

# 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. R. Erinc Sağkan  
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

### Sorumlu Müdürü / Managing Director

Av. Veli Küçük, TBB Genel Sekreteri

### Yayımdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department  
Av. Gürkan Altun, TBB Başkan Yardımcısı

### Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

### Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Gürkan Altun

Av. Veli Küçük

Av. Gökhan Bozkurt

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 Havutçu

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhuğlu

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özekes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel Özel

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sultan Üzeltürk

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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: 300 TL.

### Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

### Basım Yeri / Printed by

ARCS Matbaa

Zübeyde Hanım Mah. Aslanbey Cad.

Tuna Han No: 101/2D İskitler / ANKARA

0 (312) 384 24 01

Sertifika No: 49427

**Basım Tarihi / Printing Date : 27. 04. 2023**

\* (İsme göre alfabetik sıralanmıştır)

## TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI, YAYIN KURALLARI ve ETİK İLKELERİ

Dergi'nin yayın politikası ve etik ilkeleri, Dergi'ye yazı gönderen yazar tarafından kabul edilmiş sayılır.

Yayın, imla ve yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmeyen, Türkçenin doğru kullanılmadığı yazı, hakemlere dahi gönderilmeden diğer kriterleri taşısa da Dergi Yayın Kurulu tarafından reddedilebilecektir.

Bu nedenle her bölümdeki ilke ve kurallar yazar tarafından titizlikle kontrol edilerek uygun olmayanlar düzeltilmeli, eksiklikler giderilmelidir.

### Yayın Politikası

1. 1988 yılından bu yana yayınlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Dergi), 2002 yılından itibaren "hakemli dergi" olarak yayınlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

Dergi iki ayda bir yayınlanmakta olup yazı dili Türkçedir.

2. Dergi "hakemli" olarak TR Dizin'de taranan "hakemli bir dergi" olduğu için Dergi'ye gönderilen tüm yazıların hakemlere gönderilmesi gerekli ve zorunludur. Yazarın talebine bağlı olarak yazının hakemlere gönderilmeden yayınlanması mümkün olmayıp yazar tarafından böyle bir istekte bulunulmamalıdır.

Yazı hakemlere gönderildikten sonra hakemlerin önerisi/onayı ve editörün takdiriyle, istisnai olarak, bazı yazıların hakemsiz olarak Dergi'de yayınlanmasına karar verilebilir.

3. İlk maddedeki kural "çeviriler" için de geçerli olup çeviri olarak gönderilen yazıların makalede aranan tüm koşulları taşıması gereklidir.
4. Yazar tarafından Dergi'de yayınlanma istemiyle aynı anda sadece bir yazı gönderilebilir. Anılan yazı yayımlandıktan/değerlendirme süreci tamamlandıktan sonra ikinci yazı gönderilmelidir.
5. Yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun olması halinde, hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı, Editör tarafından yazara bildirilir.

Dergi'ye gönderilen yazıların yoğunluğu nedeniyle gelen yazıların sıraya konulması hususu ve TR Dizin 2020 yılı zorunlu kriterleri arasında yer alan "*Dergi her bir sayısında yer alacak makale sayılarının oranlı olmasına dikkat edilmeli, sayılılt arasındaki makale sayısı dengeli olmalıdır*" kuralı yazar tarafından dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Editör tarafından yazının Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, bu bildirim yazar tarafından kabul edilmiş olur (Örneğin; Şubat/2021 itibarıyla Dergi'ye bir yazı gönderildiğinde, yazının kabul edildiği ve hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, yazar bunu kabul etmiş olur ve daha sonra herhangi bir itiraz/yazının daha önceki bir sayıya alınmasını isteme gibi bir hakkı söz konusu olmaz).

Editörün bildiriminde belirtilen tarih ve sayı yazar tarafından kabul edilmediği takdirde, yazar makalesini çekmek hakkına sahip olup bu durumu derhal bildirmelidir.

6. Ön düzeltme; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde düzeltilmesini, "makalenin gönderim tarihi"; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, "makalenin kabul tarihi"; yazının hakem değerlendirme sürecinin tamamlanıp onaylandığı tarihi ifade eder.

7. Her yazı, yazara bildirilen sayının yayınlanacağı tarihe yetiyecek şekilde, -yazıların hakemlere gönderilmesi, hakemlerce onaylanması, gerekirse düzeltmelerin yapılması, tasarıma gönderilmesi, son kontrolden sonra web sitesine eklenmesi, ODİS'e ve matbaaya gönderilmesi süreçleri göz önünde bulundurularak- en az iki hakeme gönderilir.  
İki hakemden biri olumsuz kanaat belirttiği takdirde yazı üçüncü bir hakeme gönderilir veya Editör tarafından takdir hakkı kullanılır.
8. Yazı, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarın ad ve soyadı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmaz.
9. Hakem/hakemler tarafından yazının yayınlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Ret raporlarının yazara gönderilmesi zorunluluğu yoktur. Yazının yayınlanamayacağına ilişkin bildirim, yazının yayın listesinde bulunduğu sayının süreci tamamlandıktan sonra ilgili sayının yayınlanmasıyla eş zamanlı olarak yapılır.
10. Hakem rapor/raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir. Yazının düzeltilmiş hali hakeme gönderildikten sonra hakem tarafından ikinci bir düzeltme istenebilir. İkinci düzeltmeden sonra yazının hakem tarafından onaylanmaması halinde yazardan üçüncü bir düzeltme istenmez ve yazı reddedilir/reddedilmiş sayılır.  
Hakemler tarafından onaylanan/düzeltilme istenip rapora uygun olarak düzeltildikten sonra onaylanan yazı, alındığı sayının yayın listesine ilişkin süreç tamamlandıktan sonra Dergi'nin ilgili sayısında yayınlanır.  
Hakem rapor/raporlarında düzeltme istenmiş ancak raporda belirtilen hususlar yazar tarafından süresinde yerine getirilmemişse, bir defaya özgü olmak üzere yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır.
11. Yazı yukarıda 4. maddede belirtildiği şekilde yayın listesine alınmış ancak hakem raporları -çok istisnai de olsa- süresinde sunulmamışsa, yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır ve bu sayıda anılan yazıya ilişkin sürecin tamamlanması sağlanır.
12. Dergi'ye gönderilecek yazının; özgün, başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
13. Türkiye Barolar Birliği, yayınlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
14. Yazara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir.
15. Yazara, yazısının yayınlandığı sayıdan üç adet, hakemlere ise hakem incelemesi yaptıkları sayıdan birer adet Dergi gönderilir.  
Dergi'nin kitap olarak kendisine gönderilmesini isteyen yazarın, yazıyı gönderirken adresini ve telefon numarasını da belirtmiş olması gerekmektedir.
16. Talep etmeleri halinde hakemlere makalenin hakem incelemesinin yapıldığı ve raporunun hazırlandığına ilişkin bir yazı gönderilir.

### **Yayın Kuralları**

1. Yazı, [yayin@barobirlik.org.tr](mailto:yayin@barobirlik.org.tr) adresine gönderilmelidir.
2. Yazı, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
3. Yazarın ad, soyadı ve unvanını, makalede yer almasını istediği şekliyle ve Dergi'de yer alan yazı formatına uygun olarak yazıya eklemesi gereklidir.

4. Kurum, e-posta adresi, ORCID ve makalenin gönderim tarihi (ön düzeltmeden sonraki gönderim esas alınarak) bilgilerinin belirtilmesi zorunlu olup aynı sırada makalenin ilk sayfasına dipnot olarak eklenmelidir.
5. Dergi'nin belirlediği yazı formatı dışında kalan kısımlar, yazıdan çıkarılmalıdır (kapak, içindikiler, kısaltmalar vs. kısımlar).
6. Yazının ilk sayfasında makalenin başlığı, İngilizce başlık, özet, anahtar kelimeler, İngilizce özet ve İngilizce anahtar kelimeler bölümlerine belirtilen sırada yer verilmeli, bu bölümler çok uzun ise kısaltılmalıdır.
7. Dipnot numaralandırmaları, **noktalama işaretlerinden (nokta, virgül, noktalı virgül, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden)** sonra yapılmalıdır.
8. Dipnotlarda ve kaynakçada, koyu renkle, altı çizili ve/veya italik yazılan kısımlar (yayın kurallarında italik yazılacağı belirtilenler hariç) düzeltilmeli ve internet kaynaklarındaki alt çizgiler kaldırılmalıdır.
9. Dipnotlar sayfa altında gösterilmeli, dipnotlarda, yazarın adı soyadı şeklindeki düzene uyulmalı, yazar ad ve soyadının sadece baş harfleri büyük ve ad soyadının sonunda sadece virgül olmalıdır. Örneğin: Faruk Erem,  
Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırasıyla yazılmalıdır.  
Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
10. Yazının kaynakça kısmında, yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalı, varsa numaralandırmalar kaldırılmalı, yazar soyadı ve adının sadece sonuna virgül konmalıdır.  
Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.  
**Kaynakça kısmı; Kitaplar, Makaleler, Mahkeme Kararları, İnternet Kaynakları, Diğer Kaynaklar gibi bölümlere ayrılarak yazılmalıdır.**
11. Dipnotlarda ve kaynakçada yazar ve eser adlarının doğru yazıldığından emin olunmalıdır.

## İmla ve Yazım Kuralları

Aşağıdaki hususlar (yazı metni, alıntı metin, dipnot ve kaynakça dahil olmak üzere) gözden geçirilerek uygun olmayan kısımlar düzeltilmelidir:

1. Kurum, kuruluş, kurul, birleşim, oturma ve iş yeri, kanun, yönetmelik, anlaşma, sözleşme adlarına gelen eklerin kesme işaretiyle ayrılması,  
Örneğin: Anayasa Mahkemesi'nin, Avukatlık Kanunu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin
2. Eş anlamlı kelimelerden birinin tercih edilmesi ve metin içinde yeknesaklığın sağlanması için yazının tamamında sadece birinin kullanılması,  
Örneğin: Yasa veya kanun kelimelerinden birinin tercih edilip kullanılması
3. Rakamlardan sonra gelen kelimelerin küçük harfle başlaması,  
Örneğin: 5237 sayılı Kanun, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, 19. yüzyıl, 01.01.2019 tarihli, 2. baskı
4. Alm. (Almanca), İng. (İngilizce), Oğuzlar Mah. Prof. (Profesör), Dr. (Doktor), Av. (Avukat), haz. (hazırlayan), çev. (çeviren) gibi kısaltmalar hariç olmak üzere SGK, TTK, 13. CD, YHGK, TCK gibi kısaltmalarda nokta kullanılmaması,
5. Kısaltmalarda takıların kısaltma okunuşuna göre verilmesi,  
Örneğin: TCK'nın, İYUK'un

6. Kısaltmaların birden fazla kullanılış şekli varsa birinin tercih edilmesi ve metin içinde ve dipnotlarda aynı şekilde kullanılması,  
Örneğin: syf., sh., s.'den birinin tercih edilmesi
7. Noktalama işaretlerinin (**özellikle tırnak işareti ve kesme işaretinin**) yazının her yerinde aynı karakterde yazılmış olmasına özen gösterilmesi,
8. Tarih yazılışında 01.01.2019 şeklindeki kullanımın tercih edilmesi,
9. 1. veya 1'inci yazılışından birinin tercih edilmesi,
10. **Tezcan/ Erdem/ Önok, şeklinde yazılışın değil aralık verilmeden Tezcan/ Erdem/ Önok şeklinde yazılışın tercih edilmesi,**
11. Noktalama işaretlerinden (nokta, virgöl, noktalı virgöl, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) ve her kelimededen sonra bir harf boşluk bırakılmasına özen gösterilmesi,
12. Yazı içinde kullanılacak kısaltmalara; ilk seferinde açık haliyle birlikte parantez içinde kısaltılmış hali, sonrasında sadece kısaltılmış hali olmak üzere yer verilmesi,
13. Farklı kaynaklardan alıntı yapılmasından kaynaklanan her türlü farklı yazımın kontrol edilerek yeknesaklığın, yazı düzeninin sağlanması.

### Etik İlkeler

1. Yazar tarafından başka bir yazara ait yazının kendine aitmiş gibi gönderilmesi veya gönderilen yazıda büyük/küçük oranda atıf yapılmadan alıntı yapılmış olması veya yazının tamamına yakınının, atıf yapılsa da başka bir yazı/yazılardan oluşması; kişiye özgü bir durum olup sorumluluk tamamen yazara aittir.
2. Yazı, intihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayın, dilimleme, haksız yazarlık ve diğer etik ihlali türlerini içermemelidir.
3. Yazarın gönderdiği çalışmanın özgün olması Dergi kriterlerinin başında gelmektedir.
4. Yayınlanmak üzere gönderilen çalışmanın herhangi bir nedenle Dergi'den çekilmek istenmesi halinde yazıyla (maile) derhal bildirilmesi gerekir.
5. Hakem değerlendirme süreci tamamlanmış bir makale, makul bir gerekçe gösterilmeksizin yazarı tarafından geri çekilmemelidir.
6. Makalede araştırma ve yayın etiğine uyulduğuna dair ifadeye yer verilmelidir.
7. TR Dizin kriterleri gereği, etik kurul izni gerektiren çalışmalarda, izinle ilgili bilgilere (kurul adı, tarih ve sayı no) yöntem bölümünde ve ayrıca makale ilk/son sayfasında yer verilmelidir. Olgu sunumlarında, bilgilendirilmiş gönüllü olur/onam formunun imzalatıldığına dair bilgi makalede yer almalıdır. Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulması gerekmektedir.
8. Dergi tarafından farklı kurumlardan, görüş bildirdikleri konunun uzmanı olan hakemler atanmalı, tarafsızlık ve çeşitlilik ilkelerine dikkat edilmelidir.  
Hakemler, değerlendirilen yazı sahibinin tabi olduğu etik kurallara bağlı ve bu kuralları titizlikle uygulamak durumunda olmalıdırlar.  
Dergi'de yayınlanmış makalelerde kurum ve yazar çeşitliliğine özen gösterilmeli, araştırma ve yayının etiğine uygun olmayan yazılar kabul edilmemelidir.

