağlamda koşullar oluşmazsa açık bir düzenleme yapıncaya kadar haksız fiil sorumluluğu bağlamında çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁶

¹⁶⁷ Aslan, s.252

¹⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Aslan, s.252, 253

¹⁶⁹ Oğuzman, Öz, s. 236

¹⁷⁰ Oğuzman, Öz, s. 237

¹⁷¹ Oğuzman, Öz, s. 238

¹⁷² Ayrıntılı bilgi için bakınız; Oğuzman, Öz, s. 238

¹⁷³ Şenocak, s.36

¹⁷⁴ Şenocak, s.36

¹⁷⁵ Şenocak, s.36

¹⁷⁶ Özcan Büyüktanır, s.508, 519

Üreticinin sorumluluğunun düzenlenmesi konusunda bir diğer sorun ise yönetmelik ile kanun arasındaki uyumsuzluktan kaynaklanmaktadır. Mülga 4077 Sayılı TKHK döneminde 14.06.2013 tarihli Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır. Yönetmeliğin 3.maddesinde “*Bu Yönetmelik, 23.2.1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 31 inci ve 4822 sayılı Kanun’la değişik 4 üncü maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.*” denilmiştir. 6502 sayılı TKHK Geçici Madde 1/3’de ise “*TKHK’da öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar, bu Kanun’la yürürlükten kaldırılan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve diğer mevzuatın, bu Kanun’a aykırı olmayan hükümleri uygulanır.*” hükmü yer almaktadır. Bununla birlikte mülga 4077 sayılı TKHK m.4’ün 6502 sayılı TKHK’daki karşılığı olan maddelerde üreticinin sorumluluğuyla ilgili açık bir düzenleme yapılmamıştır.

Bilindiği üzere yönetmelikler, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak amacıyla düzenlenirler. Dolayısıyla yönetmelik düzenlenirken daha önce o konuda bir kanun veya tüzük çıkarılmış olmalıdır.¹⁷⁷ Ayrıca yönetmeliklerin amacı, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak olduğu için yönetmeliklerin kanunlara ve tüzüklere aykırı olmaması işlevleri gereğidir.¹⁷⁸ Yasalara aykırı veya yasa hükümlerini değiştirici nitelikteki hükümlerin yönetmelikte düzenlenmesi olanak dışıdır.¹⁷⁹ Bu durumda Ayıplı Mal Yönetmeliği’nin kanuna aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekecektir.

Sonuç olarak mevcut düzenlemeler bağlamında tüketicilerin ürünlerin sebep olduğu zararlara ilişkin TKHK. m.11’e başvurabileceği anlaşılmaktadır. Ancak TKHK m.11 modern anlamda üreticinin sorumluluğunun düzenlendiği bir kanun hükmü değildir. Kanımızca 85/374 sayılı Direktif gibi kapsamlı bir düzenlemenin yapılması ve yapa-zekâ gibi ürünlerin bu düzenlemede yer alması gerekir.

¹⁷⁷ Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, Filiz Kitapevi, 1.Baskı, İstanbul, 1990, s.111

¹⁷⁸ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 17. Baskı, İstanbul, 2018, s.430

¹⁷⁹ Danıştay 5.D., 25.05.1988, 987/2545E., 988/1659K. aktaran Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku C:1, Turhan Kitapevi, 5.Baskı, Ankara, 2007, s.131

1.3.2. Yapay Zekânın Üreticinin Sorumluluğu Bağlamında Değerlendirilmesi

Yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü üreticinin sorumluluğuna başvurulması konusunda tartışmalı noktalar bulunmaktadır. Öncelikle üreticinin sorumluluğunun temeli olan güvenli olmayan ürün diğer bir deyişle hatalı ürün kavramının tanımının yapılması gerekir. İkinci olarak yapay zekânın bir ürün olup olmadığı belirlenmesi gerekir. Son olarak ise tüketicilerin üreticilere hangi koşullarda başvurabileceğinin değerlendirilmesi gerekir.

Üreticinin sorumluluğunun Türk Hukuku'nda ağırlıklı olarak TKHK'da düzenlendiği anlaşılmaktadır. TKHK döneminde üreticinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin ayıplı malın düzenlendiği madde içerisinde ele alınması, güvenli olmayan ürünlerinde bir tür ayıp olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte "ayıplı ürün" ile "güvenli olmayan ürün" terimleri arasında ortak noktalar bulunduğu gibi farklarda bulunmaktadır. Bu nedenle doktrinde yazarlar güvenli olmayan ürün için "bozukluk", "hatalı ürün" gibi terimler kullanmışlardır.¹⁸⁰ Kanımızca bu yaklaşım doğrudur. Çünkü ayıp kavramı güvenli olmayan ürünlerle eş anlamlı kullanılmamalıdır. Ayıp, *aynu cinsten normal eşyada bulunması gereken iyi niteliklerin satılarda bulunmaması ya da bulunmaması gereken kötü niteliklerin bulunmasıdır*.¹⁸¹ Ayıp; maddi, hukuki ya da ekonomik olabilir. Görüldüğü üzere ayıp kavramı oldukça kapsamlıdır. Üreticinin sorumluluğunda ise ayıptan ziyade hata kavramının kullanılması daha doğrudur. Üreticinin sorumluluğundaki hata kavramında ölçüt ise ürünün güvenli olup olmamasıdır.¹⁸² Güvenli ürün ise ürünün kullanıcısının güvenliğine yani ürünün kişinin, hayatı vücut bütünlüğü veya malları açısından tehlikeli olup olmadığına ilişkindir.¹⁸³

Ürünün güvenli olması için tüm hal ve şartlar dikkate alındığında orta vasıflara sahip potansiyel kullanıcı çevresinin üründen haklı olarak beklediği güvenliğin sağlanmış olması gerekir.¹⁸⁴ Ürün bu koşulları yerine getirmiyorsa güvenli değildir. Dolayısıyla üreticinin sorumluluğundaki güvenli olmayan veya hatalı ürün ifadesi, ayıplı ürüne göre

¹⁸⁰ Havutçu, s.29, Çalışmamızda hatalı ürün ifadesini tercih ettik.

¹⁸¹ Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, 9.Baskı, İstanbul, 2013, s.125

¹⁸² Havutçu, s.31

¹⁸³ Akçura Karaman, s.190

¹⁸⁴ Havutçu, s.31

daha dar kapsamlıdır. Bu durumda her ayıplı ürün hatalı ürün olarak kabul edilmemelidir. Ancak hatalı ürünler bir tür ayıp olduğu için aynı zamanda ayıplı ürün olarak kabul görebilir. Ayıplı ürün ifadesi hatalı ürünleri de kapsamaktadır. Bu ayırım ise kendisini uygulamada gösterecektir. Tüketici, ürünlerdeki kusur nedeniyle uğradığı zararı üreticinin sorumluluğu bağlamında talep edebilecek olup ürünün kendisinin tehlikeli olması veya üründen beklediği performansı alamaması halindeyse üreticinin sorumluluğuna başvuramayacaktır.¹⁸⁵ Üründen beklediği performansı alamayan tüketici ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilecektir. Seçimlik haklarını kullanabilecektir.

85/374 sayılı Üreticinin Sorumluluğuna İlişkin Direktif’de taşınır mallar, bir taşınır veya taşınmazla birleşik taşınır mallar ve elektrik ürün olarak kabul edilmiştir. Yapay zekânın ise bir taşınır mal olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği diğer bir deyişle Direktif kapsamında düzenlenip düzenlenmediği tartışmalıdır.¹⁸⁶ Nitekim yapay zekâ; fikri bir çaba, düşünce ve tasarım neticesinde meydana gelmektedir. Nitelik itibariyleyse bilgisayar programı olarak kabul edilebilir. Bu nedenle bir gayri maddi maldır. Gayri maddi mallar; cismani varlığı olmayan, herhangi bir değişiklik olmaksızın her zaman algılanabilen fikri yani insan zekâsının ürünü olan değerlerdir.¹⁸⁷ Direktif’deki sorumluluğun sadece taşınır mallarla sınırlandırıldığı ve gayri maddi malların kapsam dışında bırakıldığı kabul edilmesi halinde, yapay zekânın sebep olduğu zararlardan dolayı, 85/374 sayılı Direktif’e başvurulamayacaktır. Doktrinde de bu konu tartışmalıdır. Bir görüşe göre kitap, CD, kaset gibi eşyaların içeriğini oluşturan düşünceler taşınır mal niteliğinde olmayıp üreticinin sorumluluğu bağlamında ürün olarak değerlendirilemeyecektir.¹⁸⁸ Hâkim olan diğer görüş ise kitap, harita, disket, kaset, plak, CD, bilgisayar vb. gibi maddi bir cisimle aktarılabilen fikri ürünlerinde ürün kavramına girdiğini kabul etmektedir.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Martin Ueffing, “Directive 85/374–European Victory or a Defective Product Itself?”, *MaRBL* 4, 2013, s.373 – 424, s.382

¹⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Eidenmueller, s.9

¹⁸⁷ Çiğdem Kırca, *Franchise Sözleşmesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1.Baskı, Ankara, 1997, s.80,81, (Franchise)

¹⁸⁸ Ayrıntılı bilgi ve yazarların görüşleri için bakınız; Kırca, *Ürün*, s.193

¹⁸⁹ Ayrıntılı bilgi ve yazarların görüşleri için bakınız; Kırca, *Ürün*, s.193 vd. Bununla birlikte maddi bir malda cisimlenmemiş gayri maddi malların Direktif bağlamında ürün olup olmadığı konusunda da tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre internet gibi platformlarda aktarılan bilgisayar programlarının da elektrik akımı gibi kabul edileceği ve ürün olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir. Diğer görüş

Yazarların görüşlerine değinirsek Aydos, bilgisayar yazılımının alışverişe konu olması ve taşınır olması nedeniyle ürün olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir.¹⁹⁰ Ayrıca yazar Direktif’de başka bir taşınır- la birleşmenin, ürün vasfının kazanılması için engel teşkil etmeyeceğini belirterek, disket, mikrochip, cd gibi bilgi taşıyıcılarının içinde yer alan bilgisayar programlarının ürün olarak kabul edilebileceği görüşündedir.¹⁹¹ Havutçu, maddi varlığa sahip olmayan fikir ve sanat ürünlerinin Direktif’deki ürün kapsamı dışında tutulduğunu belirtmiştir.¹⁹² Bununla birlikte yazar, maddi varlığı olmayan, elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü veya benzeri gayri maddi malların tüketicinin beden bütünlüğünü veya malvarlığını tehlikeye sokmayacağı görüşündedir.¹⁹³ Turner ise Direktif m.2’de sadece fiziki bir unsur olan taşınır mallara Direktif’in uygulanabileceğinin düzenlendiğini, her yapay zekâya Direktif’in uygulanamayacağını belirtmiştir.¹⁹⁴ Dolayısıyla Direktif sadece fiziksel varlığı olan robot gibi yapay zekâlara uygulanabilecekken fiziksel varlığı olmayan bulut sistem temelli yapay zekâlara uygulanamayacaktır.¹⁹⁵ Herron ise Direktif m.2’de düzenlenen “taşınır ürün” ifadesindeki taşınır kavramının Direktif’de tanımlanmadığını, bu nedenle taşınır ifadesiyle neyin kastedildiği konusunda belirsizlik bulunduğunu belirtmiştir.¹⁹⁶ Yazara göre taşınır ifadesinin tanımlanması halinde yapay zekâ geliştiricileri ve üreticileri Direktif bağlamında sorumlu tutulabilecektir.¹⁹⁷ Bununla birlikte üreticinin sorumluluğuna ilişkin mevcut yasal çerçevenin yapay zekânın neden olduğu zararların tazminine de uygulanabileceği yönünde bas-

ise cismani bir varlık bulunmadığı için ve elektrikle aynı karaktere sahip olmadığı için online ortamlarda aktarılan bilgisayar programı ürün olarak kabul görmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Kurca, Ürün, s.193

¹⁹⁰ Aydos, s.138

¹⁹¹ Aydos, s.138

¹⁹² Havutçu, s.70

¹⁹³ Havuççu, s.122

¹⁹⁴ Turner, s.96

¹⁹⁵ Turner, s.96

¹⁹⁶ Michaela Herron, Artificial Intelligence Update: Liability Arising from the Use of AI in Healthcare, 21.05.2019, Kaynak: https://www.mhc.ie/latest/insights/artificial-intelligence-update-liability-arising-from-the-use-of-ai-in-healthcare#_ftn4, E.T. 25.06.2019

¹⁹⁷ Michaela Herron, Artificial Intelligence Update: Liability Arising from the Use of AI in Healthcare, 21.05.2019, Kaynak: https://www.mhc.ie/latest/insights/artificial-intelligence-update-liability-arising-from-the-use-of-ai-in-healthcare#_ftn4, E.T. 25.06.2019

kın bir eğilim görülmektedir.¹⁹⁸ Böylelikle üretici, satıcı, yapay zekânın sebep olduğu zararlardan dolayı sorumlu tutulabilecektir.¹⁹⁹ Üreticinin sorumluluğunun yapay zekâ gibi yeni teknolojilere uygulanması yönündeki tartışmaları sona erdirmek amacıyla 2019 yılı içerisinde bir kılavuz yayınlanması da beklenmektedir. Kılavuzla yapay zekâdaki hatalardan sorumluluk konusunda tüketici ve üreticileri bilgilendirmek amaçlanmış olup teknolojideki son gelişmelerde nazara alınarak 85/374 sayılı Üreticinin Sorumluluğu Direktifi yorumlanacaktır.²⁰⁰

Türk Hukuku'nda ise Direktif'deki kadar belirsizlikler bulunmamaktadır. Öncelikle yapay zekânın, TKHK bağlamında mal olarak mı yoksa hizmet olarak mı kabul edileceğinin değerlendirilmesi gerekir. Türk Hukuku'nda TKHK m.3/1-h'de mal tanımı "*alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar*" şeklinde yapılmıştır. TKHK m.3/1-h'deki tanım dikkate alındığında elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallarda, mal kapsamına dâhil edilmiştir. Ancak her gayri maddi mal, TKHK m.3/1-h bağlamında, mal olarak kabul edilmeyecektir. Sadece elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlananlar gayri maddi mal kapsamındadır. Dolayısıyla patent, tasarım, entegre devre topografya, ticaret unvanı, marka, Know How ve ticari sırlar, TKHK m.3/1-h bağlamında, mal olarak kabul görmeyecektir.²⁰¹

¹⁹⁸ European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), s.5

¹⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bakınız; European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), s.5

²⁰⁰ European Commission - Press release, Artificial intelligence: Commission outlines a European approach to boost investment and set ethical guidelines, 25.04.2018, Brussels, Kaynak: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3362_en.htm, E.T.:10.05.2019 Doktrinde 85/374 sayılı Direktif ile 2006/42 Makine Direktifi'nin birlikte oldukça başarılı sonuçlar verdiği belirtilmiştir. İki Direktif'de yeni teknolojilerin yarattığı sorunlara çözüm bulmakta ve kullanıcılara yasal bir koruma sağlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Digitaleurope Recommendations on AI Policy, 7.11.2018, Brussels, s.14, Kaynak: <https://www.digitaleurope.org/wp/wp-content/uploads/2018/11/Digitaleurope-Recommendations-on-AI-Policy-November-2018-final.pdf>, E.T. 25.06.2019

²⁰¹ Kalkan, s.99 Doktrinde Aslan ise sadece elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan değil, tüketicinin yapabileceği herhangi bir tüketici işlemine konu olabilecek diğer gayri maddi mallarında bu kanun kapsamında kaldığı görüşünü be-

Yapay zekâ sistemleri, TKHK m.3/1-h bağlamında değerlendirildiğindeyse mal olarak kabul edilebilir. Nitekim ilgili düzenlemede “elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar” denilerek yapay zekâ sistemleri de kapsama alınmıştır. Ayrıca yapay zekâların bir nevi bilgisayar programı olduğu kabul edilebilir. Nitekim doktrinde de yapay zekâ sistemlerinin bir tür belirli konularda uzmanlaşmış bilgisayar programları olduğu belirtilmiştir.²⁰² Yine yapay zekâ tıpkı bir yazılım gibi lisp, prolog, phyton gibi programlama dilleriyle oluşturulmaktadır. Yapay zekânın çalışması ve kabiliyetleriyse makine öğrenmesini sağlayan verileri kullanan yazılım ve algoritmalara dayanmaktadır.²⁰³

Bilgisayar programları diğer bir deyişle yazılımlar²⁰⁴ elektronik ortamda alışverişe konu olması ve online olarak dağıtılabildiği için TKHK kapsamında mal olarak kabul edilebilecektir.²⁰⁵ Bununla birlikte doktrinde Havutçu, elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü veya benzeri gayri maddi malların, maddi bir varlığa sahip olmadıkları için tüketicinin beden bütünlüğüne veya malvarlığına tehlikeye sokmayacağını belirtmiştir.²⁰⁶ Yazara göre yazılım, ses veya görüntünün bozuk olması halinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bağlamında değerlendirme yapılmalıdır.²⁰⁷ Doktrinde bizimde katıldığımız Akçura Karaman’ın görüşüne göreyse ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna gidilmesi tatminkâr sonuçlar doğurmayacak olup gayri maddi mallardaki bilgilerin doğruluğuna güvenen üçüncü kişilerin, üreticinin sorumluluğuna başvurabileceğinin kabul edilmesi gerekir.²⁰⁸

Yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü üreticiye başvuracak tüketicinin de tanımının yapılması gerekir. TKHK. m.3/1-k’de tü-

lirtmiştir. Bakınız; Aslan, s.16

²⁰² Pei Wang, “What Do You Mean by AI ?”, *Frontiers in Artificial Intelligence and Applications*, Amsterdam, 2008, V.171/1, s.362 - 373, s.365

²⁰³ AI Colloquium, “The AIPLA/AIPPI/FICPI AI Colloquium Primer”, *American Intellectual Property Law Association*, USA, 2019, s.1 - 29, s.3

²⁰⁴ İncelememiz kapsamında bilgisayar programı ile yazılım eş anlamlı olarak kullanılmıştır.