# İÇİNDEKİLER / CONTENTS

## BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

## HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

### 1 **Aysun ALTUNKAŞ**

Türk Ceza Hukukunda Af / Amnesty or Pardon According to the Turkish Criminal Law

### 61 **Nesibe KURT KONCA / Seyhan SELÇUK**

Kripto Varlık Alacaklarına İlişkin Davalarda Görevli Mahkeme / Jurisdiction to Cases Regarding to Crypto Assets

### 101 **Ayşe Ece ACAR**

Gerçek ve Tüzel Kişilere Ait Özel Koleksiyonlara Kayıtlı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Haczi / Seizure of Movable Cultural and Natural Assets Registered in Private Collections Belonging to Real Persons and Legal Entities

### 129 **Bahadır KÖKSAL**

Sigortacılıkta Tahkimde İtiraz Hakem Heyetinin Direnme Hakkı / Tribunal's Right of Insistence in Insurance Arbitration

### 155 **Zeynep Berin MANAVGAT**

Şirketler Topluluğunda Piramit Yapılanma Kavramı ve Türkiye'deki Halka Açık Anonim Şirketler Bakımından Değerlendirilmesi / The Concept of the Pyramidal Structuring in the Group of Companies and its Evaluation in Terms of the Listed Companies in Turkey

### 193 **Selin ÖZDEN MERHACI**

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve Avrupa Birliği Direktifleri Kapsamında Bilgisayar Programlarının Kaynak Koda Çevrilmesi / Decompilation of the Computer Programs under European Union Directives and the Law on Intellectual and Artistic Works

### 221 **Nadire ÖZDEMİR / Deniz POLAT**

Anayasal İlkeler Işığında Yapay Zekâ Teknolojileri: Avukatlık Bağlamında Bir Değerlendirme / Artificial Intelligence Technologies in the Light of Constitutional Principles: A Review in the Context of Lawyers

### 243 **Muhammet Emin ERDEMLİ**

Thomas Hobbes'un Leviathan'da Sunduğu Doğa Yasalarının Siyaset Felsefesi Işığında İncelenmesi / An Analysis of The Laws of Nature Presented by Thomas Hobbes in Leviathan with Regard to Political Philosophy





# başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Mayıs-Haziran 2023 sayısı ile karşınızdayız.

\*

Dergimizin yayınlandığı Mayıs ayı itibariyle Türkiye Cumhurbaşkanlığı ve 28. Dönem Milletvekilliği seçimleri gerçekleştirilmiş olacak. Cumhurbaşkanlığı seçiminin ilk turunda hiçbir adayın yüzde elli çoğunluğa ulaşamaması halinde 28 Mayıs 2023 tarihinde ikinci tur gerçekleştirilecek. Bu yazıyı hazırlarken henüz bilemediğimiz sonuçların ülkemiz için hayırlı olmasını temenni ediyorum.

Yurttaşların özgür iradelerini sandığa yansıtarak ülkenin kaderi hakkında karar vermelerinin aracı olan seçimler, demokrasinin en temel gereğidir. Ülkemizin çok partili siyasi hayata geçtiği 1946 ve siyasi iktidarın seçim aracılığıyla el değiştirdiği 1950 tarihli seçimlerden bugüne, siyasi rekabet hukuk düzeninin gerekleri çerçevesinde sürdürülmüştür.

Türkiye Barolar Birliği, bu süreci, yurttaşların sandığa yansıyan iradelerinin sonuçlara en doğru şekilde yansımaları için "Seçmenler için Hukuk Rehberi", "Müşahitler için Seçim Rehberi" eserlerini kamuoyunun hizmetine sunma şeklinde değerlendirmiştir. Seçim gününe kadar binlerce meslektaşımıza seçim hukuku konusunda eğitim verme çalışmalarımız devam edecektir. Ayrıca seçim günü Türkiye'nin dört bir yanından gelecek ihbar ve sorulara cevap vermek üzere Türkiye Barolar Birliği Seçim Güvenliği Merkezi'nde meslektaşlarımız görev alacaklar ve seçim gününün demokrasinin gereklerine uygun şekilde geçirilmesine katkı sunacağız.

\*

Dergimizin bu sayısında sekiz hakemli makaleyi sizlere sunabilmenin kıvancını yaşıyoruz. Makalelerin hukuk sisteminin güncel so-

runlarına, bilimsel anlamda tespitler ve çözümler getirdiğini görüyoruz. Yalnızca makalelerin başlıklarına göz atmak dahi dergimizin bu sayısının katkısının önemini ortaya koyacaktır:

- Türk Ceza Hukukunda Af,
- Kripto Varlık Alacaklarına İlişkin Davalarda Görevli Mahkeme,
- Gerçek ve Tüzel Kişilere Ait Özel Koleksiyonlara Kayıtlı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Haczi,
- Sigortacılıkta Tahkimde İtiraz Hakem Heyetinin Direnme Hakkı,
- Şirketler Topluluğunda Piramit Yapılanma Kavramı ve Türkiye'deki Halka Açık Anonim Şirketler,
- Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve Avrupa Birliği Direktifleri Kapsamında Bilgisayar Programlarının Kaynak Koda Çevrilmesi,
- Anayasal İlkeler Işığında Yapay Zekâ Teknolojileri: Avukatlık Bağlamında Bir Değerlendirme,
- Thomas Hobbes'un Leviathan'da Sunduğu Doğa Yasalarının Siyaset Felsefesi Işığında İncelenmesi.

Hukukun çok farklı disiplinleri çerçevesinde dergimize katkı sağlayan yazarlara, hakemlere ve yayınlarımızın sizlere ulaşmasını sağlayan Türkiye Barolar Birliği Dergisi çalışanlarımıza teşekkür ediyorum.

Saygılarımla

**Av. R. Erinç Sağkan**

**Türkiye Barolar Birliği Başkanı**

## TÜRK CEZA HUKUKUNDA AF AMNESTY OR PARDON ACCORDING TO THE TURKISH CRIMINAL LAW

Aysun ALTUNKAŞ\*

**Özet:** Tarihte ilk örneklerinde hükümdara yakın ya da iktidarı destekleyen kişilerin cezasız kalmasına sebebiyet verdiği için eleştirilen af kurumu, bugün de siyasi ya da pragmatist saiklerle toplumsal yarar dikkate alınmaksızın ilan edilmesi nedeniyle eleştirilmeye ve tartışılmaya devam etmektedir. Bu yoğun tartışmalara ve aleyhinde ileri sürülen çeşitli görüşlere rağmen, af kurumunun Türk hukuku dahil olmak üzere hemen her hukuk sisteminde varlığını korumaya devam ettiği de bir gerçektir. Bu çalışma ile uygulanmaya başladığı ilk günden itibaren tartışmaların ve eleştirilerin odağında yer alan af kurumunun Türk hukukunda nasıl düzenlendiği, bu düzenleme şeklinin etki ve sonuçları hakkında bilgi verilmesi ve uygulamada örtülü af ilan etmek ya da af kanunları bakımından Anayasa'nın aradığı nitelikli çoğunluk kriterini dolaşmak için kullanıldığı ya da etkisi itibarıyla aslında af niteliğinde olduğu iddia edilen hapis cezasının infazının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının ertelenmesi, koşullu salıverilme gibi kurumlar ile af kurumunun benzerlik ve farklılıklarının ortaya konulması amaçlanmaktadır. Çalışmanın sonuç kısmında ise af kurumuna gerçekten ihtiyaç bulunup bulunmadığı, af kurumunun temelinde yatan amaçların başka kurumlar aracılığıyla karşılanıp karşılanamayacağı, af ilanında hangi hususlara dikkat edilmesi ya da özen gösterilmesi kaydıyla af kurumuna yönelik eleştirilerin bir nebze de olsa bertaraf edilebileceği konularında tespit ve değerlendirmelere yer verilmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Genel Af, Özel Af, Af Düzenlemelerinin Etki ve Sonuçları

**Abstract:** The institution of amnesty, which was criticized in the first examples in history for causing impunity to those who are close to the ruler or who support the government, continues to be criticized and discussed today, as it is announced with political or pragmatist motives without considering the social benefit. Despite intense criticism and various opinions put forward against it, that is also a fact that the institution of amnesty continues to maintain its existence in almost every legal system, including Turkish law. This article aims to provide information about how the amnesty institution

\* Dr. Öğr. Üyesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, aysun.altunkas@khas.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8367-3582, Makalenin Gönderim Tarihi: 20.03.2023, Kabul Tarihi: 07.05.2023

is regulated in Turkish law and the effects and the consequences of these regulations. In addition to this in practice, it is seen that institutions such as suspension of the execution of the prison sentence, suspension of the announcement of the verdict and probation are used to declare a disguised amnesty or pardon or to circumvent the qualified majority criteria sought by the Constitution, or it is claimed that they are actually in the nature of amnesty or pardon due to their effect. Because of these claims, revealing the similarities and differences between these institutions and amnesty or pardon is another aim of this article. In the conclusion part of the study, evaluations will be made about whether there is a real need for an amnesty institution, whether the underlying purposes of this institution can be met through other institutions, what issues should be paid attention to in the amnesty regulations, and criticisms against this institution can be eliminated to some extent by this way.

**Keywords:** Amnesty, Pardon, Effects and Consequences of Amnesty or Pardon Regulations

## GİRİŞ

Devlet, bir fiili suç sayıp karşılığında yaptırım uygulamakta ve uygulayacağı yaptırımın tür ve ağırlığını belirlemede takdir yetkisine sahiptir. Devletin bu yetkisini kullanırken dikkate aldığı kriter, o fiilin suç sayılmasında ve karşılığında bir yaptırım öngörülmesinde toplumsal yararın bulunmasıdır. Tıpkı bir fiili suç sayıp karşılığında bir yaptırım öngörmekte olduğu gibi, bu toplumsal yararın ortadan kalkması durumunda devlet, o fiili suç olmaktan çıkartmak konusunda da takdir yetkisine sahiptir. Devletin bu takdir yetkisi, fiilin suç sayılmaya devam edilmesine rağmen, o suçu işleyenlerin geçici süreyle cezalandırılmaması ya da o suç karşılığında öngörülen yaptırımın hafifletilmesini de kapsamına almaktadır.<sup>1</sup> Kişi özelinde ya da o suç

<sup>1</sup> Devletin, suçlar karşılığında uygulanacak cezaları belirlemek ve bunları affetmek konusunda bir hakkının mı yoksa yetkisinin mi olduğu konusundaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Harald Hoffding, "State's Authority to Punish Crime", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Year: 1912, Vol: 2, Issue: 5, pp. 691-703, Hein Online Veritabanı, E.T. 20.01.2023. Veysel Dinler, Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2013. Devletin, toplumsal sözleşmeden kaynağını alan suçları ve cezaları belirleme yetkisi olsa da, bu yetkinin affı kapsayıp kapsamadığının net olmadığına dair bkz. Ümit Kocasalak, Başlıksız, içinde; Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu, Ed. Serap Keskin Kızıroğlu, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, (93-98), s. 93. Affın bir hak değil, lütuf olduğu; bu nedenle ad hoc ve isteğe bağlı olup, kesin olarak kurala bağlanmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. Gardner, Book Review, *Nebreska Law Review* 44, 52 n. 32, 1980; aktaran; Kent A. Wilson, "Vengeance and Mercy: Implications of Psychoanalytic Theory for the

işleyen bütün failer bakımından, söz konusu suçun cezalandırılmasında toplumsal yararın kalkması ya da cezanın genel ya da özel önleme amaçlarından birinin ortadan kalkması durumunda, geçici süreyle cezalandırmama ya da cezayı hafifletme yetkisinin kullanılabilmesi kabul edilmektedir. İşte bu yollara başvurulması, devletin “af” yetkisini kullandığı anlamına gelmektedir.<sup>2</sup>

“Af”, etimolojik köken olarak, Latince ve Yunanca’da “*unutma*” anlamına gelen “*amnestia*” kelimesine dayanmaktadır. Kavram, 1570’li yıllarda “*yönetici otoritenin geçmiş suçları affetmesi*” durumunu ifade etmek üzere kullanılmaya başlamıştır.<sup>3</sup> Günümüzde ise af, suçlar karşısında cezaya hükmetme yetkisini ortadan kaldıran, hükmedilmiş cezaların kısmen veya tamamen infazına engel olan ya da hükmedilmiş cezanın hafifletilmesi sonucunu doğuran, yetkili mercilerce tesis edilen hukuki işlemler olarak tanımlanmaktadır.<sup>4</sup> Bu doğrultuda aflar,

Retributive Theory of Punishment”, *Nebraska Law Review*, 60, 1981, s. 301, Hein Online Veritabanı, E.T. 21.01.2023.