²⁰⁵ Kalkan, s.99, 100 Yazar, örnek olarak CD’de cisimleşmiş bir virüs programının elektronik ortamda kullanılacak olması nedeniyle yapılan sözleşmenin tüketici işlemi olabileceğini belirtmiştir. Bakınız; Kalkan, s.100

²⁰⁶ Havutçu, s.122

²⁰⁷ Havutçu, s.122

²⁰⁸ Akçura Karaman, s.289

ketici; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Tüketiciler satıcıyla bir tüketici işlemi, diğer bir ifadeyle sözleşmeyle, hukuki ilişki içerisine girebilir. Ancak sözleşmelerin nisbiliği gereği tüketicinin sadece satıcıyla hukuki ilişki içerisine girmesi her zaman menfaatlerini korumayacaktır. Tüketicilerin maldaki kusurdan sorumlu olan dağıtıcı ve üreticiye başvurması daha adildir. Ayrıca hukuki işlemin tarafı olan tüketici dışındaki kişilerde tüketim mallarından zarar görebilir. Örneğin evde patlayan bir televizyondan dolayı hukuki işlemin tarafı olan tüketici dışında çocukları, eşi ve ev arkadaşları zarar görebilir. Doktrinde bizimde katıldığımız görüşe göre TKHK'daki tüketici kavramının alıcı kavramıyla eşit tutulmaması ve genişletilmesi gerekmektedir.²⁰⁹ Ancak maldan yararlanmadığı halde zarar görenler TKHK bağlamında üreticinin sorumluluğuna başvurmamalıdır.²¹⁰

Sorumu tutulan üreticiyse “üretim işlem ve safhaları tamamlanmış bir ürünü meydana getiren kimsedir”.²¹¹ Günümüzde hemen hemen tüm ürünlerin birden fazla üreticisi bulunmaktadır. Örneğin araba üretiminde her bir parça farklı üreticiler tarafından üretilir. Bu durumda bir parçadaki ayıptan dolayı kimin sorumlu tutulacağına değerlendirilmesi gerekir. 85/374 sayılı Direktif m.3/1, 5, 7/f’de nihai ürünün üreticisi dışında koşulların varlığı halinde ürün parçasının üreticisi de sorumlu tutulmuştur. Bu düzenleme yapay zekâya da uygulanabilir.²¹² Nitekim yapay zekânın üretilmesinde birden çok üretici genellikle yer almaktadır. Yapay zekânın hardware ve software boyutu olmak üzere temel iki yapısı da bulunmaktadır. Bu durumda hatanın hangi üreticiden kaynaklandığının tespiti güç olacaktır.²¹³ Bununla birlikte üreticinin yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü sorumlu tutulması oldukça güçtür. Yapay zekâ, bir tür kendi kendine öğrenme sistemi olup geçmişteki deneyimlerinden öğrendiği ve otonom kararlar aldığı görülmektedir.²¹⁴ Bu nedenle zarar görenlerin yapay zekâdaki ayıbı ispat etmeleri güçtür. Nitekim üretici

²⁰⁹ Aslan, s.248

²¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Aslan, s.248, 249

²¹¹ Tamer İnal, Tüketici Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3.Baskı, Ankara, 2014, s.385

²¹² Ayrıntılı bilgi için bakınız; Eidenmueller, s.10

²¹³ Lehman-Wilzig, s.447

²¹⁴ Čerka, Jurgita, Gintarė, s.386

piyasada dolanıma soktuğu yapay zekânın sağlam olduğunu, yapay zekânın sonradan öğrenmesi neticesinde hatalar yaptığını ileri sürebilir.²¹⁵ Gerçekten yapay zekâ faaliyetlerini sürdürürken bir yandan da öğrenmektedir. Zamanla öğrendiği bilgilerden ötürü hatalar yapabilir. Bu durumda zarar gören yapay zekânın ayıplı olduğunu iddia etse de üretici ayıbın sonradan ortaya çıktığını ispatlayabilir.

Bizim görüşümüze göreyse yapay zekâ, TKHK. m.3/1-h bağlamında bir maldır. Yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürüyse TKHK. m.11'e başvurulabilecektir. Zarar gören tüketici uğramış olduğu zararı üreticiden, satıcıdan ve koşulların varlığı halinde bağlı kredi verenden, Türk Borçlar Kanunu'ndaki hükümler uyarınca, talep edebilecektir. Bununla birlikte TKHK'da düzenlenen sorumluluk 85/374 sayılı Üreticinin Sorumluluğuna İlişkin Direktif'deki gibi kapsamlı bir düzenleme değildir. Bu nedenle üreticinin sorumluluğu konusunda Türk Hukuku'nda bir boşluk olduğu söylenebilir. Kanımızca zarar gören tüketici, üreticiyle sözleşme ilişkisi içerisinde olmaması nedeniyle haksız fiil hükümlerine dayanabilir. Satıcıya karşı ise halin icabına göre ve koşulların varlığında TBK. m.229 ile TBK. m.112'ye başvurulabilir. Bununla birlikte üreticinin sorumluluğunda zarar görenin talep edebileceği zarar, malın kendisinde ortaya çıkan zarar değildir. Ayıplı malın sebep olduğu yani refakat eden zarar talep edilebilir.²¹⁶

1.4. Tehlike Sorumluluğu

Yapay zekânın üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlardan dolayı tehlike sorumluluğu bağlamında da değerlendirme yapılabilir. Nitekim doktrinde yapay zekânın işleyişinin tehlike yarattığı, bu tehlikenin öngörülemeyeceği ve önlenemeyeceği belirtilmiştir.²¹⁷ Örneğin GAAK robotunun aniden kaçıp az daha kazaya sebebiyet vermesi olayında da görüldüğü üzere yapay zekâ faaliyetlerinin büyük bir tehlike yarattığı da doktrinde belirtilmiştir.²¹⁸

Tehlike sorumluluğu; *“toplum yaşantısının zorunlu koşulları sonucu kurulması, yapılması, ekonomik ve sosyal açıdan gerekli bulunan işletme,*

²¹⁵ Čerka, Jurgita, Gintarė, s.386

²¹⁶ Nihat Yavuz, *Ayıplı İfa*, Seçkin Yayıncılık, 4.Baskı, Ankara, 2014, s.58

²¹⁷ Čerka, Jurgita, Gintarė, s.386

²¹⁸ Čerka, Jurgita, Gintarė, s.386

girişim, tesis şeylerin kullanılması veya işletilmesiyle beliren, tehlikeli mahiyetinden doğan zararlardan, bu tehlikeli nesnelere üzerinde egemen olan kimşelerin kusurları bulunmasa ve tehlikenin önlenmesi amacıyla her türlü özeni göstermiş olsalar dahi sorumlu tutulmaları olayıdır.”²¹⁹

19. Yüzyıldaki ekonomik ve sosyal gelişmelerle ile endüstri devriminin etkisiyle birlikte tehlike esasına dayanan sorumluluk ilkesi ortaya çıkmıştır.²²⁰ Tehlike düşüncesi gereği; giriştikleri faaliyetle veya işlettikleri teşebbüs veya tesisatla çok sayıda kazaya veya nicelik yahut nitelik bakımından büyük zarara yol açma olasılığı yaratanlar, bundan doğan zararlı sonuçlara katlanmalıdır.²²¹ Böylelikle dış çevrede belirli tehlikeler yaratan uğraşların ve davranışların sonuçlarından kaçınma ve bunları önleme olanağı bulunmasa bile bu uğraşılardan yararlananlar ya da uğraşları kendi egemenlik alanlarında yürütenlerde sorumlu tutulabilecektir.²²² Tehlike sorumluluğuyla amaçlanan üçüncü kişilerin nicelik veya nitelik bakımından ağır tehlike arz eden faaliyet veya işletmelerin zararlarından korunmasıdır.²²³ Zarara yol açan faaliyet veya fiil, başkalarının can ve mal güvenliğini tehdit ediyorsa veya zarar tehlikesi yaratıyorsa bu faaliyetlerde bulunan kişilerin kusurları bulunmasa bile sorumlu tutulacaklardır.²²⁴ Tehlike sorumluluğu her nimetin bir külfeti vardır düşüncesine de uygun düşmektedir.²²⁵ *Bu düşünceye göre bir şeyden veya faaliyetten elde edilen menfaat, onun külfetine veya riskine de katlanmayı emretmektedir.*²²⁶ Dolayısıyla tehlikeli bir işletmeyi işleterek menfaat elde eden kişinin bu işletmenin taşıdığı riskleri de kabul ettiği ve olası zararları gidermekle yükümlü tutulması gerektiği söylenebilir.

²¹⁹ Ulusan, Tehlike, s.37

²²⁰ Nomer, s.128, Ulusan, Tehlike, s.27

²²¹ Tandoğan, Kusur, s.27, Aydos, s.5

²²² Reşit M. Karahasan, Sorumluluk Hukuku, Beta Yayınevi, 6.Baskı, İstanbul, 2003, s.596

²²³ Yılmaz, s.571

²²⁴ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s.327

²²⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s.672, Yılmaz, s.570

²²⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s.672 Doktrinde Ulusan, yarar ve zararlarda eşitlik (Nimet ve Külfette Eşitlik – Cujus Commoda Ejus Incommada) gereği “bir şeyin veya kişinin nimetlerinden yararlanan kişi kusuru bulunmasa dahi bu şey ve kişinin yarattığı zararlardan sorumlu tutulmaktadır” demiştir. Ulusan, Tehlike, s.33 Doktrinde kusursuz sorumluluğun Cujus Commoda Ejus Incommada ilkesini temel aldığı da belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Nuno Ferreira, Fundamental Rights and Private Law in Europe: The Case of Tort Law and Children, Routledge, 1.Bası, Oxon, 2011, s.55,56

Tehlike sorumluluğunun düzenlenmesinde konusunda farklı yollar belirlenmiştir. İlk yol tehlike sorumluluğunun özel kanunlarla düzenlenmesidir. Türk Hukuku'nda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kabulüne kadar bu yol takip edilmiştir. İkinci yöntem ise tehlike sorumluluğunun içtihat yoluyla yaratılmasıdır. Ancak içtihat yoluyla bir kusursuz sorumluluk hali olan tehlike sorumluluğu yaratılması doktrinde eleştirilmiştir. Nitekim Tandoğan, MK. m.1'e dayanarak hâkim tarafından tehlike sorumluluğu yaratılmasının sakıncalı olduğunu, sorumluluğun sınırlarının önceden belli olmamasının hukuki güven-sizliğe sebep olacağını belirtmiştir.²²⁷ Üçüncü bir yöntem ise tehlike sorumluluğunun genel bir kanun düzenlemesiyle oluşturulmasıdır. 6098 sayılı TBK m.71'de de kanun koyucu genel bir kanun maddesiyle tehlike sorumluluğunu düzenlemiştir. Aynı zamanda Kara Yolları Trafik Kanunu gibi muhtelif kanunlarda da özel tehlike sorumluluğu düzenlemeleri yapılmıştır.

Tehlike sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk halidir. Tehlike sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirme olanağı da bulunmamaktadır. Tehlike sorumluluğunu dar anlamda haksız fiil sorumluluğu olarak değerlendirmek ise mümkün değildir. Nitekim haksız fiilde söz konusu olan fiil, kavramı genellikle bir insan davranışiyken; tehlike sorumluluğunda insan davranışı söz konusu olmayıp, bir olgu yani bir işletme, bir kuruluş, bir nesne söz konusudur.²²⁸ Dolayısıyla bir fiilden ziyade olgu önem arz etmektedir.

Türk Hukuku'na tehlike sorumluluğu özel kanunlarla düzenlenmiş olmakla birlikte 6098 sayılı Kanun'da genel bir hükümle de düzenlenmiştir. Yapay zekâların sorumluluğuna ilişkinse tehlike sorumluluğunu barındıran özel bir kanun düzenlemesi olmadığı için genel düzenleme bağlamında ele alınmalıdır. Tehlike sorumluluğu TBK. m.71/1'de "önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müte-selsilen sorumludur." hükmüyle tehlike sorumluluğu düzenlenmiştir. TBK. m.71/1'deki düzenlemede ilk dikkat çeken unsur "işletme" ifadesidir. Genel kabule göre tehlike sorumluluğu bir faaliyetten, bir

²²⁷ Ayrıntılı değerlendirmeler için bakınız; Tandoğan, Kusur, s.44,45

²²⁸ Cevdet Yavuz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", *MÜHF-HAD*, İstanbul, 2008, Cilt: 14, Sayı: 4, s.29-61, s.44

nesneden, bir tesisten, bir işletmeden doğabilir²²⁹ Ancak TBK m.71’de tehlike sorumluluğunun sadece işletme faaliyetleri için öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Kanundaki işletmeden kastın ne olduğunun açıklanması gerekir. Doktrinde bizimde katıldığımız görüşe göre TBK m.71 bağlamındaki işletme ifadesi, Türk Ticaret Kanunu’ndaki (TTK) işletme ifadesinden çok daha geniş kapsamlı bir kavram olup, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere bir tüzel kişi olabileceği gibi gerçek kişi de olabilir.²³⁰ Bununla birlikte TBK m.71/1’de önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyeti denilerek tehlike sorumluluğunun kaynağı sınırlanmıştır.

Önemli ölçüde tehlike arz eden işletme, TBK m.71/2’de *“bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir.”* şeklinde tanımlanmıştır. Doktrin deyse önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyetten kasıt objektif açıdan sıkça ya da nadir de olsa ağır zararlara²³¹ sebebiyet veren, sübjektif açıdan ise ilgili faaliyetin bizzat icra eden kişinin göstereceği en üstün özene rağmen zarar tehlikesinin tamamen bertaraf edilmediği, doğrudan işletmenin esas faaliyet konusuyla alakalı ve işletmenin teknik boyutunu ilgilendiren ve gelişim riskini de kapsayan bir etkinlik olarak tanımlanmıştır.²³² İlgili düzenlemeye göre işletmenin niteliği, işletmede kullanılan malzeme (örneğin patlayıcılar), kullanılan araçlar (örneğin yüksek elektrikli veya doğalgaz enerjisi) göz önünde tutulmak kaydıyla bu işlerde uzman bir kişiden beklenen azami özenin gösterilmesi halinde bile işlet-

²²⁹ Metin İkişler, “Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde Tehlike Sorumluluğu ve Türk Hukuku İle Kısaca Karşılaştırılması”, DEÜHFD, İzmir, 2014, Cilt: 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), s.3241-3260, s.3253

²³⁰ Mustafa Serdar Çekin, Tehlike Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, 2016, s.202

²³¹ Bununla birlikte doktrinde de belirtildiği üzere tehlike sorumluluğunun temelinde tehlike yatmaktadır. Bu tehlikenin tipik bir tehlike olması gerekir. Tipik tehlikenin ise zarar meydana gelme ihtimalinin yüksekliği ve ağırlığı olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bakınız Senem Saraç, Tehlike Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, 2013, s.61,62

²³² Mustafa Serdar Çekin, “Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme m. 71”, (Serozan Rona, Öz Turgut, Acar Faruk, Gökyayla Emre, Develioğlu Murat Ed.) İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C.1, Vedat Kitapçılık, 2.Baskı, İstanbul, 2018, s.497 – 530, s.510,511 (İstanbul Şerhi)

menin sık sık ve ağır zararlar doğurmaya elverişli olması kanıtlanırsa önemli ölçüde zarar tehlikesinin varlığı kabul edilecektir.²³³ Doktrinde bizimde katıldığımız görüşe göre getirilen sınırlama yerinde olmamakta olup maddenin uygulama alanı daraltılmıştır.²³⁴ Nitekim tehlikeye yol açan etkenler, sadece işletme faaliyetleriyle sınırlı tutulmamalı aksi takdirde hâkim, dar bir söylem nedeniyle uyuşmazlıkların çözümünde güçlüklerle karşılaşabilir.²³⁵ Örneğin ne kadar tehlikeli olursa olsun bir işletme bünyesinde bulunmayan, kullanılmayan dinamit lokumları bir kimsenin konutunda saklanıyorsa tehlike sorumluluğu bağlamında değerlendirme yapılamayacaktır.²³⁶ Oysa dinamit lokumu başlı başına tehlikeli bir nesne olup her türlü özenin gösterilmesine rağmen infilak edebilir.

TBK m.71/2 gereği “Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır.” denilmiştir. İlgili düzenlemeyle özel kanunlarla öngörülmüş hükümlerin, kıyas yoluyla somut olaylara uygulama olanağına kavuşturulduğu gibi tehlike sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde geniş bir alanın yaratılması da mümkün olmuştur.²³⁷ Burada tehlike sorumluluğu bağlamında işletmelerle mevcut işletme arasındaki benzerlikler değerlendirilecektir. Herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılacaktır. Sorumlu olan kişiler ise işleten ile işletme sahibidir.²³⁸ Bunlar müteselsilen sorumlu tutulur. Ör-

²³³ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s.384

²³⁴ İlhan Ulusan, “Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arz Eden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu”, Journal of Yaşar University, İzmir, 2014, Sayı: 14/01 Özel Sayı, Cilt: 8, s. 2897-2905, s.2899 (TBK Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralı)

²³⁵ Ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bakınız; Ulusan, TBK Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralı, s.2900

²³⁶ İkizler, s.3253

²³⁷ Ulusan, TBK Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralı, s.2901

²³⁸ Doktrinde işletme sahibiyle birlikte işletenin de sorumlu tutulmasının doğru bir yaklaşım olduğu belirtilmiştir. Bizimde katıldığımız yazarın görüşüne göre işletme sahibi, işleteni bizzat kendisi seçme ve bu kişiyle özgür iradesine dayalı olarak sözleşme yapma imkânına sahip olduğu için tehlike kaynağına zarar görenden daha yakın olacaktır. Çekin, İstanbul Şerhi, s.527 (İstanbul Şerhi)

neğin A işletme sahibi olsa B' de işletmeyi kiralayıp işleyen olsa her ikisi de ortaya çıkan zarardan müteselsilen sorumlu tutulabilecektir.²³⁹

Yapay zekâ açısından değerlendirdiğimizde öncelikle yapay zekâ sisteminin bir işletmede kullanılması gerekir. Nitekim TBK m.71/2 gereği, *"bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler..."* denilmiştir. İşletme mahiyetinde veya faaliyetinde kullanılmayan yapay zekâ, tehlike arz etse de, TBK m.71'de düzenlenen tehlike sorumluluğu bağlamında değerlendirilemeyecektir. Dolayısıyla kişisel kullanıma özgü yapay zekâ sistemleri TBK m.71 bağlamında değerlendirilemeyecektir. İkinci olarak yapay zekânın kullanıldığı işletmenin önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyetinin bulunması gerekir. Ancak her yapay zekânın kullanıldığı işletmenin önemli ölçüde tehlike arz etmesi mümkün görülmemektedir. Sadece enerji santralleri, madenler, savunma sanayisi kuruluşları veya tehlikeli maddeyi işleyen sanayi kuruluşlarında uygulanan yapay zekâ sistemleri tehlike sorumluluğu bağlamında ele alınabilir. Bununla birlikte müşteri profili çıkararak, satışları analiz eden, yüz tanıma sistemi üreten işletmelerde kullanılan yapay zekâ sistemlerinin sebep olduğu zararlardan ötürü tehlike sorumluluğunun uygulanması güçtür.

Tehlike arz eden yapay zekâ sistemlerine kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabileceği ancak tehlike arz etmeyen yapay zekâ sistemlerinin sebep olduğu zararlarda kusursuz sorumluluğa başvurulamayacağı doktrinde de belirtilmiştir.²⁴⁰ Dolayısıyla yapay zekânın, TBK m.71 bağlamında tehlikeli bir işletme de kullanılıyor olması halinde, tehlike sorumluluğuna dayanılabilir. Ancak yapay zekâ, TBK m.71 bağlamında tehlikeli bir işletmede kullanılmıyorsa, TBK m.49 vd. maddeleri uyarınca kusur sorumluluğuna dayanarak uğranılan zararın tazmini talep edilebilir.

2. Kusura Dayanan Sorumluluk

Yapay zekânın sebep olduğu zararlar nedeniyle kusura dayalı sorumluluk hükümlerine de başvurulabilir.²⁴¹ Haksız fiil sorumluluğunda kural olarak kabul edilen kusura dayanan sorumluluk ilkesidir.

²³⁹ Reisoglu, s.199

²⁴⁰ Gerstner, s.268

²⁴¹ Gerstner, s.246

Kusur, hukuka aykırı bir davranışta bulunan kimse hakkında yürütülen değer yargısıdır.²⁴² Kusur, kusur sorumluluğunun en temel öğelerinden biridir. Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için hukuka aykırı fiil, uygun illiyet bağı ve zararın yanı sıra mutlaka kusurun bulunması gerekir. Kusur yoksa sorumluluk da doğmayacaktır.

Zarar gören, zarar verenin kusurlu davrandığını ispat etmesi gerekir. Kusur, ihmal veya kast şeklinde ortaya çıkabilir.²⁴³ Kast doktrinde failin kendi hareketinin hukuka aykırı neticesini bilmesi ve istemesidir şeklinde tanımlanmıştır.²⁴⁴ İhmal, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özenin gösterilmemesine denir.²⁴⁵ Kusurun da ağır hafif gibi ölçüleri bulunmaktadır. Somut olayda haksız fiili işleyen kusurunun derecesine göre sorumlu tutulması söz konusu olabilir (TBK m.51). Tazminatta kusurun derecesine göre belirlenebilecektir.

Kusur sorumluluğunda, kusurun olumlu ve olumsuz olmak üzere iki etkisi bulunduğu doktrinde belirtilmiştir. Olumlu etkisi gereği zarar veren ancak kusurlu olduğu takdirde sorumlu olacaktır. Olumsuz etkisi gereğiye kusurun olmadığı yerde sorumluluk da söz konusu olmayacaktır.²⁴⁶ Hukuk düzenince kusur kınanan bir davranıştır. Böyle bir davranışta bulunarak başkasına zarar veren kişinin olumsuz sonuçlara katlanarak zararını gidermesi gerekir.²⁴⁷

Haksız fiilin unsurlarından bir diğeriye hukuka aykırı fiil unsurudur. Hukuka aykırı fiil unsurunun hukuka aykırılık ve fiil olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. Fiil, insanların iradi davranışlarına denilmektedir.²⁴⁸ İnsan davranışı, bir hareketi yapma şeklinde ortaya çıkabileceği gibi bir hareketten kaçınma şeklinde de ortaya çıkabilir.²⁴⁹

²⁴² Nomer, s.125

²⁴³ Ahlaka aykırı fiiller aynı zamanda hukuka aykırıysa haksız fiil gereği, fiili işleyenin sorumluluğuna başvurulabilir. Fakat fiili işleyenin kasten ahlaka aykırı davranmış olması gerekir. İhmalen ahlaka aykırı davranışta bulunan kişinin sorumluluğuna başvurulmaz. Bakınız; Turgut Uygur, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Cilt:1, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, 2012, s.412

²⁴⁴ Selim Kaneti, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1.Baskı, İstanbul, 2007, s,27

²⁴⁵ Eren, s.576

²⁴⁶ Eren, s.494

²⁴⁷ Eren, s.495

²⁴⁸ Nomer, s.114

²⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Oğuzman, Öz, s.13, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Al-

Hukuka aykırılık ise; *hukuk düzeni ile bağdaşmayan hukuk düzeninin koyduğu yasak ya da emirleri çiğneyen insan filleri hakkında yürütülen bir değer yargısıdır.*²⁵⁰ Haksız fiilin diğer unsurlarında olduğu gibi, hukuka aykırılık unsurunun tanımı da kanunda yapılmamıştır. Bu nedenle hukuka aykırılığın değerlendirilmesi mahkeme kararları ve öğretiyeye bırakılmıştır.

Hukuka aykırılığın tespitinde sübjektif teori²⁵¹ ve objektif teori olmak üzere iki teori kabul edilmektedir. Türk Hukuku'nda ise objektif teori kabul görmüştür.²⁵² Objektif teoriye göre hukuka aykırılık, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruma amacı güden emredici hukuk kuralı niteliğindeki genel davranış normlarına aykırılıktır.²⁵³ Sübjektif teoriden farklı olarak fiilin haksız fiil sorumluluğuna yol açabilmesi için sadece zararın ortaya çıkması yeterli değildir. Bununla birlikte söz konusu fiili yasaklayan bir hukuk normunun ihlal edilmiş olması gerekir.²⁵⁴

Haksız fiil sorumluluğunda fiilin hukuka aykırı olması için genel bir davranış kuralının ihlal edilmesi gerekir. Bu genel davranış kuralları kişinin yapması gerekli davranışlardan (emirlerden) doğabileceği gibi yapmaması gereken davranışlardan (yasaklardan) da doğabilir.²⁵⁵ Bununla birlikte davranış kuralları yazılı hukukta düzenlenmiş olabileceği gibi yazılı olmayan hukukta da düzenlenmiş olabilir. Yazılı hukuk kuralları kaynağında öncelikle kanunlar yer almaktadır. Bu kurallar, kamu hukuku veya özel hukuktan doğabilir.²⁵⁶ Yazılı olmayan hukuk kurallarının ihlali halinde de hukuka ay-

top, s.653, Nomer, s.114

²⁵⁰ Kaneti, s.92

²⁵¹ Sübjektif teoriye göre, başkasına zarar veren kimsenin bu hususta sübjektif bir hakkı bulunmadıkça fiili hukuka aykırı sayılacaktır. Tandoğan, Mesuliyet, s.18 Dolayısıyla hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça fail işlemiş olduğu fiilden ötürü bir zarar verdiyse sorumlu tutulacaktır. Haksız fiille bir hukuk normunun ihlal edilip edilmediği ise araştırılmamaktadır.

²⁵² Ayrıntılı bilgi için bakınız; Tandoğan, Mesuliyet, s.17, Eren, s.584, Gökçe Kurtulan, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, 2017, v.23/1, s.465-504, s.468

²⁵³ Eren, s.585

²⁵⁴ Kurtulan, s.468, 469

²⁵⁵ Oğuzman, Öz, s.15

²⁵⁶ Oğuzman, Öz, s.15, Kılıçoğlu, hukuka aykırılığın sadece kanuna aykırılık olarak değil, tüzüklere, yönetmeliklere, hatta genelgelere aykırılık halinde de söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Bakınız; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s.289

kırılık söz konusu olabilir. Hukuka aykırılık genel itibariyle mutlak bir hakkın ihlali veya kişilerin menfaatlerini koruma amacı güden emredici bir davranış kurallının ihlali şeklinde ortaya çıkabileceği gibi kasten ahlaka aykırı bir fiilden de kaynaklanabilir.²⁵⁷ Güvenli olmayan, gerekli testlerin yapılmadığı veya hatalı bilgilerin işlendiği bir yapay zekânın piyasaya sürülmesiye kanımızca genel davranış kurallarına aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim tüketici satın aldığı bir ürünün asgari güvenlik koşullarına uygun olduğunu bekleme hakkı vardır.²⁵⁸ Aynı beklenti kanımızca sadece tüketici için değil tüm alıcılar için geçerlidir. Üreticinin, tehlike yaratan bir mal üretmesi ve maldaki tehlike nedeniyle bir zararın doğması halinde, hukuka aykırı bir fiil işlemiş sayılmalıdır.²⁵⁹ Böyle bir fiil nedeniyle kişinin mutlak hakları yani beden bütünlüğü veya malvarlığında bir zarara sebebiyet verilirse hukuka aykırılık unsuru oluşur. Bununla birlikte esas itibariyle hukuka aykırı sayılması gereken fiillerin, bazı hallerin varlığı halinde, hukuka aykırı olma nitelikleri ortadan kalkacaktır. Bu hallere değinirsek; mağdurun rızasının varlığı, kamu kudretinin kullanılması, özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması, haklı savunma, zorunluluk hali ve kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma hallerinin varlığı halinde hukuka aykırılık söz konusu olmayabilecektir.²⁶⁰

²⁵⁷ Eren, s.599

²⁵⁸ Aslan, s.238 Üreticinin sorumluluğu ise yazılı olmayan davranış kurallarının ihlali şeklinde düşünülebilir. Özellikle "başkaları için zarar tehlikesi yaratan durumlara meydana vermeme" görevi önemli bir yazılı olmayan hukuk kuralıdır. Bakınız, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s.648 Doktrinde, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, bozuk malları imal eden veya piyasaya süren kişilerin fiillerinin zarar yaratmama görevi gereği hukuka aykırı olabileceğini belirtmiştir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s.650. Eren ise tehlike kuralının, mutad şeylerin ayıplı bir şekilde yapılması ve onarılması halinde, bu eşyaları uygun olarak kullanan kişilerin hayat ve sağlığına tehlike teşkil etmesi halinde uygulanabileceğini belirtmiştir. Eren, s.590 Doktrinde bizimde katıldığımız görüşe göreyse üreticilerin piyasaya ayıplı ürün sürmemesi gerektiği yönündeki davranış kuralı, 2001 yılına kadar yazılı olmayan hukuktan kaynaklanmaktadır. Ancak 2001 tarihli ÜTK m.5'de "üreticinin piyasaya sadece güvenli ürün arz etmek zorunda" olduğu yönündeki düzenlemeden sonra üreticilerin piyasaya güvenli ürün sürmeleri yönünde yazılı hukuktan kaynaklanan bir davranış kuralının mevcut olduğu söylenebilir. Akçura Karaman, s.185

²⁵⁹ Aslan, s.238

²⁶⁰ Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller için bakınız; Tandoğan, Mesuliyet, s.30 vd., Reisoğlu, s.164 vd., Nomer, s.116 vd., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s.654 vd.; Hatemi, Gökyayla, s.122 vd.

Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için zararla fiil arasında bir illiyet bağının da bulunması gerekir. İlliyet bağı bir sebep sonuç ilişkisidir. Olay veya davranış neticesinde zarar sonucu ortaya çıkarsa illiyet bağının varlığı kabul edilebilir. Ancak her somut olayda illiyet bağının bulunup bulunmadığının tespiti güçtür. Bu nedenle hukuk doktrininde çeşitli illiyet bağı teorileri ileri sürülmüştür.²⁶¹ Türk Hukuku'ndaysa uygun illiyet bağı teorisi kabul görmüştür. Uygun illiyet bağı teorisi; somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre niteliği ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış bulunan zorunlu şart ile söz konusu sonuç arasındaki bağa denir.²⁶² Uygun illiyet bağı mücbir sebep, zarar görenin kusuru veya üçüncü kişinin kusuru nedeniyle kesilebilir.