<sup>2</sup> Doğan Soyaslan, “Af”, içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, (412-437), s. 412, 413.

<sup>3</sup> “Amnesty”, Online Etymology Dictionary, <https://www.etymonline.com/word/amnesty#:~:text=1570s%2C%20%22a%20ruling%20authority's%20pardon,which%20is%20related%20to%20mnaomai>, E.T. 24.11.2022.

<sup>4</sup> Çetin Özek, “Umumi Af”, *İÜHFİM*, Yıl: 1959, Cilt: 24, Sayı: 1-4, (118-175), s. 119; Timur Demirbaş, “Af Tartışmaları ve <23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun>”, (Af Tartışmaları), içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumunda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, (78-97), s. 79; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 662. Bu tanımların, kurumların teknik hukuki tanımı olup, söz konusu kurumlar tanımlanırken bunların siyasi ve sosyal yönlerinin de dikkate alınması, bunun da ancak kurumların amaçları dikkate alınarak yapılabileceği yönünde bkz. Selahattin Keyman, *Türk Hukukunda Af*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 199, Ankara 1965, s. 54 vd. Bu doğrultuda afların, suçtan kaynaklanan mahkumiyet ve mahkumiyete bağlı sonuçları ortadan kaldırması ve unutturması itibarıyla geçmişe ve bugüne etkiliyken, cezanın çektirilmesine son verme ya da cezayı hafifleten etkileri itibarıyla geleceğe yönelik olduğuna dair tespit ve değerlendirmeler için bkz. Tolga Yıldırım, “Affın Hukuki Mahiyeti ve 2018/2929 Sayılı Kanun Teklifinin Kısa Bir Değerlendirmesi”, *TBB Dergisi*, 2020 (146), (9-53), s. 32. Affın, siyasi saiklerle ilan edilen siyasi bir tasarruf olduğuna dair bkz. Seyfullah Çakmak, “Türk Hukukunda Af Sorunu”, içinde; *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu*, Ed. Serap Keskin Kızıroğlu, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, (39-67), s. 41. Benzer şekilde affın, hukuki bir süreç sonucunda ortaya çıkıyor olsa da, hukuki değil, siyasi ve felsefi bir müessese olduğuna dair bkz. Kocasakal, s. 93.

her ne kadar devam etmekte olan kamu davasını düşürme, hükmedilmiş olan cezanın infazına engel olma ya da cezayı hafifletme şeklinde yargısal sonuçlar doğuruyor olsalar da belirli usul kurallarına göre bir hukuki uyumsuzluğu çözen ya da hukuka aykırılık iddiasını karara bağlayan işlemler olmadıklarından bir yargısal işlem niteliğinde değildirler.<sup>5</sup> Buna göre aflar, yasama organı tarafından ilan edildiklerinde ister genel af ister özel af mahiyetinde olsunlar bir kanunla ilan edildiklerinden yasama tasarrufu olarak hukuki işlem niteliğindedirler.<sup>6</sup> Anayasa m. 104/1 uyarınca yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına ait olduğundan, Cumhurbaşkanı kararı ile ilan edilen özel aflar ise yürütme tasarrufu niteliğindedirler.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Mesude Atila, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Hukuku'nda Af Kurumu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, (275-284) s. 278. Benzer değerlendirmeler için bkz. Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: III, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1997, s. 219; Adem Sözüer, "Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği İle Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu", içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, (219-252), s. 223 vd.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 753, 754; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 1052 vd.; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 744 vd.; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 1086. Affın, yargı organı tarafından uygulanmasına karar verilen müeyyidenin, hukuk dışı bir irade ile kısmen veya tamamen kaldırılması niteliğinde olduğuna dair bkz. Hakeri, s. 663. Aflar, yargısal işlem niteliğinde olmasalar dahi, mahkemeler tarafından verilip kesinleşen kararlar üzerindeki etkileri dikkate alındığında, erkler ayrılığına, mahkemelerin bağımsızlığı ve mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkelerine aykırı sonuçlar doğurabildiklerinden eleştiri konusu olduklarına dair değerlendirmeler için bkz. Keyman, s. 2; Atila, s. 279. Benzer tespitler için bkz. Ersan Şen, "Türk Ceza Hukuku Yönünden Af", içinde; *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu*, Ed. Serap Keskin Kızıroğlu, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, (101-123), s. 122. Aynı çalışmada yer verilen afların, mahkemelerin bağımsızlığının düzenlendiği Anayasa m. 138'in istisnası olduğuna dair tespit için bkz. Şen, s. 103.

<sup>6</sup> Akbulut, s. 1086. Affın, TBMM'den çıktıktan sonra yasama işlemi niteliğini aldığına dair bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 219.

<sup>7</sup> Keyman, s. 54 vd.; Akbulut, s. 1086. Affın, yasama veya yürütme organının yaptığı bir kamu hukuku tasarrufu olduğu; TBMM tarafından aflar kanunla ilan edildiklerinden, bu kanunların da diğer kanunlar ile aynı prosedüre tabi olduğu; Cumhurbaşkanının ise affı "tek taraflı bir irade ile tekemmül eden bir işlem" olarak ilan ettiği yönünde bkz. Servet Armağan, "Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirilmesi", içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler,

Af, yukarıda da ifade edildiği üzere, toplumsal yararın bulunması durumunda başvurulabilecek olan bir kurumdur.<sup>8</sup> Siyasi olayların ardından toplumsal barışı yeniden tesis etmek ya da kişinin ağır hastalığının olması gibi o kişiye yaptırım uygulanmasından beklenen amaca ulaşılmasının mümkün olmadığı örnekler bakımından bu toplumsal yararın bulunduğu kabul edilmelidir. Ancak uygulamada kurumun ilk ortaya çıktığı tarihlerde, hükümdara yakın aristokratların ve hükümdarı destekleyenlerin affedilmesinde kullanılması gibi<sup>9</sup> bugün de özellikle seçim dönemlerine yaklaşırken iktidarlar tarafından geniş kitleler teşkil eden hükümlü yakınlarının kendi siyasi partilerine oy vermelerini sağlamak gibi siyasi gayelerle af ilan edilebilmektedir.<sup>10</sup> Benzer şekilde günümüzde infaz kurumlarının aşırı doluluğu nedeniyle bu kurumları boşaltmak amacıyla af ilan edildiği de görül-

Ankara 2001, (347-362), s. 352; Atıla, s. 275, 278. Affın, suç teşkil eden fiiller için devletin tecziye yetkisini ortadan kaldıran ya da verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazına engel olan bir yasama veya yürütme işlemi olduğu yönünde bkz. Tolga Yıldırım, s. 32. Aflar, yasama organı tarafından ilan edildiğinde şekli manada bir kanunun; Cumhurbaşkanı tarafından ilan edildiğinde ise bir idari işlemin söz konusu olduğuna dair bkz. Armağan, s. 347.

<sup>8</sup> Bu hususun karşılığını, "In amnestia consistit substantia pacis" (affın içerisinde barışın cevheri gizlidir) hukuk ilkesinin oluşturduğuna dair bkz. Helmut Gropengießer, "Af-Tartışmalı Bir Hukuksal Kuruma Karşılaştırmalı ve Tarihsel Bir Bakış", (Çev. Serap Keskin Kızıroğlu), içinde; Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu, Ed. Serap Keskin Kızıroğlu, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, (26-38), s. 30. Solon ve Trasybul döneminde Atina'da ilan edilen afların ilk örneklerinin de büyük siyasi ve ekonomik krizlerin arkasından toplumsal barışın yeniden tesis edilmesi amacıyla ilan edildiğine dair bkz. The Attorney General's Survey of Release Procedures, *Pardon*, Volume: III, United States Government Printing Office, Washington 1939, s. 238, Hein Online Veritabanı, E.T. 02.03.2023.

<sup>9</sup> Bu yönde bir af kanunu örneği olarak Cengiz Kanunu'ndaki "Türkânın (asilzadenin) aynı kabahati dokuz defaya kadar affolunabilir" hükmü için ve İngiltere'de affın en eski örneklerini kraliyete isyan eden asilzadelerin affının teşkil ettiğine dair bkz. Özek, s. 122, 125. Tahta çıkma, beklenmedik askeri zaferlerin kazanılması gibi gerekçelerle af ilan edilebildiği gibi, bir kardinalin kendi şapkasını giydirmesi veya bir hayat kadınının bir kişiyle evlenmek istemesi ya da ölüm cezasının infazında kullanılan aracın tesadüfi olarak bu sonucu ortaya çıkarmaması gibi bazı ilginç durumlarda da kişilerin affedilebildiğine dair tarihi örnekler için bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 211. Siyasi saiklerle de olsa ilan edilen aflarda, kan dökmekten kaynaklı lekenin dini saflığa aykırı olması nedeniyle dini gerekçelerle bazı grupların da ilan edilen aflar kapsamına alınmadığı yönünde bkz. The Attorney General's Survey of Release Procedures, s. 237.

<sup>10</sup> Özek, s. 121, 131; Demirbaş, "Af Tartışmaları", s. 80; Tolga Yıldırım, s. 10; Armağan, s. 348, 360. Benzer tespitler için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 753; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 610; Kocasakal, s. 93 vd.

mektedir.<sup>11 12</sup> Toplumsal barışı yeniden tesis etmek ya da kişinin ağır hastalığının olması gibi gerekçelerle ilan edilen aflardan farklı olarak seçimlerde oy kazanmak ya da infaz kurumlarını boşaltmak için ilan edilen aflarda herhangi bir toplumsal yararın bulunup bulunmadığı konusu da tartışmalıdır. Öğretide 19 Eylül 1945'te Fransa'da ya da 31 Temmuz 2006'da İtalya'da ilan edilen aflarda<sup>13</sup> olduğu gibi infaz kurumlarını boşaltmak ya da istinaf mahkemelerinin iş yükünü hafiflet-

<sup>11</sup> İtalya'da 1962-1995 yılları arasında ilan edilen aflar ile infaz kurumundan salıverilenlerin oranının ortalama yüzde 35 olduğu, bu oranın bazı bölgelerde zaman zaman yüzde 80'lere kadar çıkabildiğine dair veriler için bkz. Alessandro Barbarino/Giovanni Mastrobuoni, "The Incapacitation Effect of Incarceration: Evidence From Several Italian Collective Pardons", *American Economic Journal: Economic Policy*, Year: February 2014, Volume: 6, No: 1, (1-37), s. 7, 8, [https://icproxy.khas.edu.tr:2191/stable/43189364?seq=7#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://icproxy.khas.edu.tr:2191/stable/43189364?seq=7#metadata_info_tab_contents), E.T. 16.01.2023.

<sup>12</sup> Türkiye'de ilan edilen aflar ile öncesinde ya da sonrasında yaşanan siyasi olaylar arasındaki bağlantılar ve af ilanlarının gerekçeleri konusunda yapılan ayrıntılı çalışma ve analizler için bkz. Koray Kaplıca, "Türkiye Tarihindeki Aflar", 27.08.2018, Doğruluk Payı, <https://dogrulukpayi.com/bulten/turkiye-tarihindeki-aflar>, E.T. 16.01.2023; Suat Yahyaoglu, "Türkiye'nin Genel Af Karnesi", 13.05.2018, *Jurnal. İst*, <https://www.gzt.com/jurnalist/turkiyenin-genel-af-karnesi-3356600>, E.T. 16.01.2023.

<sup>13</sup> 2006 yılında İtalya'da ilan edilen af ile, terör ve organize suçtan mahkûm olanlar hariç olmak üzere, infaz kurumunda bulunan bütün hükümlülerin cezasında üç yıllık bir indirim yapıldığı; bunun sonucunda da yaklaşık 15 bin hükümlünün infaz kurumundan salıverildiği yönünde bkz. Stefano Maffei/Isabella Merzagora Betsos, "Crime and Criminal Policy in Italy - Tradition and Modernity in Troubled Country", *European Journal of Criminology*, Volume: 4, Issue: 4, (461-482), s. 467 vd., <https://icproxy.khas.edu.tr:2176/doi/pdf/10.1177/1477370807080722>, E.T. 16.01.2023. Bu af ile infaz kurumunda bulunanların yüzde 30'unu teşkil eden yaklaşık 22 bin kişinin salıverildiğine dair bkz. Barbarino/Mastrobuoni, s. 2. Türkiye'de de bu gerekçeyi barındıran kanun teklifi olarak 24.09.2018 tarih ve 2018/2929 sayılı "Bazı Suçlarla İlgili Ceza Sürelerinden Şartlı İndirim ile Tutuklu ve Hükümlülerin Salıverilmesine Dair Kanun Teklifi" örnek verilebilir. Bu husus söz konusu kanun teklifinin genel gerekçesinde, "Günümüzde cezaevlerindeki fiziki koşullar oldukça yetersiz olup suçluyu ıslah ve rehabilite ederek topluma yeniden kazandırma işlevini hızla kaybettiği görülmektedir. Cezaevi koşullarının kapasitesinin üç dört katı kişiyi barındırması, kurum bünyesinde güven zafiyeti oluşturmaktadır. / Bir kişinin tutuklu ya da hükümlü olması, onun insan haklarından mahrum olacağı anlamına gelmez. Cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlüler yetersizlik sebebiyle nöbetleşe uyumaktadır. Mahkûmlara sağlanan barınma olanakları, özellikle uyuma yerleri, gerekli hava hacmine ve asgari alana sahip değildir. Devlet, özgürlüğü elinden alınmış kişilerin sağlığından sorumludur. / Bugün itibarıyla ülkemizde bulunan 449 cezaevinin kapasitesi 211.274'tür. Cezaevlerimizde 194.404 hükümlü, 59.131 tutuklu olmak üzere 253.535 kişi bulunmaktadır. Fiziki yetersizlikler, sosyal barışı tehdit edebilecek nitelikte olup provokasyonlara açık haldedir" ifadeleriyle ortaya konulmaktadır. Kanun teklifinin ayrıntıları ve genel gerekçesi için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0970.pdf>, E.T. 21.01.2023.



mek gibi gerekçelerle ilan edilen aflar bakımından dolayı da olsa bu yararın bulunduğu kabul edilmesi gerektiğini ifade eden görüşlere de rastlanmaktadır.<sup>14</sup> Oysa affın, siyasi amaçlarla, kişilerin işledikleri suçların ağırlığı veya gerçekten affa layık olup olmadıkları dikkate alınmaksızın ya da infaz kurumlarının aşırı doluluğu nedeniyle ilan ediliyor olması, kurumun amacıyla bağdaşmadığı gibi<sup>15</sup> kişilerde de

<sup>14</sup> Soyaslan, s. 435 vd. Ceza adalet sisteminin kaynakları kısıtlı olduğundan, ilan edilen aflar yoluyla adli yükün azaltıldığı; bu nedenle de bu gerekçelerle afların hemen hemen tüm zamanlarda ve birçok ülkede ilan edildiğine ve hoş karşılandığına; bununla birlikte adli yükün hafifletilmesi amacıyla da olsa ağır suçların affedilmemesi gerektiğine dair bkz. Gropengießer, s. 29, 36. Bununla birlikte söz konusu gerekçelerle ilan edilen afların ardından kısa süre içerisinde infaz kurumuna giren kişi sayısındaki artışı gösteren araştırmalar dikkate alındığında, suç işlenmesine doğrudan ya da dolaylı etkisi olan sosyolojik ve ekonomik etmenler giderilmediği ya da düzeltilmediği sürece, salt infaz kurumlarını boşaltmak amacıyla ilan edilen aflarda toplumsal bir yararın bulunduğu söz edilemeyeceği düşünülmektedir. Aynı yönde bkz. Türkan Yalçın Sancar, “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertilenmesine Dair Kanun’un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, içinde, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumunda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, (149-195), s. 187; Tolga Yıldırım, s. 26, 27, 48. Benzer tespitler için bkz. Çakmak, s. 52. Örneğin İtalya’da infaz kurumu doluluk oranını düşürmek için ilan edilen afların etkisini tespit etmek amacıyla, İtalyan Ulusal İstatistik Kurumu’nun (The Italian National Statistical Institute (ISTAT)) verileri esas alınarak yapılan araştırmalar, af ilan edilen yıl hariç bırakılıp, affın hemen ardından gelen yıl esas alındığında, infaz kurumu doluluk oranının, af ilan edilmeden yıllara göre iki buçuk kat daha hızlı arttığını göstermektedir. Bu araştırmalar sonucunda elde edilen veriler ve bu veriler ışığında yapılan analizlerin ayrıntıları için bkz. Barbarino/Mastrobuoni, s. 7 vd. Türkiye için de 2000 yılının sonlarında, 21 Aralık 2000’de kabul edilen 4616 sayılı Kanun’un etkileri bakımından ulaşılan benzer sonuçlar ve yapılan değerlendirmeler için bkz. Tolga Yıldırım, s. 26. Benzer tespitler için bkz. Armağan, s. 357.

<sup>15</sup> Siyasi çıkarlarla ya da infaz kurumlarını boşaltma gibi hukuki ve insani temeli olmayan düşüncelerle kullanılan af yetkisinin, toplumsal barışa katkı sağlamak bir yana, adalete olan inancı sarsacağına dair bkz. Yalçın Sancar, “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertilenmesine Dair Kanun’un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, s. 156. Benzer tespitler için bkz. Serap Keskin Kiziroğlu, “Affın Çeşitleri”, içinde; Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu, Ed. Serap Keskin Kiziroğlu, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, (68-79), s. 76; Kocasakal, s. 94. İnfaz kurumlarını boşaltmak gerekçesiyle ilan edilen afların, af gibi önemli bir konuda “Devlet” kavramının sorgulanması gibi tehlikeli sonuçlara götürebileceğine dair değerlendirmeler için bkz. Burhan Kuzu, “Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü”, içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, (254-296), s. 255. İnfaz kurumlarını boşaltmanın, affın amaçları arasında yer aldığına dair aksi yöndeki tespitler için bkz. Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 755. Zira Demirbaş’a göre, infaz ku-

suç işlese dahi cezalarımız affedilir düşüncesini uyandırarak cezanın genel önleme amacına da aykırılık teşkil etmekte,<sup>16</sup> ceza kanunlarını adeta işlevsiz hale getirerek toplumda adalete olan inancın sarsılması sonucunu doğurmaktadır.<sup>17</sup> Bu husus, *Aydınlanma Çağı'nın* önemli düşünürlerinden *Beccaria'nın Suçlar ve Cezalar Hakkında (Dei delitti e delle pene)* isimli çalışmasında, "...suçların affa uğrayabileceklerini ve cezanın suçların kaçınılmaz sonucu olmadığını göstermek, suçlularda cezasız kalma umudunu ve düşünüyü kıskırtmak demektir. Bu durum, aynı zamanda affedilmiş olan kimselerin uğradıkları cezaların yargıdan, adaletten değil, daha çok zorbalığın gücünün baskısından ve şiddetinden kaynaklandığına insanları inandırmak demektir"<sup>18</sup> ifadeleriyle ortaya konulmaktadır. Bu nedenle geçmişte hükümdara yakın ya da iktidarı destekleyen kişilerin cezasız kalmasına sebebiyet verdiği için eleştirilen kurum, bugün de siyasi ya da pragmatist saiklerle toplumsal yarar dikkate alınmaksızın ilan edilmesi nedeniyle eleştirilerin ve tartışmaların odağında yer almaya devam etmektedir.<sup>19</sup> Bu çalışma ile uygulanmaya başladığı ilk gün-

---

rumlarının boşaltılması amacıyla çıkartılan aflar yoluyla, bakım, gözetim ve beslenme masraflarında tasarruf sağlanabileceği gibi, infaz kurumu personeline de bir rahatlık sağlanacak; yine infaz kurumlarının aşırı doluluğu nedeniyle devletin infaz kurumlarında hakimiyet sağlayamaması sorunu da giderilmiş olacaktır. Bu tespit ve değerlendirmeler için bkz. Demirbaş, "Af Tartışmaları", s. 79 vd.

<sup>16</sup> Fransa'da yapılan araştırmaların, başkanlık seçimleri yaklaşırken, cezalarımız nasıl olsa affedilir düşüncesiyle, trafik kabahatlerinin sayısında önemli oranda artış olduğunu gösterdiğine dair bkz. Gropengießer, s. 29.

<sup>17</sup> N. Morris, *Future of Imprisonment*, 1974, s. 573; aktaran; Wilson, s. 301; Özek, s. 135. Sık sık af ilan edilen toplumlarda, affın uzun süreli etkisi olarak, cezaların suçlular üzerindeki caydırıcılığını azaltıp, suç işleme oranlarını artıracığına; kolluk kuvvetlerinin suçla mücadele konusundaki motivasyonlarını düşüreceğine dair tespitler için bkz. Barbarino/Mastrobuoni, s. 14, 26. Benzer tespitler için bkz. Uğur Alacakaptan, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'a Genel Bir Bakış", içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, (379-400), s. 387 vd., 399; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 754; Kocasakal, s. 97. Gerçek amacından uzaklaşılarak sık sık ilan edilen aflar nedeniyle mağdurların öç almaya yönelttiklerine, bu yolla yeni suçluların yaratıldığına dair tespitler için bkz. Öztürk/ Erdem, s. 610.

<sup>18</sup> Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2020, s. 269.

<sup>19</sup> Tarihi süreçte af kurumunda yaşanan gelişmeler, affın lehinde ve aleyhinde olmak üzere ileri sürülen görüşler ve bugüne kadar devam eden tartışmaların ayrıntıları için bkz. Norman Weisman, "A History and Discussion of Amnesty", *Columbia Human Rights Law Review*, Volume: 4, Issue: 2, Fall 1972, 529-540, Hein Online Veritabanı, E.T. 21.01.2023.

den itibaren tartışmaların odağında yer alan af kurumunun Türk hukukunda nasıl düzenlendiği, bu düzenleme şeklinin etki ve sonuçları hakkında bilgi verilmesi ve uygulamada örtülü af ilan etmek ya da af kanunları bakımından Anayasa'nın aradığı nitelikli çoğunluk kriterini dolaşmak için kullanıldığı ya da etkisi itibariyle aslında af niteliğinde olduğu iddia edilen hapis cezasının infazının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının ertelenmesi, koşullu salıverilme gibi kurumlar ile af kurumunun benzerlik ve farklılıklarının ortaya konulması amaçlanmaktadır. Çalışmanın sonuç kısmında ise af kurumuna gerçekten ihtiyaç bulunup bulunmadığı, af kurumunun temelinde yatan amaçların başka kurumlar aracılığıyla karşılanıp karşılanamayacağı, af ilanında hangi hususlara dikkat edilmesi ya da özen gösterilmesi kaydıyla af kurumuna yönelik eleştirilerin bir nebze de olsa bertaraf edilebileceği konularında tespit ve değerlendirmelere yer verilmeye çalışılacaktır.

## I. AF TÜRLERİ

Affin, yasama organı affı, yürütme organı affı, bireysel af, toplu af, şarta veya koşula bağlı af, şartsız veya koşulsuz af, mutlak af, kısmi af gibi farklı türleri olmakla birlikte<sup>20</sup> Türk hukukunda af kurumunun, sonuçları dikkate alınarak, Anayasa m. 87'de genel ve özel af olmak üzere ikiye ayrıldığı; TCK'nın 65. maddesinde de Anayasa'ya uygun şekilde affın, genel ve özel af olmak üzere iki türünün olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Bu doğrultuda devam eden başlıklar altında bu ayrımın dayandığı kriterler ve sonuçları hakkında bilgi verilmesi yoluna gidilecektir.

### 1. Genel Af

Genel af, kamu davasını düşüren, hükmolunan cezanın infazına engel olan ve cezayı tüm neticeleri ile birlikte ortadan kaldıran af türüdür (TCK m. 65/1). Genellikle siyasi veya yarı siyasi suçlar için çıkartılmakta<sup>21</sup> ve bu yolla toplumsal barışın yeniden tesis edilmesi

<sup>20</sup> Nedenleri bakımından affın, bir dönemi kapatan af, toplumsal barış affı ve hükmü düzeltici af olmak üzere üçe ayrılabilceğine dair bkz. Demirbaş, "Af Tartışmaları", s. 82. Affın, afa izlenen amaca göre, kutlama affı ya da adli yükü azaltıcı aflar, çağrı afları ve temiz sayfa afları gibi türlerinin olduğuna dair bkz. Gropengießer, s. 28 vd.

<sup>21</sup> Siyasi ya da yarı siyasi suçların kapsamını belirlemek güç olmakla birlikte, ifa-

hedeflenmektedir.<sup>22</sup> Suç teşkil eden fiiller ve bunlar karşılığında hükmedilecek yaptırımlar kanunla belirlendiğinden, bunların ortadan kaldırılması adeta “*unutulmaya bırakılması*” sonucunu doğuran, devletin bir anlamda ceza verme yetkisinden feragatini ifade eden işlemlerin de kanunla tesis edilmesi gerekmektedir.<sup>23</sup> Bu “*unutulma*” da genel affın, kişi hakkındaki kesinleşmiş mahkumiyet hükmünün adli sicilden silinmesi, kişinin adeta hiç suç işlememiş bir kişi gibi kabul edilmesi etkisinde kendisini göstermektedir.<sup>24</sup> Yine genel af ilan edilmesinin altında yatan neden, yukarıda da ifade edildiği üzere toplumsal barışın yeniden tesis edilmesi olduğundan, bu yetkinin toplumu temsil eden organ olan Meclis eliyle kullanılması gerekmektedir.<sup>25</sup> Genel af ilan etme yetkisi de Anayasa m. 87 ile TBMM’ne tanınmış durumdadır. Buna göre TBMM, üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel af ilan edebilecektir.<sup>26</sup> Dolayısıyla söz konusu düzenleme ile genel af ilan etmek için nitelikli çoğunluk aranmak suretiyle, yetkinin

---

de ya da düşünceyi açıklama özgürlüğünün kullanımından kaynaklı suçların bu kapsamda görülmesi gerektiği yönünde bkz. Tolga Yıldırım, s. 38 vd. Basın suçlarının da bu kapsamda siyasi suç olarak değerlendirilmesi gerektiğine dair tespitler için bkz. Özek, s. 145.