Haksız fiil hükümlerine başvurabilmek için yapay zekânın bir zarara da sebebiyet vermesi gerekir. Eğer işlenen hukuka aykırı fiil neticesinde bir zarar ortaya çıkmadıysa haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmayabilecektir. Zarar kavramı dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı şekilde doktrinde tanımlanmıştır. Dar anlamda zarara, maddi zararda denilebilir.²⁶³ Maddi zarar bir kimsenin malvarlığında o kimsenin iradesi dışında meydana gelen azalmadır.²⁶⁴ Geniş anlamda zarar ise hukuken himaye edilen maddi ve manevi varlıkların, bunlara yapılan bir tecavüzün vukuundan önce ve sonraki halleri arasındaki fark olarak tarif edilmiştir.²⁶⁵ Geniş anlamda zarar kişinin malvarlığında ve şahıs varlığında meydana gelebilir.²⁶⁶

Zarar; fiili zarar, mahrum kalınan kar ve normatif zarar olmak üzere ayrıma da tabi tutulmuştur. Fiili zarar malvarlığının aktifindeki fiili bir azalma şeklinde olabileceği gibi malvarlığının pasifindeki bir artış şeklinde de olabilir. Mahrum kalınan kar ise *normal şartlara göre ve zarar görenin aldığı önlemlere göre elde edilmesi olanağı kuvvetli bulunan*

²⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bakınız Eren, s.538

²⁶² Eren, s.541

²⁶³ Tandoğan, Mesuliyet, s.63

²⁶⁴ Nomer, s.122

²⁶⁵ Tandoğan, Mesuliyet, s.63

²⁶⁶ Aslan, s.241

*kardır.*²⁶⁷ Normatif zarar ise haksız fiil sonucunda malvarlığında herhangi bir azalma olmasa dahi sırf bazı malları kullanma imkânından veya bir tatil yapma imkânından yoksun kalınması halinde talep edilebilir.²⁶⁸ Ancak Türk Hukuku'nda normatif zarar talep edilememektedir. Kişi manevi bir zarara da uğrayabilir. Manevi zarar *"bir kimsenin şahsı varlığına vaki haksız bir tecavüz sonucu duyduğu fizikî ve normal acı, elem ve ızdırap sebebiyle yaşama zevkinden meydana gelen bir azalmadan ibarettir."*²⁶⁹ Ayrıca zarar gören genel hükümler gereği uğramış olduğu manevi zararı tazmin etmek için manevi tazminat talebinde de bulunabilir. Manevi tazminat zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesidir.²⁷⁰

Bir diğer ayırım ise doğrudan zarar, dolaylı zarar ve yansıma zarar şeklinde yapılabilir. Doğrudan zarar; hukuka aykırı fiille maruz kalan kimsenin, bu fiil yüzünden kendisinin araya eklenen bir sebep girmeksizin uğradığı zarar; dolaylı zarar ise hukuka aykırı fiil neticesinde mağdurun doğrudan zarara eklenen bir sebeple uğradığı zarardır.²⁷¹ Yansıma zarar ise *"bir ya da birden fazla kişinin, doğrudan zarar gören kişi ile özel bir ilişkisi nedeniyle, aynı zarar verici davranış yüzünden uğradığı, ancak bu kez dolaylı biçimde ortaya çıkan zarar olarak nitelendirilir."*²⁷² Zarar, mala veya cana gelmesine göre şeye ilişkin zarar ve kişiye ilişkin zarar olarak ikiye de ayrılmaktadır. Kişiye ilişkin zarar, adam ölmesi ve cismani ve hayat varlığının ihlalinden doğan zararları kapsamına alırken malvarlığına ilişkin bir şeyin kaybı, tahribi ve hasara uğraması neticesinde meydana gelen zararlar şeye ilişkin zararın kapsamına girer.²⁷³ Bir yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü maddi ve manevi zarar talep edilebilir. Yine koşulların varlığı halinde doğrudan veya dolaylı zararlar ile yansıma zarar talep edilebilir.

Yapay zekâ sistemlerinin sebep olduğu zararlardan ötürü kusur sorumluluğunun uygulanmasının oldukça avantajlı yönleri bulun-

²⁶⁷ Reisoğlu, s.217

²⁶⁸ Oğuzman, Öz, s.42

²⁶⁹ Mehmet Ünal, "Manevî Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", AÜHFD, Ankara, 1978, S.35.1, s.397-437, s.400

²⁷⁰ Eren, s.780

²⁷¹ Oğuzman, Öz, s.43

²⁷² Çağlar Özel, "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler", AÜHFD, Ankara, 2011, S.50.4, s.81 - 106, s.84

²⁷³ Aslan, s.243

maktadır. Öncelikle haksız fiil sorumluluğuna dayanarak zarar gören herkes, sorumlulardan uğramış oldukları zararların tazminini talep edebilecektir. Bu yaklaşım yararlıdır. Nitekim yapay zekâyla etkileşime giren insanlar zamanla değişebilir ve başlangıçta öngörülemezdir.²⁷⁴ Ayrıca yapay zekânın sebep olduğu zararlardan etkilenenler, yapay zekânın yaratıcısı, sahibi veya denetleyicisi ile önceden sözleşmeye bağlı bir ilişkiye girmek zorunda olmayacaktır.²⁷⁵ Kusur sorumluluğunun kabul edilmesinin dezavantajlı noktaları da bulunmaktadır. İlk olarak zararın yapay zekâ sistemindeki hatadan kaynaklandığının ispat edilmesinin güçlüğüdür.²⁷⁶ İkinci olarak yapay zekâ sisteminin hatalı olmasında kullanıcının ihmalde bulunup bulunmadığının ispat edilmesi zordur. Gerçekten de yapay zekânın, olağan görevi dışında kötü bir şekilde kullanılması halinde, kullanıcının sorumlu tutulması mümkündür. Ancak asıl sorun belirli bir amaç için tasarlanan bir yapay zekânın amacına uygun bir şekilde kullanılması halinde öngörülme-yen bir gelişmeden ötürü zararlara sebebiyet vermesinden kaynaklanmaktadır.²⁷⁷ Bu durumda da kullanıcının zarardan sorumlu tutulup tutulmayacağı, kusurunun olup olmadığı tartışmalıdır.

Bizim görüşümüze göreyse mevcut sorumluluk hukuku incelendiğinde yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü haksız fiil sorumluluğuna başvurulması en iyi çözüm olacaktır. Bu durumda koşulların varlığı halinde tehlike sorumluluğuna dayanılabilir. Bir başka deyişe yapay zekânın kullanıldığı işletme faaliyeti TBK. m.71 bağlamında önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyetse zarar gören TBK. m.71'e dayanarak uğramış olduğu zararın tazmini isteyebilir. Diğer hallerdeyse kanımızca zarar gören TBK. m.49 vd. düzenlenen haksız fiil hükümlerine başvurabilir.

IV. Sonuç

Günlük hayatta sıklıkla kullanılan ve etkinliği her geçen gün artan yapay zekâ; sağlık, eğitim, güvenlik, alım satım ve taşıma gibi temel sektörlerde kullanılmaktadır. Bu sektörlerden yararlanan kişilerin ise

²⁷⁴ Turner, s.87

²⁷⁵ Turner, 2018, s.87

²⁷⁶ Gerstner, s.258

²⁷⁷ Turner, s.89

yapay zekânın olası zararlarına karşı kendisini güvence altına alması gerekir. Özellikle de kişisel doktorlar, otonom araçlar, akıllı evler teknolojisinin yaygınlaşmasıyla birlikte yapay zekâ hatalarının ölümcül sonuçlar doğurması mümkündür.

Yapay zekânın sebep olduğu bir zararın varlığı halinde hangi hukuk kurallarına istinaden zararın tazmininin talep edileceği ve ne gibi imkânların olduğunun belirlenmesi gerekir. Öncelikle yapay zekânın bir kişiliği yoktur. Bu nedenle yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü kendisine başvurulamayacaktır. Ancak yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü üreticisine veya kullanıcıya başvurulabilir.

İlk olarak taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığı halinde sözleşme sorumluluğu bağlamında uğranılan zararın giderilmesi akla gelebilir. Fakat bu isabetli bir çözüm olmayacaktır. Nitekim yapay zekânın uygulanması daha çok hiçbir hukuki işlemin tarafı olmayan üçüncü kişileri etkileyecektir. Bu nedenle yapay zekânın sorumluluğunun akit bağlamında değil akit dışı sorumluluk bağlamında değerlendirilmesi daha isabetli bir çözüm olacaktır.

Mukayeseli hukukta yapay zekânın sebep olduğu zararlar kusur sorumluluğu ve kusura dayanmayan sorumluluk olmak üzere iki başlık altında değerlendirilmiştir. Biz de yapmış olduğumuz inceleme de sorumluluk hallerini değerlendirdik. Bunlardan hakkaniyet sorumluluğunun, adam çalıştıranın sorumluluğunun, hayvan bulunduranın sorumluluğunun ve ev başkanının sorumluluğunun yapay zekânın sebep olduğu zararlara uygulanamayacağı sonucuna vardık.

Üreticinin sorumluluğu konusundaysa doktrinde tartışmalara yer vererek değerlendirme yaptık. Öncelikle üreticinin sorumluluğu, yapı itibariyle yapay zekânın sebep olduğu zararlara uygulanabilecek en iyi düzenlemedir. Bizim görüşümüze göre yapay zekâ, nitelik itibariyle TKHK m.3/1-h bağlamında bir maldır. Bu malın güvenli bir şekilde piyasaya arz edilmesi gerekir. Özellikle de maldaki tasarım ve fabrikasyon hatalarından dolayı zararların doğması halinde üreticinin sorumluluğuna gidilebilir. Bununla birlikte kanımızca Türk Hukuku'nda üreticinin sorumluluğunu düzenleyen kapsamlı bir kanun hükmü bulunmadığı için yapay zekânın sebep olduğu zararların tazmininde de modern anlamda üreticinin sorumluluğu kurumuna başvurulamayacaktır. Kaldı ki mehaz 85/374 sayılı Üreticinin Sorumluluğuna İlişkin

AB Direktifi'nin de yapay zekânın sebep olduğu zararların tazmininde uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bununla birlikte TKHK m.11'de modern anlamda ve kapsamlı bir şekilde üreticinin sorumluluğu düzenlenmemekle birlikte üreticinin sorumluluğunu doğurabilecek hükümler düzenlenmiştir. Bu nedenle TKHK bağlamında yapay zekâ üreticisinin ve satıcısının sorumluluğuna başvurulabilir.

TKHK m.11/6 gereği tüketicinin ayıplı maldan dolayı uğramış olduğu zararın gideriminde seçimlik haklarıyla birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca tüketici hiçbir seçimlik hakkını kullanmaksızın da TBK uyarınca tazminat talep edebilir. Bizim görüşümüze göre TKHK m.11/6 gereği tüketici aralarındaki hukuki işleme dayanarak satıcıdan uğramış olduğu zararın giderimini talep edebilecektir. Üreticiden ise TBK'daki haksız fiil hükümleri uyarınca uğramış olduğu zararın giderimini talep edebilir. Bununla birlikte yapay zekâ, TBK m.71 bağlamında tehlike unsuru ihtiva ediyorsa, tüketici tehlike sorumluluğuna dayanarak uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilecektir. Yapay zekânın TBK m.71 bağlamında değerlendirilmemesi halindeyse TBK m.49 vd. hükümlerine başvurabilecektir. Yapay zekâ sadece tüketicilere de zarar vermeyebilir. Tüketici dışındaki diğer kişilerde tehlike unsuru taşıyan hallerde TBK m.71'e dayanabilecektir. Tehlike unsuru taşımayan hallerdeyse TBK m.49 bağlamında uğramış oldukları zararların giderilmesi için sorumlulara başvurulabilir. Bu sorumlular; kullanıcı, üretici, dağıtıcı, satıcı gibi kişiler olabilir.

Sonuç olarak yapay zekânın sebep olduğu zararların tazminine ilişkin özel bir kanuni düzenleme ülkemizde yapılmamıştır. Bu durumda üreticinin sorumluluğuna başvurulması düşünülebilir. Ancak ülkemizde üreticinin sorumluluğuna ilişkin kapsamlı bir düzenleme yapılmadığı için bu yönden de bir çözüme ulaşılamamıştır. Fakat Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak yapay zekânın sebep olduğu zararların tazmin edilmesi mümkündür. Yapay zekânın kendine özgü yapısı karşısında özel bir kusura dayanmayan sorumluluk düzenlemesinin yapılması ve yapay zekânın sebep olduğu zararların bu düzenlemeye göre tazmin edilmesindeyse fayda vardır. Bu düzenlemede sadece üreticiler değil, koşullarına göre kullanıcılar, satıcılar, geliştiriciler ve diğer süljelerde sorumlu tutulmalıdır.

Kaynakça

- 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanunun Gerekçesi, Kaynak: <http://www.mevzuat.gov.tr/>, E.T.:26.10.2018.
- AI Colloquium, "The AIPLA/AIPPI/FICPI AI Colloquium Primer", American Intellectual Property Law Association, USA, 2019, s.1 - 29.
- Akçura Karaman Tuba, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, 1.Baskı, İstanbul, 2008.
- Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, Borçlar Hukuku, Beta Yayınevi, 23.Baskı, İstanbul, 2014.
- Akkurt Sinan Sami, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", *Sayıştay Dergisi*, Ankara, 2019, Yıl.7, Sayı:13, s.39 - 55.
- Aslan İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku, Ekin Yayınevi, 5.Baskı, Bursa, 2014.
- Atay Feryal, 6502 sayılı Kanun'un Uygulanmasında Ayıplı Mal Ayıplı Hizmet, Yetkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2019.
- Aydos Oğuz Sadık, Ürün Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2009.
- Barfield Woodrow, "Liability for autonomous and artificially intelligent robots", *Paladyn, Journal of Behavioral Robotics*, Germany, 2018, v.9.1, s.193-203.
- Bayamlıoğlu Emre, "Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, Cilt:2, İstanbul, 2008, s. 131- 140.
- Çekin Mustafa Serdar, Tehlike Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, 2016. (Tehlike).
- Çekin Mustafa Serdar, "Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme m. 71", (Serozan Rona, Öz Turgut, Acar Faruk, Gökyayla Emre, Develioğlu Murat Ed.) İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C.1, Vedat Kitapçılık, 2.Baskı, İstanbul, 2018, s.497 - 530. (İstanbul Şerhi).
- Čerka Paulius/Jurgita Grigienė/Gintarė Sirbikytė. "Liability for damages caused by artificial intelligence" *Computer Law & Security Review*, U.K., 2015, V. 31. S.3, s.376-389.
- Dalcı Nurcihan, "TBK md.71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu", *TBB Dergisi* 2014/114, Ankara, s.49 - 78.
- Digitaleurope Recommendations on AI Polycys, 7.11.2018, Brussels, s.14, Kaynak: <https://www.digitaleurope.org/wp/wp-content/uploads/2018/11/Digitaleurope-Recommendations-on-AI-Policy-November-2018-final.pdf> , E.T. 25.06.2019.
- Doshi-Velez Finale/Mason Kortz, "Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation. Berkman Klein Center Working Group on Explanation and the Law", *Berkman Klein Center for Internet & Society Working Paper*, Harvard University Cambridge, 2017.
- Dural Mustafa, Sarı Suat, Türk Özel Hukuku - Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri -, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2010.

- Eidenmueller Horst G. M., "The Rise of Robots and the Law of Humans" *Oxford Legal Studies Research Paper No. 27/2017*, Oxford, 2017, s.1 – 15.
- Erel N. Şafak, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2008,
- Eren Fikret, *Borçlar Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 15.Baskı, Ankara, 2013.
- European Commission - Press release, Artificial intelligence: Commission outlines a European approach to boost investment and set ethical guidelines, 25.04.2018, Brussels, Kaynak: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3362_en.htm, E.T.:10.05.2019.
- European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), s.2, Kaynak: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html (Erişim Tarihi: 01.08.2019).
- Ferreira Nuno, *Fundamental Rights and Private Law in Europe: The Case of Tort Law and Children*, Routledge, 1.Bası, Oxon, 2011.
- Gerstner E. Maruerite, "Comment, Liability Issues with Artificial Intelligence Software", *Santa Clara Law Rev.*, California, 1993, V.33, s. 239 – 269.
- Gözübüyük Şeref/Tan Turgut, *İdare Hukuku C:1*, Turhan Kitapevi, 5.Baskı, Ankara, 2007.
- Hatemi Hüseyin/Gökyayla Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, 3.Baskı, İstanbul, 2015.
- Havutçu Ayşe, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk Üreticinin Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, 2005.
- Helvacı Serap, Erlüle Fulya, *Medeni Hukuk*, Legal Yayınevi, 5.Baskı, İstanbul, 2018
- Herron Michaela, Artificial Intelligence Update: Liability Arising from the Use of AI in Healthcare, 21.05.2019, Kaynak: https://www.mhc.ie/latest/insights/artificial-intelligence-update-liability-arising-from-the-use-of-ai-in-healthcare#_ftn4, E.T. 25.06.2019.
- İkizler Metin, "Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde Tehlike Sorumluluğu ve Türk Hukuku İle Kısaca Karşılaştırılması", *DEÜHFD*, İzmir, 2014, Cilt: 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), s.3241-3260.
- İnal Tamer, *Tüketici Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 3.Baskı, Ankara, 2014.
- Kahveci Nalan, "Sorumluluğun ve Giderim Borcunun Kapsamı", (Serozan Rona, Öz Turgut, Acar Faruk, Gökyayla Emre, Develioğlu Murat Ed.) İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C.1, İstanbul, 2018, s.905 – 925.
- Kara İlhan, *Tüketici Hukuku*, Engin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2015.
- Karahasan M. Reşit, *Sorumluluk Hukuku*, Beta Yayınevi, 6.Baskı, İstanbul, 2003.
- Kaneti Selim, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1.Baskı, İstanbul, 2007.
- Kaplan İbrahim, "İmalatçının Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara, 1985, Cilt: 13, Sayı: 1, Haziran, s.137-140.

- Kılıçoğlu M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 20. Baskı, Ankara, 2016. (Borçlar Genel)
- Kılıçoğlu M. Ahmet, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2013 (Sınai Haklar).
- Kırca Çiğdem, Franchise Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1.Baskı, Ankara, 1997. (Franchise).
- Kırca Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1.Baskı, Ankara, 2007 (Ürün).
- Kingston John KC. "Artificial intelligence and legal liability", International Conference on Innovative Techniques and Applications of Artificial Intelligence. Springer, Cham, 2016. s. 269-279.
- Kurtulan Gökçe, "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, 2017, v.23/1, s.465-504.
- Lehman - Wilzig, N. Sam, "Frankenstein unbound: towards a legal definition of artificial intelligence", *Futures*, 1981, UK, V. 13.6, s.442-457.
- Maule R. Michael, "Applying Strict Products Liability to Computer Software" *Tulsa Law Journal*, Oklahoma, 1991, v. 27, s.735 - 756.
- McCarthy John, What is Artificial Intelligence?, Kaynak: <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai.html>, (E. T.: 01.08.2019).
- Nomer N. Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 13. Baskı, İstanbul, 2013.
- Odman Ayşe, Fikri Mülkiyet Hukuku İle Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerdeki Rolü, 1.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:2, Vedat Kitapçılık, 11.Baskı, İstanbul, 2014
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, Vedat Kitapçılık, 12. Baskı, İstanbul, 2016.
- Öz Turgut, "Üreticinin Sorumluluğu", *İKÜHFD*, İstanbul, 2007, Cilt: 6, Sayı: 2, s.7-18, (Üretici).
- Özcan Büyüktanır G. Burcu, "Tüketicinin ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevi Zararlarının Tazmini", *AÜHFD*, Ankara, 2018, S.67 (3), s. 495 - 534.
- Özel Çağlar, "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler", *AÜHFD*, Ankara, 2011, S.50.4, s.81 - 106.
- Puget Jean Francois, What Is Machine Learning?, IBM Community, 18.05.2016, https://www.ibm.com/developerworks/community/blogs/jfp/entry/What_Is_Machine_Learning?lang=en, (E.T. 05.06.2019).
- Reisoğlu Sefa, Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 23.Baskı, İstanbul, 2012.
- Rissland, L. Edwina, "Artificial intelligence and law: Stepping stones to a model of legal reasoning", *The Yale Law Journal*, New Haven, 1990, V.99.8, s.1957-1981.

- Robot fails to find a place in the sun, Martin Wainwright, *The Guardian*, 20.06.2002, <https://www.theguardian.com/uk/2002/jun/20/engineering.highereducation>, E.T. 10.07.2019.
- Santosuosso Amedeo/Boscarato Chlara/Caroleo Floro Ernesto/Labruto Lynette Rene/Leroux Christophe, Robots, Market and Civil Liability: A European Perspective In 2012 September, IEEE RO-MAN: The 21st IEEE International Symposium on Robot and Human Interactive Communication, s.1051-1058.
- Saraç Senem, Tehlike Sorumluluğu, On iki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, 2013.
- Şenocak Zarife, “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, İstanbul, 2014, Cilt: 9, Özel Sayı, s.30 - 37.
- Tandoğan Haluk, Kusura Dayanmayan Sorumluluk, Turhan Kitabevi, 1.Baskı, Ankara, 1981 (Kusur).
- Tandoğan Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul, 2010 (Mesuliyet).
- Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi, Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 17. Baskı, İstanbul, 2018.
- Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 5.Baskı, İstanbul, 2012.
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 6.Baskı, İstanbul, 1988.
- Turner Jacob, Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence, Palgrave Macmillan, 1st. Ed., London, 2018.
- Türk Dil Kurumu İnternet Sözlüğü, Kaynak: <https://tdk.gov.tr>, E.T.: 14.05.2019.
- Ueffing Martin, “Directive 85/374–European Victory or a Defective Product Itself?.”, *MaRBLe 4*, 2013, s.373 - 424.
- Uluslan İlhan, “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, V.4, s.23-57, (Tehlike).
- Uluslan İlhan, “Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuramına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arz Eden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu”, *Journal of Yaşar University*, İzmir, 2014, Sayı: 14/01 Özel Sayı, Cilt: 8, s. 2897-2905, (TBK Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralı).
- Uygur Turgut, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Cilt:1, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, 2012.
- Ünal Mehmet, “Manevî Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, *AÜHFĐ*, Ankara, 1978, S.35.1, s.397-437.
- Üreticinin Sorumluluğuna İlişkin TÜSİAD Görüşü, http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/Tuketicinin-Korunmasi-Hakkinda-Kanun-Tasarisi-Taslagina-Dair-TUSIAD-Gorusu.pdf (Erişim Tarihi: 20.11.2013).
- Wang Pei, “What Do You Mean by AI?”, *Frontiers in Artificial Intelligence and Applications*, Amsterdam, 2008, V.171/1, s.362 - 373.

- West M. Darrell, "Moving forward: Self-driving Vehicles in China, Europe, Japan, Korea, and The United States" *Center for Technology Innovation at Brookings*, Washington, 2016, Np 12.
- Von Tuhr Andreas, Çeviren Edege Cevat, Borçlar Hukuku, Yargıtay Yayınları No:15, Olgaç Matbaası, 2.Baskı, Ankara, 1983.
- Yavuz Cevdet, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", *MÜHF-HAD*, İstanbul, 2008, Cilt: 14, Sayı: 4, s.29-61.
- Yavuz Cevdet/Acar Faruk/Özen Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, 9.Baskı, İstanbul, 2013.
- Yavuz Nihat, Ayıplı İfa, Seçkin Yayıncılık, 4.Baskı, Ankara, 2014.
- Yayla Yıldızhan, İdare Hukuku, Filiz Kitapevi, 1.Baskı, İstanbul, 1990.
- Yılmaz Süleyman, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler", *AUHFD*, Ankara, 2010, v.59/3, s.551 - 578.
- Zevkliler Aydın/Özel Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2016.

ULUSLARARASI HUKUK BAĞLAMINDA İKLİM MÜLTECİLERİNİN KORUNMASI SORUNU CLIMATE REFUGEES PROBLEM

Esra TEKİN*

Özet: İnsanlar, kuraklık, su kaynaklarının azalması, seller, deniz seviyesinin yükselmesi gibi çeşitli sebeplerle, yaşadıkları ülkeleri terk etmek zorunda kalmaktadırlar. Bu kişiler iklim mültecileri, çevresel mülteciler, iklim olayları sebebiyle yerinden edilmiş kişiler olarak adlandırılmaktadırlar. Bazı iklim olayları sonucunda ülkenin tümü yok olma tehlikesiyle karşı karşıya kalabilmektedir. Dolayısıyla bu insanların bir kısmı sınır aşarak başka ülkelerde sığınma arayışına mecbur kalmaktadırlar. Bu kişiler, çeşitli ülkelerde 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi'ne göre mülteci statülerinin tanınması için başvuruda bulunmuşlardır ancak bu başvurular çoğunlukla reddedilmiştir. 2050 yılında öngörülere göre Kiribati ve Tuvalu gibi takımadalardan oluşan devletler deniz seviyesinin yükselmesiyle sular altında kalabilecektir. Bu ülkeler sular altında kaldıklarında bu ülkelerin vatandaşları, başka ülkelerde sığınma arayışına girişeceklerdir. Bu kişilerin uluslararası hukuk tarafından korunmaya muhtaç oldukları açıktır. Ne var ki, henüz bu kişilerin statülerine ilişkin herhangi bir yasal zemin oluşturulabilmiş değildir. Çalışmamızda iklim mültecileri sorunu kavramsal açıdan ele alınmış ve bu konuyla ilgili uluslararası hukukun yükümlülüklerine değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İklim Mültecileri, Çevresel Mülteciler, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi

Abstract: Due to various reasons such as drought, reduction of water resources, floods and sea level rise, people have to leave their countries of origin. Those people are called climate refugees, environmental refugees, displaced persons due to climate events. As a result of some climate events, the whole country may face disappear. Therefore, some of those people are forced to seek asylum in other countries by crossing the border. They have applied for recognition of refugee status in various countries in accordance with the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, but they

* Arş. Gör., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, esra_tekin_law@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-0081-9000, Makalenin Gönderim Tarihi: 15.01.2019, Kabul Tarihi: 15.01.2019

have often been refused. According to the predictions in 2050, states such as Kiribati and Tuvalu can be vanished by rising sea level. When these countries are disappeared, their citizens will seek asylum in other countries. The need for protection of these persons in international law is certain, but no legal basis has been established for their status. In our study, the problem of climate refugees was discussed conceptually and the obligations of international law has been mentioned.

Keywords: Climate Refugees, Environmental Refugees, 1951 Convention Relating to the Status of Refugees

I. GİRİŞ

Günümüzde insanlar çeşitli sebeplerle ülkelerini terk etmek zorunda kalmaktadırlar. Bazı durumlarda, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi¹ kapsamında bu kişilere mülteci statüsü tanınabilmektedir. Anılan Sözleşme'nin 1(A)2 hükmüne göre, mülteci; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan *ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen kişidir*. Ancak sözleşmedeki zulüm sebepleri tek tek sayılmış olup "iklim olayları" bu zulüm sebepleri arasında yer almamaktadır.

Küresel ısınmanın da etkileriyle, hasarları telafi edilemeyecek iklim olayları yaşanabilmektedir. Bazı durumlarda iklim olayları sebebiyle, mutad olarak yaşadığı bölge hasara uğrayan kişiler, sınır aşmadan kendi ülkeleri içinde yer değiştirmektedirler. Bu kişilerin, bahsi geçen durumlarda 1951 Sözleşmesi'nden faydalanabilmeleri mümkün değildir, çünkü sözleşme vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan kişilere koruma sağlamaktadır. Bazı durumlarda ise iklim olayları sebebiyle, ülke tamamen yok olabilecek ve o ülkede yaşayan kişiler bir daha menşe ülkelerine dönemeyeceklerdir. Dolayısıyla bu kişiler yeni bir ülkede sığınma arayışına gireceklerdir. Ancak bu kişilerin göç etme sebebi tamamen coğrafi olaylar olup, anılan kişilere 1951 Sözleşmesi

¹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1950 tarih ve 429 (5) sayılı kararıyla toplanan Konferans'ta kabul edilmiş 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Cenevre'de 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanmış olan Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin Onaylanması Hakkında Kanun (359 sayılı), Kabul Tarihi: 29.08.1961, Resmi Gazete: 05.10.1961/10898.

kapsamında statü tanınmamaktadır. Hatta bu konuda bir terminolojik birlik bulunmamakta ve bu kişiler için “iklim mülteci”, “çevresel nedenlerle yerinden edilmiş kişiler”, “ekolojik mülteci”, “iklim değişikliği mülteci”, “felaket mülteci”, “eko-mülteci”, “çevre mülteci”, “küresel ısınma mülteci” ifadeleri de kullanılmaktadır.²

IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change - Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli) raporlarına göre, 2050 yılında Kiribati ve Tuvalu gibi deniz seviyesine yakın ülkelerde iklim olayları sebebiyle ülke tamamen sular altında kalabilecektir.³ Bu durumda bu kişilerin üzerinde yaşayabileceği bir toprak parçası kalmayacak ve tabiiyet durumları tartışmalı hale gelecektir. Uluslararası hukukta vatansızlık önlenmeye çalışılmakta ve mültecilere de uluslararası koruma sağlanmaktadır. Ancak, statüleri belirsiz olduğundan, bu kişilere herhangi bir koruma sağlanamayacaktır.

Çalışmamızda küresel bir sorun olan iklim mültecileri sorunu, gerek terminolojik açıdan gerek bu konuda uluslararası topluma düşen görevler açısından ele alınacaktır. İklim mültecilerinin korunma ihtiyacı aşikârdır, ancak bu korumanın hangi zeminde yapılacağı tartışmalıdır. Çalışmamızda bu soruna ilişkin çözüm önerileri ele alınacaktır.

II. İKLİM MÜLTECİLERİ SORUNU

1. GENEL OLARAK SIĞINMA HAKKI VE MÜLTECİ KAVRAMI

1648 Westphalia Barışı ile egemenlik parçalanmış ve barış ortamında ulus devletler oluşmaya başlamıştır, bugün sıklıkla kullanılan egemenlik, ülke sınırları, başka bir devletin içişlerine karışmama gibi kavramlar Westphalia düzeninin bir getirisiidir.⁴ Bu Barış vesilesiyle aynı zamanda ulus devletlerin sınırları belirginleşmiş, kendi ülkesinden çeşitli sebeplerle ayrılan veya ayrılmak zorunda kalan kişiler başka devletlerde sığınma arayışına başlamışlardır.

² Ahmet Mutlu/İbrahim İrdem/Berna Üre, “Ekolojik Mültecilik”, Memleket Siyaset Yönetim (MSY), 2015, C. 10, S. 23, s. 82-85.

³ https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/WGIIAR5-Chap29_FINAL.pdf, (01.01.2020).

⁴ Türkiye Uluslararası İlişkiler Çalışmaları, <http://www.tuicakademi.org/index.php/temel-kavramlar/4477-vestfalya-antlasmasi>, (15.12.2019).