<sup>22</sup> Genel affın, toplumun siyasi, içtimai durumunun bazı suçların belirli dönemlerde cezalandırılmasında içtimai fayda bulunmayan zamanlarda ilan edildiğine dair bkz. Özek, s. 140. Affın tarihte bilinen ilk örneği olan Atina’ya demokrasiyi getiren General Thrasybulus’un yenilen tiranlara yönelik ilan ettiği affın, toplumsal barışı yeniden tesis ettiğine yönelik değerlendirmeler için bkz. Tolga Yıldırım, s. 11.

<sup>23</sup> Soyaslan, s. 416; Özek, s. 140, 143. Bu husus Beccaria tarafından da “Af yetkisi, hükümdarlık tahtına tanınan ve hükümdarlar tarafından her zaman istenilen çok güzel ayrıcalıklardan biridir. Ancak, yasanın tanıdığı bu ayrıcalık, aslında yine yasanın kendisi tarafından örtülü olarak onaylanmaktadır. ...Ancak af, değil mi ki, yasaları uygulayana ait değil, yasa koyucuya ait bir yetki ve erdemdir; öyleyse bireyleri ilgilendiren hükümdarlık kararlarında değil, yasalarda yer almalıdır” ifadeleriyle ortaya konulmuştur. Beccaria, s.218. Genel affın, yasama organının bir fiili geçici olarak suç olmaktan çıkartması anlamına gelip, bir fiili suç haline getirmeye yetkili olan organın, o fiili suç olmaktan çıkartma ve ona bağladığı cezayı kaldırma yetkisine de sahip olup, bu yetkinin yasama organının kanun koyma yetkisinde mündemec olduğuna dair bkz. Kemal Gözler, “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi”, içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, (298-329), s. 304 vd.

<sup>24</sup> Keyman, s. 43.

<sup>25</sup> Özek, s. 130.

<sup>26</sup> Anayasa m. 87’de “karar vermek” ifadesi kullanılmış olsa da TBMM’nin bu yetkisini Parlamento kararı şeklinde kullanamayacağı; TBMM İçtüzüğü m. 92’de “genel veya özel af ilanını içeren kanun tasarı ve teklifleri” ifadesine yer verildiğinden, bu yetkinin ancak “kanun” şeklinde kullanılabileceği yönünde bkz. Atila, s. 282.

kullanımı zorlaştırılmaktadır.<sup>27</sup> Bununla birlikte uygulamada, içeriği dikkate alındığında niteliği itibariyle aslında af kanunu olan yasal düzenlemelerin isimlerinde “af” ifadesine yer verilmeyip, “şartlı indirim”, “şartla salıverme”, “hükümlülerin salıverilmesi”, “dava ve cezaların indirilmesi” gibi ifadeler kullanılmak ya da gerekçede söz konusu düzenlemenin af olmadığını belirtilmesi suretiyle, Anayasa’nın ifade ettiği nitelikli çoğunluk aranmaksızın ilgili düzenlemelerin yasalaşmasının önünün açılmaya çalışıldığı görülmektedir.<sup>28</sup> Nitekim bu usulün izlendiği 21.05.2002 tarih ve 4758 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” un 1. maddesiyle yeniden düzenlenen 4616 sayılı Kanun’un 1. maddesinin 2. bendinde yer verilen “Müebbet ağır hapis cezasına hükümlü olanların veya şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilenlerin ya da aldıkları ceza herhangi bir nedenle şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin tâbi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıl indirilir. İndirim, verilen her bir ceza için ayrı ayrı değil, toplam ceza üzerinden bir defaya mahsus yapılır. Ancak bir kişinin muhtelif suçlarından dolayı cezaları ayrı ayrı tarihlerde verilmiş olsa bile, bu cezaların toplamı üzerinden yapılacak indirim on yılı geçemez. /Birinci paragraf hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanlar, iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve istemleri olmaksızın derhal; toplam cezaları on yıldan fazla olanlar kalan cezalarını çektikten sonra şartla salıverilirler” düzenlemesi, Anayasa’nın 87. maddesinde aranan nitelikli çoğunluk aranmaksızın kabul edildiği gerekçesiyle Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nin önüne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi bu iddiayı incelediği davada, öncelikle Anayasa’ya aykırılığı iddia edilen bu düzenlemenin bir “toplu ve şartlı özel af niteliğinde olduğuna” hükmetmiş; kanunun ismiyle bağlı kalmayarak, dava konusu kanun hükmünün niteliği itibariyle af kanunu olmasına rağmen, nitelikli çoğunlukla kabul edilmemesi gerekçesiyle kanunu Anayasa’ya aykırı bularak oybirliğiyle iptaline karar vermiş-

<sup>27</sup> Atila, s. 281; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 754.

<sup>28</sup> Bu yolla uygulamada çok adlı ama taşıdığı adlardan hiçbirinin özelliklerini yansıtmayan yasal düzenlemelerin yapıldığına dair bkz. Yalçın Sancar, “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, s. 149. Benzer değerlendirmeler için bkz. Alacakaptan, s. 381.

tir.<sup>29</sup> <sup>30</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bu değerlendirmesi ve iptal kararına rağmen yasa koyucunun benzer düzenlemeleri yapma eğiliminin devam ettiği görülmekte;<sup>31</sup> yasa koyucunun bu eğilimi, *anayasanın etra-*

<sup>29</sup> Anayasa Mahkemesi'ne göre "Anayasa'da, yasalasma süreci özel usullere bağlanmış olan yasama işlemlerinin başka isimler altında ve farklı yöntemler uygulanarak oluşturulması durumunda, Anayasa koyucunun iradesinin tam anlamıyla etkili ve egemen kılınabilmesi için bu işlemlerin anayasal denetimlerinin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerekir. / ... / Anayasa Mahkemesi'nin 18.7.2001 günlü E: 2001/4, K: 2001/332 sayılı kararıyla 4616 sayılı Kanun'un 1. maddesinin dava konusu kuralla öz yönünden farklılık içermeyen 2. bendindeki düzenlemenin de toplu ve şartlı özel af olduğu kabul edilmiştir. / Anayasa'nın 3.10.2001 günlü 4709 sayılı Kanun ile değiştirilen 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Buna göre, "af" niteliğindeki yasama işlemlerinin TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile yasalasma gerektiği açıktır. Dava konusu kural ise bu oran gözetilmeyerek 174 oyla yasalasmıştır. / Açıklanan nedenlerle, 4616 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 4758 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen 2. bendi Anayasa'nın 87. maddesine aykırıdır. İptali gerekir". Anayasa Mahkemesi, T. 28.05.2002, E. 2002/99, K. 2002/51, RG 06.11.2002, No: 24928.

<sup>30</sup> Anayasa Mahkemesi'nin iptal istemiyle önüne taşınan kanunun ismiyle bağlı olmaksızın o kanunun içeriğine bakarak değerlendirme yapması gerektiği; kanunun içeriği itibarıyla af kanunu niteliğinde olduğunu tespit etmesi halinde de yargısal denetimini Anayasa'nın ilgili maddelerini dikkate alarak yapabileceğine dair bkz. Sibel İnceoğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasası Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi", içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, (41-70), s. 54. Aynı yönde bkz. Yalçın Sancar, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", s. 188. Anayasa Mahkemesi de bu hususu, 1966 yılında verdiği bir kararında, "Anayasa Mahkemesi, bir metnin Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken, o metnin Meclislerce şu veya bu nitelikte sayılmış olmasıyla bağlı tutulamaz. Anayasa denetiminin amacı, ancak, Anayasa Mahkemesinin incelemesi için önüne getirilen metni kendi hukuk anlayışına göre nitelendirebilmesini zorunlu kılar; aksi takdirde meclislerin yanılarak nitelendirdikleri bir metnin, Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında kalması kabul edilmiş olur ki, bu da anayasa koyucunun Anayasa'ya uygunluk denetimini koymakla güttüğü amaca aykırı düşer" ifadeleriyle ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi, 19.12.1966, E. 1966/7, K. 1966/46, RG 29.01.1968, No: 12812. Bu denetimin sadece kanunlarla sınırlı olmaması gerektiği; içeriği ve etkisi itibarıyla aslında af tasarrufu niteliğinde olan bir işlemin ancak Anayasa ile kendisine af ilan etme yetkisi verilen kişi ve kurumlarca tesis edilebileceği; Anayasa ile kendisine bu yetki verilmeyen bir idari organın bu etkiyi doğuran bir idari işlem tesis edemeyeceğine dair bkz. Sözüer, s. 226.

<sup>31</sup> Bunlara örnek olarak 24.09.2018 tarih ve 2018/2929 sayılı Kanun teklifi verilebilir. Söz konusu teklifin başlığı, "Bazı Suçlarla İlgili Ceza Sürelerinden Şartla İndirme ile Tutuklu ve Hükümlülerin Salıverilmesine Dair Kanun Teklifi" olup, teklifin ne başlığında ne maddelerinde ne genel gerekçesinde ne de madde gerekçelerinde bu düzenlemenin bir af kanunu olduğu ifade edilmemektedir. Ancak teklif met-

*findan dolaşılmaya çalışıldığı* ifadeleriyle öğreti tarafından haklı olarak eleştirilmektedir.<sup>32</sup>

### a. Kapsamı

Genel af kanunları kapsamına giren suçlar, hukuki nitelemeleri, ilgili kanun maddeleri, suç karşılığında öngörülen soyut cezanın ağırlığı ya da devlet aleyhine işlenen suçlarda olduğu gibi suçun kanunda sistematik olarak düzenlendiği yer ya da bölüm dikkate alınarak belirlenebilirler. Yine 2001 yılında 4709 sayılı Kanun'la Anayasa m. 87'de yapılan değişiklikle "*Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler*" ifadesi madde metninden çıkartılmak suretiyle, TBMM devlet aleyhine işlenen suçlar dahil olmak üzere bütün suçlar bakımından af ilan etme yetkisine sahip kılınmış; bu yolla TBMM'nin af yetkisinin kapsamı genişletilmiştir.<sup>33</sup> Bu durumun tek istisnasını Anayasa m.

ninde yer alan düzenlemeler, özellikle de kapsam başlıklı 2. madde dikkate alındığında bu teklifin bir af kanunu teklifi niteliğinde olduğu açıktır. Bu kanun teklifinde yer verilen düzenlemeler ve gerekçeleri için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0970.pdf>, E.T. 21.01.2023. Bu kanun teklifi içerisinde yer alan düzenlemeler ile ilgili ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Yıldırım, s. 39 vd. 14.04.2020 tarih 7242 sayılı Kanun'un 52 ve 53. maddeleri ile CGİK geçici m. 6'da yapılan değişiklik ve eklenen geçici m. 9 düzenlemesinin ve 18.07.2021 tarih ve 7333 sayılı Kanun m. 17 ile 5941 sayılı Çek Kanunu geçici m. 5'de yapılan değişiklik düzenlemenin doğurduğu etki itibarıyla dolaylı af kanunu niteliğinde olduğuna yönelik değerlendirmeler için bkz. Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 760, 761.

<sup>32</sup> Bu tespit ve eleştiriler için bkz. Tolga Yıldırım, s. 40 vd. Benzer tespit ve değerlendirmeler ve erteleme yetkisinin sadece mahkemeler eliyle kullanılabilir bir yetki olup, TBMM'nin yargı yetkisinin kullanılması niteliğinde olan erteleme kararı veremeyeceğine, bunun Anayasa m. 6/2 son cümle uyarınca "kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisinin kullanılması" niteliğinde olduğuna dair tespitler ve bu doğrultuda AYM'nin yasama organının, kimi suçları işleyenler için "erteleme" adı altında bir düzenleme getirebileceği sonucuna vardığı 19.09.2000 tarih ve E. 1999/39, K. 2000/23 sayılı kararına yönelik haklı eleştiriler için bkz. Mustafa Ruhan Erdem, "*Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış*", içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, (17-39), s. 36, 37. Benzer tespitlerin yanında koşullu salıverilmenin koşullarının karşılanıp karşılanmadığını değerlendirme ve koşullu salıverilme kararı verme yetkisinin mahkemelere ait bir yetki olduğu, bu kararın yasama organı tarafından verilemeyeceğine dair bkz. Yalçın Sancar, "*23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları*", s. 174, 178.

<sup>33</sup> Atila, s. 281. Yasama organının, affın kişi ve madde bakımından kapsamını belirlemek konusunda geniş bir takdir yetkisi olsa da, eşitlik ilkesi ve hukuk devletinin, yasama organının bu takdir yetkisinin doğal sınırları olduğu konusunda bkz. Tolga Yıldırım, s. 34. Benzer tespitler için bkz. Yalçın Sancar, "*23 Nisan 1999 Tarihine*

169/3 uyarınca orman suçları oluşturmaktadır. Buna göre; münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkartılamayacağı gibi ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçların genel ve özel af kapsamına alınabilmesi mümkün değildir.<sup>34</sup>

Öte yandan genel affın, belli suç tiplerini kapsam dışında bırakmak ya da aftan yararlanabilmek için mükerrir olmamak, infazına başlanmış hapis cezaları bakımından infaz süresinin iyi halli olarak geçirilmiş olması gibi koşullara bağlanabilmesi mümkündür.<sup>35</sup> Aynı suç işleyenlerden mükerrir olanları ya da suçun cezasının ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hallerini işleyenleri kapsam dışında bıra-

---

Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", s. 193 vd.; Alacakaptan, s. 398 vd.; Keskin Kızıroğlu, s. 74. Uluslararası hukukta, işkence, kurşuna dizme ve gözaltında kaybolma olmak üzere üç şekilde gerçekleşen ağır insan hakları ihlalleri bakımından cezalandırma yükümlülüğü getirilerek, bu fiilleri kapsamına alan af kanunları çıkartmanın uluslararası hukukta geçerli kabul edilmeyeceğine dair tespit ve değerlendirmeler için bkz. Demirbaş, "Af Tartışmaları", s. 83 vd., 96 vd. Aynı yönde ağır uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları ihlallerinin af kapsamına alınmasının, dünya düzeninin amaç ve ilkelerine aykırı olduğu; bu ihlalleri gerçekleştirdiği iddia edilen kişilerin yargılanmasının, adaletin gereği olduğu gibi, devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri olduğuna dair tespitler için bkz. Milena Siterio, "Rethinking Amnesty", *Denver Journal of International Law and Policy*, Issue 3, Fall 2006, (373-400), s. 373, Hein Online Veritabanı, E.T. 28.02.2023. Benzer tespitler için bkz. Gropengießer, s. 33, 36 vd.; Keskin Kızıroğlu, s. 75. Soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçları gibi suçlarda affetme ve unutmaya yetkisinin, devlete değil bu suçların mağdurlarına ait olduğuna dair bkz. Cherif Bassiouni, "Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability", *Law and Contemporary Problems*, 59 (1996), (9-28), s. 19, Hein Online Veritabanı, E.T. 28.02.2023. Bu yetkinin bir diğer sınırının da affın milli karakterinden kaynaklandığı; yabancı ülkede işlenip de milli yargı yetkisi kapsamına girmeyen suçların affedilmesinin mümkün olmadığına dair bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 220. Bununla birlikte yabancı ülkede işlenmiş olsa da Türkiye'de soruşturulması ve kovuşturulması mümkün olan suçlar için af ilan edilebileceğine dair bkz. Sözüer, s. 226.

<sup>34</sup> Bu düzenlemeyle Anayasa'nın bir af yasağı öngördüğüne dair değerlendirmeler için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 755.

<sup>35</sup> Anayasa Mahkemesi, bu tip düzenlemeler barındıran 15.05.1974 tarih ve 1803 sayılı Cumhuriyetin 50. Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun'un eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla önüne taşınan davada, yasa koyucunun, suçların özelliğini ve cezaların ağırlığını göz önünde bulundurarak, çıkaracağı af kanunları ile farklı suçları işleyenleri ya da farklı cezalara çarptırılanları af kanunlarından farklı şekillerde yararlandırmak; yine haklı nedenler varsa, bazı kişileri de af kapsamı dışında bırakmak konusunda yetkisinin olduğuna; bu tür yasal düzenlemelerin yasa önünde eşitlik ilkesini zedelediğinin öne sürülebileceğine hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi, 13.03.1979, E. 1978/67, K. 1979/14, RG 24.05.1979, No: 16646.



kan genel af kanunları, kısmi genel af kanunu niteliğindedir.<sup>36</sup> Kısmi genel af kanunlarında öngörülen bu tip koşullar, aftan yararlanmak için aranan koşullar olup, koşula bağlı af ilan edildiği anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte genel af kanunlarının, kişinin aftan yararlandıktan sonra belli bir süreyi kasıtlı bir suç işlemekten geçirmesi gibi bozucu ya da yetkili makamlara teslim olma, mağdurun ya da kamunun uğradığı zararı aynen iade veya tazmin gibi geciktirici koşula bağlı olarak ilan edilmesi de mümkündür. Bu tip af kanunlarına, şarta veya koşula bağlı genel af kanunları denilir.<sup>37</sup> Affın bozucu şarta ya da koşula bağlandığı bu gibi durumlarda, kişi aftan hemen yararlanacak olmakla birlikte, bu şartın ya da koşulun gereğini yerine getirmemesi durumunda af kanunu kapsamı dışına çıkacaktır.<sup>38</sup> Affın geciktirici şarta ya da koşula bağlı olarak ilan edildiği hallerde ise kişi ancak bu koşulu yerine getirmesi kaydıyla aftan yararlanabilecektir.<sup>39</sup>

Ayrıca şu husus da ifade edilmelidir ki ceza davasını düşüren, hükmedilmiş cezanın infazına son veren ve cezayı bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldıran bir af, tek bir kişi için ilan edilmiş olsa dahi, bu af hukuken genel af niteliğindedir.<sup>40</sup> Dolayısıyla genel af kurumunun objektif, gayri şahsi ve anonim yapısı dikkate alındığında<sup>41</sup> ideal olmamakla birlikte, bireysel düzeyde de genel af ilan edilmesi mümkündür.

Öte yandan genel af kanunları, her zaman söz konusu kanunun yürürlüğe girdiği andan önce işlenen suçlar hakkında uygulanmak üzere çıkartılırlar. Zira aksi, yani genel af kanunlarının yürürlüğe gir-

<sup>36</sup> Keyman, s. 59, 61; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2020, s. 775. Bu yolla genel affın, bir nebze de olsa bireyselleştirilmesinin sağlandığına yönelik değerlendirmeler için bkz. Özek, s. 149.

<sup>37</sup> Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 220; Özek, s. 149.

<sup>38</sup> Özek, s. 169 vd.; Keyman, s. 63. Kural olarak affın geri alınması mümkün olmakla birlikte, affın bozucu şarta bağlandığı hallerde, bu şartın gerçekleşmesiyle aftan yararlanma sona ereceğinden, affın geri alınması etkisi doğurulduğuna yönelik değerlendirmeler için bkz. Keyman, s. 53.

<sup>39</sup> Keyman, s. 63; Sözüer, s. 225 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 775. Bununla birlikte bu şartın yerine getirilememesi bir mücbir sebepten kaynaklanıyorsa, bu durumun aftan yararlanmaya engel teşkil etmemesi gerektiği de ifade edilmektedir. Bu değerlendirmeler için bkz. Keyman, s. 61.

<sup>40</sup> Özek, s. 140; Sözüer, s. 240 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 775. Benzer tespitler için Gözler, s. 299.

<sup>41</sup> Özek, s. 143; Sözüer, s. 241.

diği tarihten sonra işlenen suçlar bakımından da uygulanmasına imkan tanımak, kişilerin bu suçlardan haklarında dava açılmayacağı ve ceza almayacaklarını bilmeleri anlamına geleceğinden, adeta kişileri suç işlemeye azmettirme, teşvik etme ya da suç işleme kararını kuvvetlendirme etkisi doğuracaktır.<sup>42</sup> Bununla birlikte genel af, fiili suç olmaktan çıkartmamakta, af kapsamına giren suçlar nedeniyle açılan kamu davalarını düşürmekte ya da suç karşılığında hükmedilen cezaları bütün sonuçları ile birlikte ortadan kaldırmaktadır.

Bu bağlamda şu husus da ifade edilmelidir ki, genel af kanunlarının, söz konusu kanunun yürürlüğe girdiği andan önce işlenen suçlar hakkında uygulanmak üzere ilan edilmeleri, suçun işlendiği tarihin kesin olarak belirlenemediği suçlar ya da neticesi itibariyle zarar veya somut tehlike suçları, zincirleme ya da kesintisiz suçlar bakımından genel af kanunlarının nasıl uygulanacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Bu tip tartışmalı durumlardan ilki olan suçun işlendiği tarihin kesin olarak belirlenememesinde, şüpheli, sanık veya hükümlünün lehine değerlendirme yapılması ve suçun genel af kanununun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte işlendiğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Neticesi itibariyle zarar veya somut tehlike suçları, kesintisiz ya da zincirleme suçlar bakımından yapılan değer-

<sup>42</sup> Soyaslan, s. 417, 418; Keyman, s. 136. Bu riskin doğmaması için, af kanunlarının, af ilan etmeye yönelik hazırlıklar yapılmaya başlandığı, af ilan edileceğine dair söylentiler çıkmaya başlandığı andan önce işlenmiş suçlara yönelik ilan edilmesi gerektiği yönünde bkz. Soyaslan, s. 428; Şen, "Türk Ceza Hukuku Yönünden Af", s. 111. Bu amaçla genel af kanunlarının, kanunun yayım tarihinden önceki bir tarihten önce işlenmiş suçları kapsamına alacak şekilde hazırlandığı yönündeki değerlendirmeler ve bu tip af kanunu örnekleri için bkz. Özek, s. 165; Keyman, s. 136; Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 228. Bu tarihin de af tasarılarının hükümet veya teklifte bulunan grup tarafından ilk dile getirildiği tarih olarak belirlendiğine dair bkz. Sözüer, s. 243. Benzer şekilde af kanununun, kanunun yürürlüğe girmesinden önceki belirli bir tarihe kadar, örneğin üç ya da altı ay öncesinde işlenmiş suçları kapsamına alması gerektiğine dair değerlendirmeler için bkz. Barbarino/Mastrobuoni, s. 14. Bu konuda yasama organının takdir yetkisi olmakla birlikte, bu yetkinin makul ölçütler içerisinde kullanılması gerektiği; ancak söz konusu takdir yetkisinin bu ölçütler içerisinde kullanılıp kullanılmadığını belirlemek bakımından Anayasa Mahkemesi'nin bir denetim yapmasının mümkün olmadığına dair bkz. Yalçın Sancar, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", s. 172. Bununla birlikte af kanununda bu konuda açık hüküm bulunmaması halinde, af kanunu da diğer kanunlar gibi yürürlüğe gireceğinden ancak kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş suçlar bakımından etkili olacağına dair bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 228.

lendirmelerin ise bu suçların ne zaman işlenmiş sayılacağı konusunda benimsenen görüşe bağlı olarak değişiklik gösterdiği görülmektedir. Buna göre neticesi itibariyle zarar veya somut tehlike suçlarında, neticenin gerçekleşmesinin tesadüfi olduğu, failin bunu yönlendirmesinin her zaman mümkün olmadığı gerekçesiyle suçun işlendiği anın failin iradi olarak hareketi gerçekleştirdiği an olması gerektiğini savunan görüşün esas alınması halinde, suçun af kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlenip işlenmediğinin belirlenmesinde esas alınması gereken an yani suçun işlendiği zaman, failin icra hareketini gerçekleştirdiği andır.<sup>43</sup> Suçun tamamlanması için neticenin meydana gelmesini kanunun aradığı suçlarda, suça tipikliğini kazandıranın netice olduğu gerekçesinden hareketle, suçun işlendiği anın neticenin ortaya çıktığı an olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşün esas alınması halinde ise, bu belirlemenin yapılmasında dikkate alınması gereken an neticenin gerçekleştiği zamandır.<sup>44</sup> Dolayısıyla zarar veya somut tehlike şeklindeki netice, af kanununun ilan edildiği tarihten sonra ortaya çıkmış ise failin bu af kanunundan yararlandırılması mümkün olmayacaktır. Bu açıklamalar doğrultusunda neticesi itibariyle zarar veya somut tehlike suçlarında failin ya da hükümlünün lehine sonuç doğuracak olan suçun işlendiği anın erkene çekilmesi yani hareketin yapıldığı anın esas alınması olduğundan, zarar veya somut tehlike şeklindeki neticenin af kanununun ilan edildiği tarihten sonra ortaya çıktığı hallerde suçun işlendiği anı, hareketi dikkate alarak belirleyen görüşün esas alınması suretiyle çözülmesi gerektiği düşünülmektedir. Neticenin, af kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştiği suçlar bakımından ise hangi görüş esas alınırsa alınsın, fail ya da hükümlünün, af kanunundan yararlandırılması konusunda bir tereddüt yaşanmayacaktır.

<sup>43</sup> Öztekin Tosun, Suç Hukuku El Kitabı, İstanbul 1982, s. 93, 94. Suçun netice gerçekleştiği anda işlendiğinin kabul edilmesi halinde, yapıldığı sırada suç sayılmayan bir hareketin, netice meydana geldiği anda suç sayılarak cezalandırılmasına imkan tanınacağından, neticesi hareketten ayrılabilen suçlarda, hareket ile netice farklı zamanlarda gerçekleşmişse suçun hareketin yapıldığı an işlenmiş sayılması gerektiği yönünde bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 115. Failin hukuka karşı çıktığı ve hukukun korkutucu etkisini gösterebileceği an, davranışın gerçekleştirildiği an olduğundan, suçun davranışın gerçekleştirildiği anda işlenmiş sayılması gerektiğine dair bkz. Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s. 75.