Sığınma hakkı, bir kişinin tabiiyetinde bulunduğu ya da ikamet ettiği ülkeyi çeşitli baskılar sonucu terk ederek, yabancı bir devlet ülkesine, diplomatik temsilciliğine, konsolosluk binasına, savaş gemilerine, devlet uçak gemilerine girmesini ve bu devletin korumasını araması anlamına gelmektedir.⁵ Sığınmacı kavramı, kendi ülkesini terk edip başka bir ülkede sığınma arayan kişiyi ifade etmektedir.⁶ Sığınma hakkı birey açısından sığınma arama ve sığınmadan faydalanma hakkı olarak anlaşılmaktadır.⁷ Bir başka deyişle sığınma hakkı, koruma arayan kişinin subjektif bir hakkı olmayıp, koruma bahşeden devletin hakkıdır.⁸ Dolayısıyla devletin sığınmayı kabul etme ve reddetme konusunda hakkı vardır.⁹ Bu hususta, sığınma arayan birey, sığınma talep edilen devlet, sığınma bahşeden devlet kavramları birbirinden ayrılabilir. 1951 Sözleşmesi'ne göre mülteci; "ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen kişi"dir.¹⁰ Bu sözleşmenin amacı, daha iyi bir hayat için göç eden kişilere koruma sağlamak olmayıp, sözleşmedeki beş nedenle zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korkan kişilere koruma sağlamaktır.¹¹ Sözleşme'de yer alan zulüm kavramının tanımlanmamış olması, zaman içerisinde gündeme gelebilecek zulüm çeşitlerinin de Sözleşme kapsamında sayılabilmesi sonucunu doğurmuştur. Sözleşme'ye göre zulüm korkusu ırk, din, tabiiyet, siyasi düşünce ya da belirli bir toplumsal gruba mensubiyet gibi kişiye ve onun siyasal durumuna sıkı sıkıya bağlı temel hak ve özgürlüklere ilişkin nedenlerden kaynak-

⁵ Nasih Sarp Ergüven/Beyza Özturanlı, "Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 62(4), 2013, s. 1018.

⁶ Ergüven/Özturanlı, s. 1018.

⁷ Neva Övünç Öztürk, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlili", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S.2, 2012, s. 187.

⁸ Zafer Gören, "Anayasa Hukuku açısından Sığınma Hakkı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 10, 1993, https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg10/zgoren.pdf, s.283, (02.08.2019).

⁹ Roman Boed, "The State of The Right of Asylum in International Law", 5 *Duke Journal of Comparative & International Law* 1-34 (1994), s. 3-4.

¹⁰ <http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016.12.1951-Cenevre-Sozlesmesi-1.pdf>, (02.01.2020).

¹¹ Ergüven/Özturanlı, s. 1021.

lanmalıdır.¹² İnsanlar hastalık, suç, şiddet, savaş, doğal felaketler gibi çeşitli nedenlerle ülkelerini terk etmek zorunda kalabilirler ancak her durumda 1951 Sözleşmesi'nin koruma alanına girmeyebilirler.

2. İKLİM MÜLTECİLERİNE GENEL BAKIŞ

A. Kavramsal ve Terminolojik Açıdan

Günümüzde artık mülteci kavramı sadece 1951 Sözleşmesi'nde sayılan sebeplerle yerinden olmuş kişiler için kullanılmamaktadır. Küresel iklim değişikliği, mülteci tanımının genişlemesine neden olan en büyük etkenlerin başında gelmektedir. Ancak tartışmalı olan husus bu kişilere "mülteci" statüsünün tanınıp tanınmayacağı hususudur. Bazı kaynaklarda bu kişiler için mülteci kavramı kullanılmamaktadır. Sel baskınları, deniz seviyesinin yükselmesi, deprem, tsunami, kuraklık, çölleşme, su kaynaklarının tükenmesi gibi sebeplerle insanların mutad olarak yaşadıkları çevreyi terk edip, kendi ülkesi içinde bir başka yere veya başka bir devlet ülkesinde sığınma araması gündeme gelmektedir. Bu kişilerin bazı durumlarda menşe ülkelerine geri dönme imkânı bulunmamaktadır. Çünkü bazı iklimsel olaylarda o ülke tamamen yok olabileme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Örneğin Maldivler, Marsal Adaları, Kiribati ve Tuvalu insanların yaşayamayacağı yerler haline geleceklerdir.¹³ Maldivler Hükümeti, gelecekte yaşanabilecek muhtemel iklim değişikliklerini göz önünde bulundurarak bu konuda çalışmalar yapılması gereğinden bahsetmiştir.¹⁴

1985 tarihli Birleşmiş Milletler Çevre Programı'nın "Çevresel Mülteci"¹⁵ raporuna¹⁶ göre, çevresel mülteci, doğal veya insan kaynaklı çevresel bozulma sebebiyle varlığı yahut yaşam kalitesi tehlikeye düştüğünden, mutaden yaşadığı yerden geçici veya sürekli olarak ayrılmak zorunda kalmış kişilerdir.¹⁷ Benzer tanım, bazı yazarlar ta-

¹² Ergüven/Özturanlı, s. 1023.

¹³ Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, İstanbul 2014, s. 159.

¹⁴ Ekşi, s. 159.

¹⁵ Bu konuda terminolojik bir birlik bulunmamakla birlikte bu raporda "Çevresel Mülteci" kavramı kullanılmıştır.

¹⁶ Essam El- Hinnawi tarafından yazılan bu rapora erişim mümkün olmadığından Frank Biermann/Ingrid Boas, "Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees", *Global Environmental Politics*, Vol. 10, No. 1, 2010, s. 62'deki açıklamalar esas alınmıştır.

¹⁷ Frank Biermann/Ingrid Boas, "Preparing for a Warmer World: Towards a Global

rafından da kullanılmıştır; *Myers*'e göre, Çevresel mülteci, alışılmış olmayan iklim olayları sebebiyle, (kuraklık, toprak erozyonu, ormanların tahribatı, su kıtlığı, iklim değişikliği ve tufan, deniz seviyesi yükselmesi ve sel gibi doğal afetler) mutad mesken ülkesinde güvenli bir hayat sürdüremeyecek olan kişidir.¹⁸ *Biermann/Boas*'a göre, iklim mültecisi, ani veya aşama aşama yaşanan değişimlerden ötürü, deniz seviyesinin yükselmesi, olağan olmayan iklim olayları, kuraklık ve su kaynaklarının tükenmesi sebeplerinden¹⁹ en az birinden ötürü hemen veya yakın gelecekte mutad mesken ülkesini terk etmek zorunda kalan kişidir.²⁰ İlk defa 1976 da *Lester Brown* tarafından kullanılan ekolojik mülteci kavramı, kuraklık, deprem, sel baskını veya tsunami gibi ani yahut uzun süreli felaketlerin insanların yaşamlarını, ekolojilerini ve ekonomilerini tehdit etmesi üzerine, hayatta kalabilmek amacıyla başka ülkelere göç etmeleri üzerine kullanılmıştır.²¹ Doktorindeki bir görüşe göre, ekolojik mülteci kavramı iklim ve çevre mültecileri kavramlarından daha kapsayıcıdır.²² Bir diğer görüşe göre ise, iklim mültecisi, çevresel mülteci, çevresel göçmen veya çevresel yer değiştirenler ifadeleri, çevrelerinin doğal veya beşeri nedenlerle bozulması sonucunda yaşam kalitelerinin alt üst olması sebebiyle geçici veya kalıcı olarak yaşadıkları yeri terk etmeye zorlanmış kişileri ifade etmektedir²³.

Uluslararası Göç Örgütü ve Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği gibi konuyla alakalı kuruluşlar bu kişiler için "mülteci" ifadesini kullanmamaya özen göstermekte, bunun yerine bu kişileri ifade et-

Governance System to Protect Climate Refugees", *Global Environmental Politics*, Vol. 10, No. 1, 2010, s. 62.

18 Norman Myers, "Environmental Refugees", *Population and Environment: A Journal of Interdisciplinary Studies*, Vol. 19, No. 2, Oxford 1997, s. 167.

19 Yazarlar iklim mültecisi ve çevresel mülteci kavramlarını birbirinden ayırmaktadır. Deprem, volkan gibi doğa olaylarından ötürü sığınma arayanlara çevresel mülteci denmektedir. Ancak bu konuda net bir ayırım söz konusu değildir. Doğa olaylarının hangi kriterlerle birbirinden ayrılacağı konusunda yazarlar sessiz kalmışlardır.

20 Biermann/Boas, s. 67.

21 Onur İnal, "Yaşamak İçin Kaçanlar: Ekolojik Mülteciler", EKOIQ, 2012, <http://ekoIQ.com/yasamak-icin-kacanlar-ekolojik-multeciler/> (17.12.2019).

22 Mutlu/İrdem/Üre, s. 82, dn. 4.

23 Gaëlle Perrault, "Les Oubliés du Droit : les Réfugiés Climatiques", <https://www.pacte-climat.eu/fr/les-oublies-du-droit-les-refugies-climatiques/>, (06.08.2019).

mek için “Çevresel Olarak Yerinden Edilmiş Kişiler” ifadesini kullanmaktadırlar.²⁴ Bunun sebebi, bu kişilerin 1951 Sözleşmesi kapsamına girmemesidir. Ancak bazı yazarlar bu kişilerin mültecilerle benzerliğinden yola çıkarak “mülteci” ifadesini kullanmaktadırlar. Zira bu kişilerde de 1951 tarihli Sözleşme kapsamındaki mülteciler gibi bir kaçış söz konusudur ve felaket aynı boyutlardadır.²⁵ Bu görüşü savunan yazarlara göre, bu kişilerin bazıları sınır aşmış başka bir ülkeye geçerken, bazıları aynı ülkenin farklı bölgelerine yerleşmektedirler, sınır aşan bu kişiler, mültecilerle benzerlik göstermektedirler.²⁶ Yani bu kişilerin bir sınır aşmış aşmamalarına bağlı olarak statüleri değişebilecektir. Ancak iklim olayları sebebiyle dünyanın çoğu yerinden insanlar göç etmek zorunda kaldıklarından,²⁷ “mülteci” kavramının kullanılmasıyla bu sorunun hak ettiği meşruiyet ve aciliyete vurgu yapılmış olacaktır.²⁸ Ancak *Legoux*'ya göre, bu kişiler mülteci korumasından faydalanmamalıdır, bu kişiler için iklim mültecisi kavramını kullanmak, Cenevre Sözleşmesindeki mülteci kavramını depolitize eder ve bunun bir sonucu olarak parasal yardımlarla yerinde koruma uluslararası korumanın önüne geçer.²⁹ *Legoux*'ya göre, Avrupa Birliği bu durumdan istifade edecek ve mültecileri ülkesine kabul etmek yerine, yerinde koruma sağlamayı tercih edecek ve 1951 tarihli Sözleşme'nin zorlayıcılığından kurtulma yoluna gidecektir. İklim mülteciliği kavramının kullanılması ile AB sınır güvenliğini daha çok arttıracak ve batılı ülkelerin sığınma arzı, eksik bir borca dönüşecektir.

Ülkelerinde yerinden olmuş kişiler bakımından İnsan Hakları Temsilcisi *Kälin*'e göre iklim değişikliğine bağlı olarak en az 5 senaryo

²⁴ Biermann/Boas, s. 66.

²⁵ , Luc Legoux, “ Les Migrants Climatiques et L'accueil des Réfugiés en France et en Europe”, Revue Tiers Monde 2010/4, No. 204, s. 55.

²⁶ Biermann/Boas, s. 66-67.

²⁷ 2012 yılı itibarıyla 32.4 milyon iklim mültecisi bulunmaktadır. http://www.ku-reseylem.org/index.php/kampanyalar/iklim-degisikligi/nedir/439-2012-324-milyon-iklim-mueltecisi#.VVd9x_ntmkp, (27.12.2019). 2050 yılında öngörülere iklim olayları sebebiyle yer değiştiren insan sayısı 140 milyon olacaktır. Bkz. Perrat, “Les Oubliés du Droit : les Réfugiés Climatiques”, <https://www.pacte-climat.eu/fr/les-oublies-du-droit-les-refugies-climatiques/>, (27.12.2019); <https://www.banquemondiale.org/fr/news/feature/2018/03/19/meet-the-human-faces-of-climate-migration>, (27.12.2019).

²⁸ Biermann/Boas, s. 67.

²⁹ Legoux, s. 60.

ortaya çıkacaktır, bunlar, hidrometeorolojik afetler [seller, kasırgalar/ tayfunlar/siklonlar, toprak kayması (heyelan) gibi], devletler tarafından insanların yaşaması için riskli ve tehlikeli bölge olarak kabul edilen bölgeler, küçük ada devletlerinin sular altında kalabilme olasılığı, çevrenin bozulması ve yavaş yavaş yaklaşan afetler [örneğin, suya erişimin azalması, çölleşme, tekrarlayan su baskınları (seller), kıyıya yakın tatlı su kaynaklarına tuzlu su karışması gibi], iklim değişikliği sebebiyle zorunlu ve hayati kaynakların azalmasının tetiklediği silahlı çatışmalardır.³⁰ Ancak bu konuda da yazarlar arasında çeşitli tasnifler söz konusu olup, iklim mültecilerinin yer değiştirme sebepleri konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir diğer tasnife göre,³¹ makul olmayan iklim değişiklikleri (sıcak dalgalar ve yaygın tropik afetler gibi), küresel ısınma,³² kirlilik ve insandan bağımsız olan felaketler (volkan gibi), doğal kaynakların azalmasına sebep olan iklim değişikliği etkileri yer değiştirme nedenleridir.

³⁰ Olcay Ziya, "Mülteci- Göçmen Belirsizliğinde İklim Mültecileri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012 (99), s. 236-237, naklen.

³¹ Biermann/Boas, s. 63-64.

³² Küresel Isınma Raporu'na göre (Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli (IPCC) "1,5°C Küresel Isınma Özel Raporu Politikacılar Özeti", bkz. <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/spm/>, (28.12.2019), 21. yüzyılda küresel ısınma aşağıdaki sonuçlara yol açabilecektir. Avrupa'da iklim dengesizlikleri yaşanacaktır. 2010-2020 yılları arasında Avrupa kıtasında sıcaklıklarda önemli oranda azalma görülecek; fakat ABD ve Avrupa kıtasında, sıcaklığın 35 santigrat dereceyi geçtiği gün sayısı da artacaktır. İngiltere'de kutup iklimi görülecek, dondurucu soğuklar baş gösterecektir. Avrupa'da yaşanan iklimsel dengesizliklerden tarım ve ülke ekonomileri etkilenecektir

- Denizlerin yükselmesi ile kıyılardaki Avrupa kentleri sular altında kalacaktır.
- Hindistan, Güney Afrika ve Endonezya'da artan kuraklık ve açlık yüzünden iç çatışmalar yaşanacaktır.
- Suyun bol olduğu Nil, Tuna, Amazon nehirleri gibi bölgelerde su savaşları çıkacaktır.
- Savaş artık yeni bir boyut kazanacak ve hayatta kalmak uğruna yapılacaktır.
- Su ve enerji kaynaklarını korumak gerekmesiyle Japonya, Almanya, Kuzey Kore, Güney Kore, İran, Mısır gibi ülkeler nükleer silah geliştirecektir. Dünyadaki doğal kaynaklarla nüfusun beslenmesi kapasitesi arasındaki dengenin bozulması neticesinde savaş ve açlığa bağlı olarak milyonlarca kişi ölecektir. Yeryüzünde sadece doğal kaynakların beslemeye yetebileceği kadar insan yaşayacaktır.
- ABD ve Avrupa, kuraklığın dört yüz milyon insanı tehdit edeceği Afrika'dan kitlesel göçler alacaktır. Gelişmiş zengin ülkeler gelen göç akımlarından kendilerini korumak için sınırlarına duvarlar ve setler örecektir. İskandinav ülkeleri gibi kuzey ülkelerde güneye göç dalgaları yaşanacaktır. Tarihteki iklim değişiminin yol açtığı dev kitlesel göçlerin yeniden yaşanacağı tahmin edilmektedir. Mutlu/İrdem/Üre, s. 87-88, naklen.