<sup>44</sup> Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: I, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1997, s. 224.

Kesintisiz suçlar bakımından ise suçun varlığından söz edilebilmesi için failin, iradi davranışına bağlı olarak suçla korunan hukuki değer üzerindeki ihlalin belli bir yoğunluğa ulaşması aranmaktadır. Bu tip bir suç bakımından suçun tamamlanma ve bitme anlarının farklılık gösterdiği bilinmektedir. Dolayısıyla suç, af kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce tamamlanıp bitmiş ise burada söz konusu suçun genel af kanununun kapsamına girdiği açıktır. Bununla birlikte af kanunu, kesinti henüz gerçekleşmeden yani suç henüz bitmemişken yürürlüğe girmiş ise, bu suçun af kanunu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda, af kanununun yürürlüğe girmesinin, kesintisizliği keseceği, suçun kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenen kısımlarının af kanunundan yararlanacağı, devam eden kısmının ise bu kapsamda görülemeyeceği yönünde görüşler ileri sürüldüğü gibi,<sup>45</sup> kesintisiz suçun bir bütün olduğu,<sup>46</sup> dolayısıyla af kanunu yürürlüğe girdiği esnada suç henüz bitmemiş, kesinti gerçekleşmemiş ise bu suçun af kanunundan yararlandırılmayacağı yönünde görüşlerin de savunulduğu görülmektedir. Bu doğrultuda failin ya da hükümlünün lehine olan, kesintisiz suçun af kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar işlenen kısmını af kanunundan yararlandırmak olsa da kesintisiz suçların bölünmez yapısı dikkate alındığında af kanununun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle devam etmekte olan kesintisiz suçları bu af kanunundan yararlandırmanın mümkün olmadığı düşünülmektedir.<sup>47</sup>

Zincirleme suç, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçun aynı mağdura karşı farklı zamanlarda işlenmesidir (TCK m. 43/1). Bu halde fail hakkında tek cezaya hükmedilmesi ancak hükmedilecek cezanın kanunda belirtilen oranda artırılması öngörülmek-

<sup>45</sup> Bu yöndeki değerlendirmeler için bkz. Keyman, s. 107; Sözüer, s. 246. Kesintisiz suçun parçalı bir yapısı olmamakla birlikte, kesintisiz suçun devamı sırasında yürürlüğe giren af kanununun, kanunun yürürlüğe girme anına kadarki kısmına uygulanacağı; bu doğrultuda af kanununun yürürlüğe girmesinden önceki kesintisiz fiili suç olmaktan çıkartacağı, kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki fiilin suç teşkil edeceği; kanunun yürürlüğe girmesinden önceki aşamada bir suçun varlığından bahsedilmesi mümkün olmadığından, kesintisiz suçun bölünebileceğinden ya da parçalı bir yapısının olduğundan söz edilmesinin de mümkün olmadığına dair değerlendirmeler için bkz. Tuğrul Katoğlu, Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 148, 151.

<sup>46</sup> Kesintisiz suçlarda hareketler birleşmesine rağmen, tek ihlal olduğundan, tek suçun bulunduğuna yönelik değerlendirmeler için bkz. Türkan Yalçın Sancar, Müteselsil Suç, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1995, s. 32.

<sup>47</sup> Bu konudaki ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. Özek, s. 166 vd.

tedir. Bu halde genel af kanununun, zincirin halkasını oluşturan tüm suçlar tamamlanmadan yürürlüğe girmesi halinde, kanunun yürürlüğe girme tarihine kadar tamamlanan halkaların bu af kanunundan yararlandırılıp yararlandırılmayacağı sorusuna da yanıt aranmalıdır. Zincirleme suçta, suçun tamamlanma anı zincirin son halkasını oluşturan suçun işlenme anıdır. Bununla birlikte zincirleme suçta, zincirin halkasını oluşturan suçların bir bütün teşkil edip etmeyeceği konusunda öğretide farklı görüşlerin savunulduğu görülmektedir. Bu doğrultuda benimsenen görüşe bağlı olarak teselsül devam ederken yürürlüğe giren af kanununun, söz konusu zincirleme suçu kapsamına alıp alamayacağı konusunda varılacak sonuç değişiklik gösterecektir. Buna göre, zincirleme suçun bir bütün olduğu görüşünün benimsenmesi halinde, teselsül devam ederken yürürlüğe giren genel af kanununun, kanunun yürürlüğe girdiği ana kadar tamamlanan halkaları kapsamına alması mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte zincirleme suçun halkalarını oluşturan suçların bağımsızlığını korudukları görüşünün esas alınması halinde<sup>48</sup> ise teselsül devam ederken yürürlüğe giren genel af kanunu, söz konusu kanunun yürürlüğe girdiği ana kadar tamamlanan halkaları kapsamına alacaktır.<sup>49</sup> Zincirleme suç, failin lehine sonuç doğurması amacıyla getirilmiş bir kurum olduğundan, fail lehine etki doğurması amacıyla getirilen bir kurumun onun aleyhine sonuç doğuracak şekilde yorumlanması mümkün değildir. Ger-

<sup>48</sup> Zincirleme suçu meydana getiren fiillerin, ancak kanunda gösterilen hususlar bakımından tek suç görüntüsü taşıdığı; bunun dışında kalan hallerde her suçun bağımsız olduğu, yani bu haller bakımından bölünüp, parçalanabilmesinin mümkün olduğuna dair tespitler için bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: I, s. 392. Benzer tespitler için bkz. Toroslu/Toroslu, s. 372, 373. Zincirleme suçta, birden çok ihlal ve ihlal sayısı kadar suç olduğu; bu suçların sadece kanunda açıkça sayılan hallerde farazi bir birlik teşkil ettiği, bunun dışında kalan hallerde her suçun bağımsızlığını koruduğu yönünde bkz. Yalçın Sancar, Mütessesil Suç, s. 32, 60. Zincirleme suç kapsamındaki suçların her birinin birbirinden bağımsız ve tek başına cezalandırılabilir nitelikte olmasının, ortada çok suç bulunduğunu gösterdiği; yasa koyucunun sadece ceza yönünden bu suçların birlikte göz önüne alınmasını istediğine dair tespitler için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 527. Zincirleme suçlarda ortada tek bir suçun değil, birden fazla suçun bulunduğu yönünde bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 676.

<sup>49</sup> Öğretide zincirleme suçların tek suç sayılıp sayılmadıkları konusunda getirilen görüşler ve bu görüşlere bağlı olarak teselsül devam ederken yürürlüğe giren genel af kanunlarının zincirleme suçlar bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağına dair varılan sonuçların ayrıntıları için bkz. Keyman, s. 110; Yalçın Sancar, Mütessesil Suç, s. 132 vd.

çekten de zincirleme suç kurallarının uygulanmaması halinde daha ağır cezalara mahkum edilecek olan fail af kanunundan yararlandırılırken; hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanarak daha hafif bir cezaya mahkum olan failin bu af kanunundan yararlandırılmayacağı sonucuna ulaşmanın hukuk mantığı çerçevesinde izahı güçtür.<sup>50</sup> Kaldı ki yasa koyucu, TCK'nın 43. maddesinde getirdiği düzenleme ile zincirleme suçun sadece ceza bakımından tek suç sayılmasını öngörmüş; TCK m. 66/6 düzenlemesiyle de zincirleme şekilde işlenen suçlarda dava zamanlaşımının son suçun işlendiği günden işlemeye başlayacağını hüküm altına almıştır. Yine CMK m. 12/2 hükmüyle, zincirleme suçlarda yer bakımından yetkili mahkemenin son suçun işlendiği yer mahkemesi olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla kanunda belirtilen bu üç hal dışında zincirin halkasını oluşturan suçların bağımsızlıklarını korudukları kabul edilerek, zincirleme suçlarda, genel af kanununun yürürlüğe girmesinden önce tamamlanan halkaların, af kanunundan yararlandırılması gerektiği düşünülmektedir.<sup>51</sup>

### **b. Genel af kanunlarının yargılama ya da mahkûmiyet kararı bakımından etki ve sonuçları**

Genel af kanunları, mahkumiyetten önce yürürlüğe girebileceği gibi; kişi hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleştikten sonra da yürürlüğe girebilirler. Mahkûmiyet öncesinde kabul edilen af kanunları da af kapsamına giren suçlarla ilgili soruşturma işlemleri devam ederken yürürlüğe girebilecekleri gibi, iş yargılama makamının önüne taşındıktan sonra yani kovuşturma evresinde de yürürlüğe girmiş olabilirler. Bu doğrultuda bu başlık altında af kanunlarının yürürlüğe girdiği ana bağlı olarak ceza yargılaması ya da kurulan mahkûmiyet kararı üzerindeki etki ve sonuçlarının değerlendirilmesi yoluna gidilecektir.

<sup>50</sup> Yalçın Sancar, Mütessesil Suç, s. 134.

<sup>51</sup> Benzer tespitler için bkz. Toroslu/Toroslu, s. 503. Kanunun belirttiği haller dışında zincirleme suçlar bölünebildiğinden, bölünen suçların her birinin af kanunu kapsamında kalması halinde zincirleme suçun da affa uğrayacağına dair bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 227 vd.; Sözüer, s. 248. Bu doğrultuda belli bir miktarın altında kalan rüşvet suçlarını kapsamına alan af kanununun, kanunda zincirleme suçun af kanunu bakımından tek suç sayılacağı belirtilmediğinden, zincirleme şekilde işlenen rüşvet suçuna uygulanıp uygulanamayacağı belirlenirken, toplam alınan rüşvet miktarının dikkate alınamayacağı, zincirin halkasını oluşturan rüşvet suçlarından, kanunla belirlenen miktarın altında kalan her rüşvet suçu bakımından kanunun uygulama alanı bulacağına dair tespitler için bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: I, s. 394.

### aa. Ceza yargılaması devam ederken yürürlüğe giren genel af kanunlarının etki ve sonuçları

Genel af kanunu, iş yargılama makamının önüne taşındıktan yani kovuşturma evresi devam ederken yürürlüğe girmiş ise bu halde verilecek karar TCK m. 65/1’de hüküm altına alınmakta ve bu halde kamu davasının düşeceği öngörülmektedir. Dolayısıyla kamu davası devam ederken bir genel af kanununun yürürlüğe girmesi halinde mahkeme, CMK m. 223/8 uyarınca düşme kararı vererek yargılamayı sonlandıracaktır. Zira genel af, TCK m. 65/1’de ifade edildiği üzere Türk Ceza Kanunu’nda öngörülen bir düşme sebebi niteliğindedir.<sup>52</sup>

Bu bağlamda kişi hakkında yargılama devam ederken yürürlüğe giren genel af kanunu, kamu davasının düşmesi sonucunu doğuracak olmakla birlikte, kişinin yargılamanın sonunda beraat etme ihtimali varsa yine de suç genel af kanunu kapsamına giriyor denilerek düşme kararı mı verilecektir, yoksa yargılamaya devam olunarak beraat kararı mı verilmelidir sorusuna da yanıt aranmalıdır. Bu sorunun yanıtı, CMK m. 223/9’da verilmiş ve derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla söz konusu düzenleme yargılamanın geldiği aşama itibariyle, derhal beraat kararının verilmesi gereken haller bakımından sorunu çözmüş görünmektedir.<sup>53</sup> Ancak af kanununun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle derhal beraat kararı verilmesi mümkün olmamakla birlikte, yargılamanın devam eden aşamalarında beraat kararı verilmesinin ihtimal dahilinde olması halinde, suç af kanunu kapsamına girdiğinden derhal düşme kararı mı verilmesi, yoksa yargılamaya devam edilerek beraat kararı verilmesi ihtimalinin gözetilmesi mi gerektiği hususundaki tartışmalar varlığını devam ettirmektedir. Bu halde yargılamayı derhal sona erdirecek olması nedeniyle düşme kararı verilmesi gerektiği ileri sürülebilirse de sanığın yargılamaya devam edilerek kendisini suç şüphesinden tamamen arındıracak olan beraat kararı verilmesini tercih edebilmesi mümkündür. Bu gibi durumlar bakımından *af kanunlarının mecburiliği ilkesinden*<sup>54</sup> ayrılılarak bu kanunların sanığın aleyhine sonuç do-

<sup>52</sup> Genel affın, kamu davasının düşmesi sonucunu doğurması nedeniyle usul huku-ku yönünden kamu davasını düşüren neden niteliği taşıdığına dair bkz. Koca/Üzülmez, s. 745.

<sup>53</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 776.