B. Korunma İhtiyacının Uluslararası Hukuk Çerçevesindeki Görünümü Açısından

İklim mültecileri, çeşitli ülkelere 1951 Sözleşmesi'ne göre mülteci statülerinin tanınması amacıyla başvuruda bulunmuşlardır ancak bu başvurular reddedilmiştir. Örnek olarak, Iona Teitiota, Yeni Zelanda'ya göç eden ve bir *common-law* ülkesinde ilk defa iklim mülteci olarak statüsünün tanınması için başvuran kişidir. Iona Teitiota uzun yıllar önce Yeni Zelanda'ya çalışma izni alıp gitmiş bir Kiribati vatandaşıdır. Kiribati takımadalardan oluşan bir ada ülkesi olup, 1979'da İngiltere'den bağımsızlığını kazanmış BM üyesi bir ülkedir.³³ Teitiota kendisi ve ailesi için, menşe ülkesinde deniz seviyesinin yükselmesinden ve bu sebeple ülkesinin yaşanamaz hale geleceği öngörüsünden hareketle mülteci statüsünün tanınması amacıyla Yeni Zelanda'ya başvuruda bulunmuştur. Ancak Yeni Zelanda bu kişi ve ailesinin başvurusunu, ekonomik ve çevresel faktörler sebebiyle mülteci statüsü başvurusunda bulunmaları gerekçesiyle söz konusu statünün kazanılamayacağı nedeniyle reddetmiştir. Avustralya Mülteci Temyiz Mahkemesi de benzer bir karar vermiştir.³⁴ Bir Kiribati vatandaşı 2009 yılında başvuruda bulunmuştur.³⁵ Başvuru sahibi Avustralya'ya gelmeden önce Kiribati'de bir köyde yaşamakta olup bu köy deniz suyu ve şiddetli fırtınalardan olumsuz etkilenmiş, temiz içme suyu kalmamıştır. Başvuranın Kiribati içinde başka bir yere yerleşmesi çözüm olmayacaktır çünkü ülkenin tamamı sular altında kalma riski altındadır. IPCC raporlarına göre 2050 gibi yakın bir tarihte bu ülke sular altında kalabilecektir.³⁶ Ancak başvuran 1951 Sözleşmesi'nin 1/A-2 maddesindeki şartları sağlayamadığından başvurusu reddedilmiştir.

Kararlardan da anlaşıldığı üzere bu kişilerin yaşamını sürdürmesi oldukça zordur ve korunma ihtiyaçları aşikârdır. Kiribati ve Tuvalu gibi ülkelerde iklim olayları sebebiyle zarar görecektir. Küçük bir alan olmayıp ülkenin tamamıdır. Dolayısıyla öngörülen tarihte ülkeler tamamen sular altında kalacağından vatandaşlarının tâbiyet durumu

³³ Ekşi, s. 165.

³⁴ Ekşi, s. 165.

³⁵ Kişi "Koruma Vizesi" başvurusunda bulunmuştur, Koruma Vizesi verilebilmesi için başvuranın, 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu'na göre mülteci koruması kapsamına girmesi gerekmektedir. Ekşi, s. 165.

³⁶ Ekşi, s. 166.

tartışmalı hale gelecektir. Hal böyle olunca bu ülkelerde egemenlik ve vatandaşlık sorunu da gündeme gelecektir. Uluslararası hukukta vatansızlığın³⁷ önüne geçmeye çalışılmakta ve bu konuda uluslararası antlaşmalar akdedilmektedir.³⁸ Bu kişiler de öngörülen tarihte vatansız durumuna gelebileceklerinden korunmaya gereksinim duymaktadırlar. Ancak bir görüşe göre, Filistin örneği göz önünde bulundurulurken toptrağı olmayan bir devletin, devlet vasfını taşımaya devam edebilmesi mümkündür.³⁹

1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi mültecilere koruma sağlamaktadır, ancak bu sözleşme insan kaynaklı zulmü kapsayıp, iklim mültecilerini kapsam dışı tutmuştur.⁴⁰ Mülteciler, bazı durumlarda gönüllü olarak menşe ülkelerine geri dönebilmektedirler, ancak iklim mültecileri konusunda bu durum, ülkenin tamamen yok olduğu durumlarda imkânsız hale gelebilecektir. Sözleşme kapsamındaki mültecilerin, menşe ülkelerindeki rejim değişikliği gibi olaylar sonucunda gönüllü olarak ülkelerine dönebilmeleri mümkünken, iklim mültecilerinde böyle bir durum iklimsel soğumayı bekleme gibi bir imkânsızlığı gündeme getirecektir.⁴¹ Bu kişiler sağlık önlemlerin yetersizliği, çevre kirliliği gibi sebeplerin de eklenmesiyle, çok düşük bir kalitede yaşamlarını idame ettirmek zorunda kalmaktadırlar. İklim mültecileri konusunda yasal boşluğun bulunması onların korumaya ihtiyaç duymadığı anlamına gelmemektedir.⁴² Ayrıca iklim değişikliği, bazı ülkelerde nüfus yoğunluğu, işsizlik gibi mevcut sorunların üzerine artırıcı bir etki yapacaktır, bu durum üzerine Bangladeş hükümet yetkilisinin durumu

³⁷ Vatansız kişi, hiçbir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı olmayan, yani herhangi bir devletin yasalarına göre vatandaş sayılmayan kişidir. Aysel Çelikel/Günceli (Öztek) Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, İstanbul 2014, s. 18 vd.; Milletlerarası hukukta vatansız kişi, hiçbir devletin hukukuna göre vatandaş olarak kabul edilmeyen kişidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülin Güngör, *Tâbiyet Hukuku*, Ankara 2018, s. 20 vd.

³⁸ Vatansızların hukuki durumunu düzenlemek amacıyla Birleşmiş Milletlerin teşebbüsüyle 26.04.1954 tarihinde "Vatansız Kişilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme" kabul edilmiştir. Ayrıca vatansızlığı önlemek amacıyla 4.12.1954 tarihinde "Vatansızlık Hallerinin Azaltılmasına Dair Sözleşme" kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için, Çelikel/Gelgel, s. 19.

³⁹ Legoux, s. 56.

⁴⁰ Biermann/Boas, s. 72.

⁴¹ Legoux, s. 57.

⁴² Jane Mcadam, "Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is Not the Answer", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, No. 1, 2013, s. 25.

örnekleyen ifadelerine göre, “omuzlarında 40 kg yük taşıyabilen zayıf ve güçsüz bir insana 1 kg daha yük yüklendiğinde bu kişi ölmüştür, sorun şudur ki bu kişinin ölümüne sebep olan daha önce taşıdığı 40 kg mı yoksa daha sonra eklenen 1 kg mıdır?⁴³” İklim değişiklikleri ile kritikliğe yakın sistemlerde çöküşler gündeme gelecektir.⁴⁴ Bu kişilerin uluslararası hukukta korunması gerekliliği açık olmakla birlikte bu korumanın hangi zeminde yapılacağı belirsizdir. Ancak bu belirsizlik ve uluslararası hukuktaki sessizlik, bahsedilen kişilerin daha çok mağdur olmalarına yol açmaktadır.

3. İKLİM MÜLTECİLERİ SORUNU ÜZERİNE ÖNERİLEN ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

A. İklim Mültecilerinin 1951 Cenevre Sözleşmesi Kapsamına Alınmasını Savunan Görüş

İklim mültecileri sorununun ciddiyeti ve bu kişilerin uluslararası alanda korunma ihtiyacı apaçık ortadadır. İklim mültecileri, özellikle Kiribati Cumhuriyeti vatandaşları, coğrafi olarak ülkelerine yakın olması sebebiyle Avustralya ve Yeni Zelanda’ya mülteci statülerinin tanınması amacıyla başvurmuşlardır. Ancak bu kişilerin, 1951 Cenevre Sözleşmesi’ne göre yaptıkları başvurular reddedilmiştir. Bu kişilerin “mülteci” olarak kabul edilmedikleri açıktır.⁴⁵ Ancak bazı yazarlarca bu kişiler 1951 Sözleşmesi’nin kapsamına alınmalıdır, bir diğer deyişle sözleşmenin kapsamı iklim mültecilerini kapsayacak şekilde genişletilmelidir.⁴⁶ Sözleşmede zulüm sebepleri sayılmıştır ve bunlar, ırk, din, tabiiyet, belli bir toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi düşüncelerdir. Sözleşme 1951 tarihlidir, bazı yazarlarca bu sözleşme günümüz şartlarına revize edilmeli ve iklim mültecilerini de kapsamına alma-

⁴³ Mcadam, s. 13.

⁴⁴ Levent Kurnaz, Su Mücadeleleri Konferansı Videoları, “İklim Değişikliğinin ve Su Krizinin Derinleştiği Dünyada İklim Mültecileri”, <http://www.suhakki.org/2017/01/konferans-videolari-iklim-degisikliginin-ve-su-krizinin-derinlestigi-dunyada-iklim-multecileri/#.WRhX--uLTx4>, (04.01.2020).

⁴⁵ Azınlıkta kalan bir görüşe göre çevresel olaylar da zulüm sebebi sayılabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, “İklim Mültecileri”, *Göç Araştırmaları Dergisi*, C.2 S.2, Temmuz- Aralık 2016, ss. 10-58, s. 23.

⁴⁶ Myers, s. 176-177. Yazara göre, bu kişileri koruma konusunda kurumsallaşmış bir sistem bulunmamaktadır. Bu kişilerin uluslararası hukuk tarafından görmezden gelinmesi büyük zararlara sebep olacağından 1951 Sözleşmesi’nin kapsamı genişletilmelidir.

lıdır.⁴⁷ Ancak bu durum, sözleşmeyi onaylamış devletlerin tekrar bir araya gelmesini ve konu üzerinde uzlaşmalarını gerektirecektir. 1951 Sözleşmesi'nin uygulanması konusunda dahi ülkeler arasında farklı uygulamalar mevcuttur. İklim mültecileri konusunda da uygulama yeknesaklığının sağlanamaması muhtemeldir.

Ayrıca 1951 Sözleşmesi "Ülkesinde Yerinden Edilmiş Kişiler"⁴⁸ i de kapsamına almamıştır, çünkü bu kişiler ülke sınırlarını aşmamış olup, sözleşmenin ilgili maddesine göre ülkeleri dışında bulunmadıklarından, bu kişilere mülteci statüsü tanınmayacaktır. Nitekim kitlesel akınlar halinde ülke menfaatlerinin gerekli kıldığı hallerde sınırların kapatılabilmesi mümkündür.⁴⁹ Kitlesel akınlar halinde göçe sebep olacak iklim değişikliği olaylarında, bu kişiler ayrı bir grup olarak sözleşme kapsamına alınmış olsa dahi, uluslararası bir yük paylaşımının bulunmadığı hallerde *non-refoulement*⁵⁰ ilkesinin dahi sınırlanabileceği kabul görmüştür.⁵¹ Kanaatimizce bütün bu sebeplerden ötürü 1951 Sözleşmesi'nin kapsamını genişletmek bu konuda etkili bir çözüm olmayacaktır.

B. Önerilen Diğer Çözüm Yöntemleri

İklim mültecilerinin tanınması, korunması ve yeniden yerleştirilmesi amacıyla, konunun politik, yasal ve etik boyutu da göz önünde bulundurularak bu probleme yönelik *sui generis* çözüm önerileri ileri sürülmüştür.⁵² Bunlar:

⁴⁷ Legoux, s. 1.

⁴⁸ Ülkesinde Yerinden Edilmiş Kişiler (Internally Displaced Persons) hakkında ayrıntılı bilgi için Kara K. Moberg, "Extending Refugee Definitions to Cover Environmentally Displaced Persons Displaces Necessary Protection", *Iowa Law Review*, Vol. 94, No. 3, 2009, ss. 1107-1137.

⁴⁹ Roman Boed, "State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct", *Yale Human Rights and Development Law Journal* V. 3, I.1, (2000), s. 25-32.

⁵⁰ Uluslararası teamül kuralı olarak kabul edilen geri gönderme yasağı (*non-refoulement*) devletlere zulme ya da ciddi zarara uğrama riski bulunan kişileri bu riskle karşı karşıya kalacakları yerlere göndermeme sorumluluğunu yüklemektedir, bkz. Neva Övünç Öztürk, "Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 66, S. 1, 2017, s. 203.

⁵¹ Ekşi, s. 50.

⁵² Biermann/Boas, s. 75.

1. Planlı Yeniden Yerleştirme Önerisi⁵³: sel, kuraklık, fırtına gibi durumlarda felaketin öngörülebilmesi mümkün değilken felaket sonrası bu bölgedeki halkın artan risk sonucu bölgeyi terk etme ihtiyaçları öngörülebilirdir. Bu kişilerin hasar gören bölgeler dışında yeni bir yere gönüllü olarak yerleştirilmeleri önerilmektedir. Ancak bu durum endüstriyel bir planlamayı gerektirecek ve uzun zaman alacaktır. Dolayısıyla iklim mültecilerine yönelik bir rejim Cenevre Sözleşmesi kapsamındaki mültecilerden farklı olarak acil müdahale ve felaket yönetme programlarına değil, uzun vadeli, planlı ve gönüllü yerleştirme programlarına dayanmalıdır.
2. Geçici Sığınma Yerine Yeni Bir Ülkeye Yerleştirilme Önerisi: Özellikle deniz seviyesinin yükselmesi sebebiyle mutlak meskenini terk etmek zorunda kalan iklim mültecileri uzun vadede ülkelerine tekrar geri dönemeyeceklerdir. Klasik mültecilerde zulüm sona erdiğinde statü sahibi kişiler ülkelere dönebilmektedir ancak ülkesi tamamen sular altında kalmış bu kişiler için söz konusu durum imkânsızdır. Bu sebeple bu mültecileri kabul edecek kalıcı bölgeler arayışına girilmelidir.
3. Yerel Nüfus için Kolektif Haklar Önerisi: 1951 Cenevre Sözleşmesi bireysel zulüm kavramı üzerinde durmaktadır. Ancak burada ülkesindeki olağanüstü iklim olayları sebebiyle göç etmek zorunda kalan toplu bir halk söz konusu olacaktır. Bu ilkeye göre iklim mülteciliği rejimi bireysellikten öteye geçip toplu halde menşe ülkesini terk etmek zorunda kalan insanlar için (örneğin, belli ülkelerdeki, şehirlerdeki, bölgelerdeki nüfus gibi) uygun hale getirilmelidir⁵⁴.
4. İç Önlemler için Uluslararası Yardım Önerisi: Bazı durumlarda ciddi iklim olayları sadece ülkenin belli bölümlerinde hasarlar meydana getirmektedir. Uluslararası yardım ve fonlarla bu zarar gören bölgedeki kişilerin kendi ülkeleri içinde kalmalarını sağlamak amaçlanmıştır. Bu çözüm yöntemi kişilerin kendi ülkelerinde kalmalarını sağlayacak ve entegrasyon açısından daha kolay ola-

⁵³ Bu öneri, ülkenin yalnızca bazı bölümlerinin zarar görmesi durumlarına ilişkindir.

⁵⁴ Biermann/Boas, s. 75.

caktır⁵⁵, ancak bu her zaman mümkün değildir sadece iklim olayları sebebiyle belli bir bölgenin hasar görmesi durumunda uygulama alanı bulacaktır.⁵⁶

5. Uluslararası Toplumun Yükü Paylaşma Önerisi: İklim olayları sebebiyle ülkesini terk etmek zorunda kalmış insanlar sorunu küresel bir niteliğe sahip olup uluslararası toplumu ilgilendirmektedir. Dolayısıyla yükü sadece ilgili bölgelere yakın ülkeler yerine tüm uluslararası toplum üstlenmelidir⁵⁷.

Konuyla ilgili bir başka çözüm önerisi de uluslararası toplumun bu sorun karşısındaki sessizliğini yeni bir uluslararası antlaşma ile sona erdirmesi gerektiği önerisidir.⁵⁸ Maldivler, gelecekteki muhtemel iklim olaylarını göz önünde bulundurarak, hükümet temsilcilerinin, BM'nin yetkili birimlerinin ve çevre ve insan hakları organizasyonlarının da katılımıyla bir konferans düzenlemiş ve böyle bir öneride bulunmuştur.⁵⁹ Afrika Birliği'nin 1969 tarihli Afrika'daki Mülteci Sorunlarına İlişkin Özel Durumlar adlı Konvansiyonunda⁶⁰ "kamu düzenini ciddi şekilde zedeleyen olaylardan kaçan insanlar" ifadesi kullanılmıştır ve bu ifade 1951 Sözleşmesi'nden daha kapsamlıdır.⁶¹ Bu konuda uzun görüşmeler sonucu devletlerarası çok yanlı bir sözleşme yapılmalı, bu sözleşme yapılırken eşitlik, sorumluluk ve uluslararası işbirliği ilkeleri çerçevesinde hareket edilmelidir.⁶² Kanaatimizce en kısa zamanda bu konuda bir sözleşme akdedilmelidir. Nitekim uluslararası toplumun düzenleme yapmak için 2050 yılını beklemesi bazı devletler açısından onarılamaz hasarlar meydana getirebilecektir.

⁵⁵ Ancak Legoux'a göre bazı ülkeler açısından yerinde koruma adeta imkânsızdır. Legoux, s. 2.

⁵⁶ Bolivya Birleşmiş Milletler Temsilcisi Pablo Solón'un da belirttiği üzere doğa olayları sonucunda oluşan manzara paranın çözebileceği nitelikte değildir. Hodgkinson/Burton/Anderson/Young, s. 2.

⁵⁷ Biermann/Boas, s. 75.

⁵⁸ Mcadam, s. 26.

⁵⁹ Ekşi, s. 159. Male Declaration on the Human Dimension of Global Climate Change, http://www.ciel.org/Publications/Male_Declaration_Nov07.pdf (13.02.2018).

⁶⁰ The Organisation of African Unity (OAU) Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, 20.06.1964, United Nations, Treaty Series, No. 14691, bkz. <https://www.unhcr.org/about-us/background/45dc1a682/oau-convention-governing-specific-aspects-refugee-problems-africa-adopted.html>, (29.12.2019).

⁶¹ Biermann/Boas, s. 73.

⁶² Biermann/Boas, s. 76; Mcadam, s. 26.

Yasal düzenleme konusundaki bir başka öneri ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁶³ne ek bir protokolle sağlıklı ve güvenli çevre hakkının eklenmesi ile iklim mültecilerine bu şekilde bir koruma sağlanmasıdır.⁶⁴

İklim mültecileri sorunu hakkında ileri sürülen çözüm önerilerinden bir diğeri, bu kişilerin yaşamlarını idame edebilecekleri yapay adalar inşa edilmesi ve bu kişilerin inşa edilen adalara yerleştirilmesidir.⁶⁵ Bu adalarda elektrik, tarım gibi ihtiyaçların karşılanması için finansman gerekecektir ve bu finansmanın sağlanması yükünü hangi devletlerin üstleneceği konuları belirsizdir. Ayrıca bazı devletlerde savaş sonrasında ülke refahı ve ekonomisinin toparlanması dahi uzun yıllar sürmekteyken, yapay bir adada yeniden bir yaşamın tesis edilebilmesi ihtimali kanaatimizce oldukça güçtür.

İklim mültecileri sorununun çözümünde finansal kaynağa ihtiyaç duyulacağı aşikârdır. Bu kişiler, bir sığınma arayışında olacaklardır çünkü uluslararası toplum yasal bir düzenleme yapmayarak bu kişileri adeta kendi kaderlerine terk etmiştir. Bu sebeple uluslararası toplum bu konuda finansman sağlamalıdır.⁶⁶ Bu konuda bir uluslararası fon oluşturulmalı ve devletler bu fona gönüllü katkılarda bulunmalıdırlar.⁶⁷ Hatta bir "İklim Mültecileri Koruma ve Yeniden Yerleştirme Fonu" oluşturulmalı ve bu fonun etkililiğini artırmak için diğer finansal mekanizmalarla işbirliği içerisinde hareket edilmelidir.⁶⁸

Uluslararası hukukun sessiz kaldığı konularda milli hukuklar bu boşluğu doldurmalıdır, 2017 yılında Yeni Zelanda Hükümeti, iklim olayları sebebiyle yer değiştirmek zorunda kalmış insanlar için yeni

⁶³ İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Koruma Sözleşmesi 04.11.1950 tarihinde Roma'da kabul edilmiştir. Türkiye Sözleşmeyi, 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Yürürlüğe giriş tarihi 03.09.1953' tür. Bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, (07.01.2020).

⁶⁴ Mcadam, s. 7.

⁶⁵ Richard van Hooijdonk, "Artificial Islands Could Offer a Solution for Climate Migrants and the Growing Global Population", <https://richardvanhooijdonk.com/blog/en/artificial-islands-could-offer-a-solution-for-climate-migrants-and-the-growing-global-population/>, (05.01.2020).

⁶⁶ Biermann/Boas, s. 79-80.

⁶⁷ Biermann/Boas, s. 80.

⁶⁸ Biermann/Boas, s. 81.

bir vize türü oluşturmaya yönelik planlarını açıklamıştır.⁶⁹ Bu vize bu kişilerin sığınma arayışına hizmet etmektedir. Özellikle ülkenin tamamen yok olduğu durumlarda gelişmiş ülkeler bu kişilerin Cenevre Sözleşmesi kapsamında korunmaması gerektiği hususunda ısrarcı davranmışlardır ve bu yük Yeni Zelanda ve Avustralya gibi coğrafi olarak bu bölgelere yakın ülkelere devredilmiştir.⁷⁰

İklim mültecileri sorunu küresel bir sorundur ve bu konu disiplinler arası bir kavşak niteliğindedir.⁷¹ Dolayısıyla multi-disipliner olan bu konuda uluslararası toplumun yerine getirmesi gereken birtakım yükümlülükler söz konusudur. Bu kişilerin vatansızlar ve mülteciler gibi korunmaya ihtiyaç duyduğu açıktır. Ancak bu koruma 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi dışında bir sözleşmeyle sağlanmalıdır.⁷² Çünkü Cenevre Sözleşmesi bireysel statü tanınması üzerine olup insan kaynaklı zulüm nedenlerine odaklanmaktadır. Ancak, iklim mülteciliğinde kitlesel akınlar söz konusu olacaktır. Ülkede meydana gelen hasar göz önünde bulundurulmalı, gerekli durumlarda Cenevre Sözleşmesinden farklı olarak menşe ülke ile işbirliği halinde bu kişilere koruma sağlanmalıdır. Nitekim Cenevre Sözleşmesi'ne göre statü tanınan mülteciler, menşe devletlerine karşı korunmaktadırlar. Kitlesel akınlar durumunda Cenevre Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlülükler askıya alınmaktadır.⁷³ Devletler kendi politikaları çerçevesinde geçici koruma vasıtasıyla kitlesel akınlarla sınırlarına gelen kişilere koruma sağlamaktadırlar. Klasik mülteci kavramından farklı olan bu yeni kavramın Cenevre Sözleşmesi ile korunmaya çalışılması yetersiz kalacağından yeni bir sözleşme ihtiyacı açıktır. Bu konuda bir fon oluşturulmalı ve iklim mültecilerinin tanınması, korunması ve yeniden yerleştirilmelerini konu edinen bir sözleşme düzenlenmelidir.⁷⁴

⁶⁹ Perrault, <https://www.pacte-climat.eu/fr/les-oublies-du-droit-les-refugies-climatiques/>, (02.01.2020).

⁷⁰ Geremia Cometti: Réchauffement Climatique et Migrations Forcées : Le Cas de Tuvalu, Genève 2010, <https://books.openedition.org/iheid/215>, (01.01.2020).

⁷¹ Sous la Direction de Mathilde Hautereau- Boutonnet, "Quel Droit Face au Changement Climatique?", Recueil Dalloz N: 39/7664, 12 Novembre 2015, s. 2262.

⁷² Bu sözleşme ile terminolojik birlik sağlanmalı ve koruma sağlanması gereken grup belirlenmelidir. Bir başka ifadeyle iklim mülteci kavramının sınırları çizilmelidir.

⁷³ Ekşi, s.50.

⁷⁴ Bazı ülkeler iklim olaylarından çok fazla etkilenebilecek hatta tamamen yok olabilecek durumdadırlar. Bu tür durumlarda kitlesel olarak yakın ülkelere göç

Uluslararası toplum, uluslararası işbirliği ve mutlak eşitlikten ziyade eşitler arası eşitlik anlamına gelen nisbi eşitlik ilkeleri doğrultusunda hareket etmelidir.⁷⁵

SONUÇ

İklim mültecileri, çevresel mülteciler veya başka ifadelerle doktrinde ele alınan bu konu yasal bir statüye oturtulmadığı gibi bu konuda terminolojik bir birlik de söz konusu değildir. Hatta bazı yazarlarca bilinçli olarak bu kişiler için “mülteci” ifadesi kullanılmamaya çalışılmaktadır. Çünkü bu kişiler 1951 Cenevre Sözleşmesi kapsamına girmemektedirler. Bu konuda Avustralya ve Yeni Zelanda gibi iklim olayları açısından tehlike teşkil eden yerlere coğrafi olarak yakın ülkelere başvurular yapılmış olup, bu başvurular 1951 Sözleşmesi kapsamına girmediğinden reddedilmiştir.

Bazı durumlarda iklim olayları sebebiyle ülke tamamen yok olabileceğinden bu kişilerin korunma ihtiyacı açıktır. Özellikle deniz seviyesine yakın ülkelerde iklim olayları sebebiyle deniz seviyesinin yükselmesi ve ülkenin tamamen sular altında kalması söz konusu olabilecektir. Bu ülkelerin vatandaşlarının tabiiyet durumu belirsizleşecektir. Bu kişilerin korunmasını sağlayabilmek amacıyla uluslararası hukuk doktrininde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’ndeki zulüm kavramının nedenleri genişletilmeli ve iklim olayları sebebiyle menşe ülkelerini terk etmek zorunda kalan insanlar da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bir çözüm önerisine göre yapay adalar inşa edilip bu kişilerin buraya yerleştirilmesi sağlanmalıdır. Ancak kanaatimizce bu önerinin gerçekleştirilebilmesi oldukça zordur, çünkü sağlık hizmetleri, tarım, elektrik gibi

edilmektedir. Dolayısıyla koruma sağlayacak ülkenin yükünün bölüşülmesi açısından taraf devletlerce bir fon oluşturulmalıdır. İklim mültecilerini kabul eden devlet mali açıdan sıkıntılar yaşayabilecektir. Nitekim Cenevre Sözleşmesindeki mülteci koruması bireysel olup, statü tanıyan devlet kitlesel akınların aksine fafiş parasal yükümlülüklerle maruz kalmamaktadır. Bu sebeple kanaatimizce fon oluşturulması isabetli olacaktır.

⁷⁵ Hiçbir ülkenin kitlesel akınlarla tek başına mücadele etmek zorunda kalmaması amacıyla 17 Aralık 2018 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Global Compact on Refugees (Mülteciler için küresel mutabakat)’ı onaylamıştır. Bu raporda mülteci krizlerinde tüm dünyanın sorumluluğu üstlenmesi gerektiğine değinilmiştir. Bkz. https://www.unhcr.org/gcr/GCR_English.pdf, (10.01.2020), s.7.

temel ihtiyaçların sağlanabilmesi yüklü bir finansman gerektirmektedir. Bir görüş ise iklim mültecileri için uluslararası bir fon oluşturulması gerektiğini dile getirmiştir.

Bir başka görüş ise konunun önemini de göz önünde bulundurarak bu konuda, iklim mültecilerinin tanınması, korunması ve yeniden yerleştirilmesi amacıyla yeni bir uluslararası sözleşmenin akdedilmesi gereğine dikkat çekmiştir. Kanaatimizce, bu kişilerin yasal statülerini düzenleyecek bir uluslararası antlaşma yapılmalıdır. Ayrıca anlaşma ile uluslararası bir fon kurulmalı ve anlaşmadaki amaçlar doğrultusunda bu mali kaynaklar kullanılmalıdır. Bu sorun küresel bir sorun olup, uluslararası toplumu ilgilendirmektedir. Dolayısıyla uluslararası işbirliği ve nispi eşitlik ilkeleri çerçevesinde bu sorumluluk paylaşılmalıdır.

Kaynakça

- Biermann Frank/Boas Ingrid, "Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees", *Global Environmental Politics*, Vol. 10, No. 1, 2010, ss. 60-88.
- Boed Roman, "State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct", *Yale Human Rights and Development Law Journal*, V. 3, I. 1, 2000, ss. 1-44.
- Boed Roman, "The State of The Right of Asylum in International Law", *5 Duke Journal of Comparative & International Law* 1-34 (1994).
- Cometti Geremia, *Réchauffement Climatique et Migrations Forcées :Le Cas de Tuvalu*, Genève 2010, <https://books.openedition.org/iheid/215>, (01.01.2020).
- Çelikel Aysel/Gelgel Günseli, *Yabancılar Hukuku*, 20. Bası, İstanbul 2014.
- Ekşi Nuray, "İklim Mültecileri", *Göç Araştırmaları Dergisi*, C. 2 S. 2, Temmuz- Aralık 2016, ss. 10-58.
- Ekşi Nuray, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul 2014.
- Ergüven Nasih Sarp/Özturanlı Beyza, "Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 62(4), 2013, ss.1007- 1061.
- Zafer Gören, "Anayasa Hukuku açısından Sığınma Hakkı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 10, 1993, https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg10/zgoren.pdf, ss.283-322, (02.08.2019).
- Güngör Gülin, *Tabiiyet Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2018.
- Hodgkinson David/Burton Tess/Anderson Heather/Young Lucy, "The Hour When the Ship Comes in: A Convention for Persons Displaced by Climate Change" http://www.ccdpconvention.com/documents/Hour_When_Ship_Comes_In.pdf (23.12.2018)

- İnal Onur, "Yaşamak İçin Kaçanlar: Ekolojik Mülteciler", EKOIQ, 2012, <http://ekoqi.com/yasamak-icin-kacanlar-ekolojik-multeciler/> (17.12.2019).
- Kurnaz Levent, Su Mücadeleleri Konferansı Videoları, "İklim Değişikliğinin ve Su Krizinin Derinleştiği Dünyada İklim Mültecileri", <http://www.suhakki.org/2017/01/konferans-videolari-iklim-degisikliginin-ve-su-krizinin-derinlestigi-dunyada-iklim-multecileri/#.WRhX--uLTX4>, (04.01.2020).
- Legoux Luc, "Les Migrants Climatiques et L'accueil des Réfugiés en France et en Europe", *Revue Tiers Monde* 2010/4, No.204, s.55-67.
- Male Declaration on the Human Dimension of Global Climate Change, http://www.ciel.org/Publications/Male_Declaration_Nov07.pdf (13.02.2018).
- Mcadam Jane, "Swimming Against The Tide: Why A Climate Change Displacement Treaty is Not the Answer", *International Journal of Refugee Law*, Vol.23, No.1, 2011, ss.2-27.
- Moberg Kara K., "Extending Refugee Definitions to Cover Environmentally Displaced Persons Displaces Necessary Protection", *Iowa L. Rev.* 94, No. 3, 2009, ss. 1107-1136.
- Mutlu Ahmet/İrdem İbrahim/Üre Berna, "Ekolojik Mültecilik", *Memleket Siyaset Yönetimi (MSY)*, 2015, C. 10, S. 23, s. 79-118.
- Myers Norman, "Environmental Refugees", *Population and Environment: A Journal of Interdisciplinary Studies*, Vol. 19, No. 2, Oxford 1997, ss. 167-182.
- Öztürk Neva Övünç, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlili", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2012, ss. 187-229.
- Öztürk Neva Övünç, "Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 66, S. 1, 2017, ss. 201-264.
- Öztürk Neva Övünç, *Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi*, Ankara, 2015.
- Hautereau- Boutonnet Mathilde, "Quel Droit Face au Changement Climatique?", *Revue Dalloz*, N: 39/7664, 12 Novembre 2015 ss. 2260-2283.
- The Organisation of African Unity (OAU) Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, 20.06.1964, United Nations, Treaty Series, No. 14691, bkz. <https://www.unhcr.org/about-us/background/45dc1a682/oau-convention-governing-specific-aspects-refugee-problems-africa-adopted.html>, (29.12.2019).
- Perrault Gaëlle, "Les Oubliés du Droit: les Réfugiés Climatiques", <https://www.pacte-climat.eu/fr/les-oublies-du-droit-les-refugies-climatiques/>, (06.08.2019).
- Van Hooijdonk Richard, "Artificial Islands Could Offer a Solution for Climate Migrants and the Growing Global Population", <https://richardvanhooijdonk.com/blog/en/artificial-islands-could-offer-a-solution-for-climate-migrants-and-the-growing-global-population/>, (05.01.2020).
- Ziya Olcay, "Mülteci-Göçmen Belirsizliğinde İklim Mültecileri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012(99), ss. 229-240.

<https://www.banquemondiale.org/fr/news/feature/2018.03.19/meet-the-human-faces-of-climate-migration>, (27.12.2019).

https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/WGIAR5Chap29_FINAL.pdf,(01.01.2020).

<http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016.12.1951-Cenevre-Sozlesmesi-1.pdf>, (02.01.2020).

www.ombudsman.gov.tr.

www.tuicakademi.org.