<sup>54</sup> Affın mecburiliği ilkesi, af kanunlarında aksine hüküm bulunmaması halinde, af

ğurmasına engel olmak için tercihin sanığa bırakılması, sanığın tercihi doğrultusunda yargılamaya devam olunarak hakkında beraat kararı verilmesine imkân tanınması<sup>55</sup> için Anayasa m. 87 ve TCK m. 65'de bu yönde açık hüküm olmadığından,<sup>56</sup> ilgili af kanununa bu yönde bir hüküm konulması gerektiği düşünülmektedir.<sup>57 58</sup>

kanunu kapsamına giren şüpheli, sanık veya hükümlülerin kanundan yararlanıp yararlanmamak konusunda tercih haklarının olmamasını ifade etmektedir. Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 219; Centel/Zafer/Çakmut, s. 772; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 754; Akbulut, s. 1086. Ceza kanununda bu konuda açıklık olmadığından, ilgili af kanununda aksine hüküm bulunmadığı sürece affı reddetmenin mümkün olmadığına dair benzer tespit ve değerlendirmeler için bkz. Toroslu/Toroslu, s. 501. Aynı yönde bkz. Sözüer, s. 224 vd.

55 Bu imkânın tanınmaması, kişinin hakkında uygulanan haksız tutuklama gibi tedbirler nedeniyle CMK m. 141 uyarınca tazminat alamaması sonucunu doğurması gibi sakıncalar da doğuracaktır. Benzer tespitler için bkz. İnceoğlu, s. 70 vd.; Sözüer, s. 245. Bu doğrultuda CMK m. 144/3 uyarınca genel veya özel af nedeniyle hakkında kovuşturmaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilenlerin tazminat isteyemeyeceğine dair düzenlemenin de aftan yararlanan kişinin haksız yere tutuklanmış olması mümkün olduğundan doğru bir düzenleme olmadığına dair bkz. Köksal Bayraktar, Başlıksız, içinde; Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu, Ed. Serap Keskin Kızıroğlu, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, (88-91), s. 91.

56 765 sayılı TCK gibi, 5237 sayılı TCK'nın da bu konuda susmayı tercih ettiğine dair tespitler için bkz. Tolga Yıldırım, s. 35.

57 Özek, s. 170, 171, 172; Veli Özer Özbek, Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Cilt: 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 996; Öztürk/Erdem, s. 611. Affı reddetme ve aklanmayı isteme hakkının, Anayasa m. 2 uyarınca insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olmanın ve Anayasa m. 36 uyarınca hak arama hürriyetinin gereği olduğu yönünde bkz. Atıla, s. 280 vd. Affı reddetmenin, insan hakkı olarak Anayasal bir temel hak olduğu ve bu hakkın tanınmasının, Anayasa m. 5 gereği devletin temel amaç ve görevleri arasında yer aldığına dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Zehra Odyakmaz, "1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı", içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, (364-377), s. 365 vd. Af kanununun yürürlüğe girdiği anda kesin hükümle mahkum edilmiş bulunanlar bakımından, affın mecburiliği ilkesinin geçerli olması gerektiği; ancak affın geciktirici şarta ya da koşula bağlı olarak ilan edildiği hallerde, kişi hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunsa dahi, hükümlünün bu şart ya da koşulu yerine getirmemek suretiyle aftan yararlanmamasının mümkün olduğu, bu istisnai haller bakımından da aslında dolaylı olarak affın reddine imkan tanındığına yönelik değerlendirmeler için bkz. Keyman, s. 51 vd., 61. Benzer tespitler için bkz. Sözüer, s. 224, 225 vd. Bireyin cezasının infaz edilmesinde bir hakkının olduğundan söz edilemeyeceğinden, af ilan edildiğinde cezası kesinleşmiş olan kişilere affı reddetme imkanının tanınamayacağı; hakkındaki mahkumiyet kararı kesinleşmediği için affı reddetmesine imkân tanınan kişilerin de yargılama sonunda kesin hükümle mahkûm edilmeleri halinde yine de aftan yararlanmalarına imkân tanınması gerektiğine dair bkz. Öztürk/Erdem, s. 607. Bununla birlikte öğretilde, salt maddi gerçeğe ulaşmak uğruna, hükmedilmesi halinde çekirtilmesi mümkün olmayan bir ceza doğuracak olan yargılama sürecine devam etmenin, usul ekonomisine aykırı olduğu ve külfetten başka bir şey doğurmayacağına yönelik görüşler de savunulmaktadır. Bu tespitler için bkz. Tolga Yıldırım, s. 36.

58 İlgili genel af kanunlarında tek tek bu yönde bir düzenleme getirmek yerine, bu



Bununla birlikte söz konusu genel af kanununun soruşturma evresi devam ederken yürürlüğe girmesi durumunda nasıl bir karar verileceği konusunda da kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu halde savcı, kovuşturmaya yer olmadığı kararı vererek soruşturma işlemlerini sona mı erdirecektir, yoksa suçun niteliğinin yargılama aşamasında değişmesi ihtimali bulunduğundan af kanununa rağmen iddianame düzenleyerek işi yargı makamının önüne taşıyacak ve mahkemenin yargılama konusu olayın af kanunu kapsamına girdiğini tespit etmesi ve düşme kararı vermesi mi beklenecektir? CMK m. 172/1'de getirilen düzenleme ile Cumhuriyet savcısının soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı vereceği öngörülmektedir. Bu doğrultuda soruşturma konusu suç kapsamına alan genel af kanunu soruşturma işlemleri devam ederken yürürlüğe girer ise bu kanun söz konusu suçla ilgili kovuşturma olanağını ortadan kaldıracığından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilerek soruşturma sonlandırılacaktır.<sup>59</sup> Bununla birlikte genel af kanunu, suçun niteliği dikkate alınarak ilan edilmiş ve soruşturma konusu fiilin bu nitelikte olup olmadığı konusunda bir tereddüt yaşıyorsa, Cumhuriyet savcısının ilgili suçla bağlantılı olarak yeterli delile ulaşmış olması kaydıyla bir iddianame düzenleyerek işi yargı makamının önüne taşıması, yargı makamının dava konusu fiilin, genel af kanunu kapsamına girip girmediğini belirlemesi yerinde olacaktır.<sup>60</sup>

---

riskin bertaraf edilmesi için genel kanun niteliğindeki TCK'da genel affın reddine imkân tanıyan bir hüküm ihdas edilmesi gerektiğine yönelik değerlendirmeler için bkz. Dönmezer/Erman, s. 928; aktaran, Keyman, s. 140. Benzer yönde her af kanunu bakımından aynı tartışmaların yaşanmaması için affı reddetme hakkının Anayasa'nın 87. maddesine eklenmesi gerektiğine dair değerlendirmeler için bkz. Odyakmaz, s. 377.

<sup>59</sup> Soyaslan, s. 418; Keskin Kızıroğlu, s. 68; Özek, s. 150; Şen, "Türk Ceza Hukuku Yönünden", s. 112. Genel af ilan edildiği anda, af kapsamına giren suçla ilgili henüz kamu davası açılmamışsa, bundan sonra da açılmayacağı yönünde bkz. Keyman, s. 44, 45, 65. Aynı yönde bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 225; Toroslu/Toroslu, s. 502; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 765; Koca/Üzülmez, s. 747, 749; Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayını, Ankara 2021, s. 514; Akbulut, s. 1087; Yalçın Sancar, Mütessesil Suç, s. 131 vd.; Atıla, s. 277. Söz konusu kararın, savcı tarafından re'sen verilmesi gerektiğine dair bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 231.

<sup>60</sup> Özek, s. 169. Bu hale ilişkin olarak yasal düzenlemelerde açıklık olmadığına; İtalyan Usul Kanunu'nda olduğu gibi, genel affın, hâkimin kamu davası ile ilgili bü-

Bu bağlamda genel af ilanının, fizik kimliğin tespiti ya da beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması işlemi sonucunda elde edilen bulgular üzerinde gerçekleştirilen genetik inceleme sonuçları bakımından bir etki doğurup doğurmayacağına da değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu işlemler sonucunda elde edilen verilerin yok edilmesi ile ilgili düzenleme CMK m. 80/2 ve 81/2'de yer almakta ve soruşturma evresinin kovuşturmayaya yer olmadığı kararı ile ya da kovuşturma evresinin beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile sona ermesi halinde genetik inceleme sonuçlarının ve fizik kimliğin tespiti kapsamında gerçekleştirilen kayıtların Cumhuriyet savcısı huzurunda derhal yok edilmesi hüküm altına alınmaktadır. Bu doğrultuda genel af, soruşturma işlemleri devam ederken ilan edilir ise ve söz konusu soruşturma genel af nedeniyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı ile sona erdirilir ise bu soruşturma kapsamında elde edilen genetik inceleme sonuçları ve fizik kimliğin tespiti kapsamındaki kayıtların yok edileceği açıktır. Bununla birlikte kovuşturma evresi devam ederken ilan edilen genel af, yukarıda da ifade edildiği üzere davanın düşmesi sonucunu doğuracaktır. Ancak CMK m. 80/2 ve 81/2 düzenlemelerinde, düşme kararı, genetik inceleme sonuçlarının ya da fizik kimliğin tespiti kapsamındaki kayıtların yok edilmesini gerektiren hüküm türleri arasında sayılmamaktadır. Dolayısıyla bu halde söz konusu kayıt ve veriler sistemde kalmaya devam edecektir. Bu işlemler kapsamında tespit edilen hususlar kişisel veri niteliğinde olup, yargılamanın geldiği aşama itibarıyla kişi hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunmadığı, bu kişinin yargılama sonucunda beraat etmesinin ihtimal dahilinde olduğu da dikkate alındığında, affın, mecburiliği nedeniyle ilgili kanunda aksine bir düzenlemeye yer verilmediği sürece, kişi hakkındaki kamu davasının düşmesi sonucunu doğurması nedeniyle bu verilerin sistemde kalmaya devam etmesinin kabul edilmesinin de masumiyet karinesine aykırılık teşkil edeceği açıktır. Bu doğrultuda söz konusu veri ve kayıtların, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde soruşturma evresi sonunda; beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi halinde ise

---

tün diğer meseleleri tetkik etmek ve bu hususlarda karar vermek yetkisini ortadan kaldıracığına; bu durumun tek istisnasının, hâkimin bu yöndeki değerlendirmesine kesin bir şekilde ihtiyaç olması hali olduğuna yönelik bir düzenlemeye Türk hukukunda da yer verilmesi gerektiğine dair değerlendirmeler için bkz. Keyman, s. 140.

kovuşturma evresi sonunda yok edilmesini öngören CMK m. 80/2 ve 81/2 hükümleri, ceza muhakemesi hukukunda kıyas yasağının söz konusu olduğu sınırlayıcı ve istisnai hükümler arasında yer almadığından, bu hükümlerin, genel af kanununun yürürlüğe girmesi nedeniyle kamu davasının düşme kararıyla sona erdiği hallerde de kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu düşünülmektedir. Bununla birlikte söz konusu veri ve kayıtların sistemden silinip silinemeyeceği konusunda uygulamada yaşanabilecek tereddütlerin ve uygulama farklılıklarının, dolayısıyla da hakkaniyetsiz sonuçlara varılmasının önüne geçilebilmesi için en doğrusu kanunda bu konuda açık bir düzenlemeye yer verilmesi olacaktır.

### **bb. Genel af kanununun mahkûmiyet kararı üzerindeki etki ve sonuçları**

Genel af kanunları, kişi hakkındaki mahkûmiyet kararı kurulduktan sonra yürürlüğe girebilirler. Bu kanunun kesinleşmiş mahkûmiyet kararları bakımından etkisi ise yine TCK m. 65/1'de açıkça hüküm altına alınmıştır.<sup>61</sup> Buna göre genel af halinde, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla kişinin mahkum olduğu ceza nedeniyle infaz kurumunda bulunması halinde, kişi derhal serbest bırakılacak, hakkındaki mahkûmiyet kararı da adli sicilden silinecek, bu cezanın tekerrür bakımından esas alınması<sup>62</sup>

<sup>61</sup> Genel affın, ceza ilişkisini sona erdiren bu yapısı nedeniyle maddi ceza hukuku bakımından cezayı düşüren bir neden niteliğinde olduğuna dair bkz. Koca/Üzülmez, s. 745; Şen, "Türk Ceza Hukuku Yönünden Af", s. 104.

<sup>62</sup> Bir suçun tekerrüre esas teşkil etmesi için, bu suç nedeniyle kurulan hükmün en azından kesinleşmiş olması gerektiğinden (TCK m. 58/1), genel af ise mahkûmiyet kararını ortadan kaldırıp, adli sicilden silinmesi sonucunu doğurduğundan, genel af kapsamına giren bir suçun tekerrüre esas teşkil etmemesinin adaletin ve eşitlik ilkesinin gereği olduğu yönünde bkz. Özek, s. 156. Benzer şekilde Keyman da aksi yönde yapılacak bir yorumun, genel af kapsamına giren aynı suç nedeniyle hakkında açılan kamu davası devam ederken genel aftan yararlanan kişi açısından, kamu davasının düşmesi nedeniyle kurulmuş bir hüküm söz konusu olmadığından onun ileride işlediği suçlar bakımından tekerrür hükümlerinin uygulanması imkanını ortadan kaldırırken, aynı suçtan dolayı hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleştiikten sonra genel aftan yararlanan hükümlü hakkında ileride işlediği suçlar bakımından tekerrür hükümlerinin uygulanması gibi adaletsiz sonuçlara yol açacağını; dolayısıyla genel af kapsamına giren bir suç nedeniyle kurulup kesinleşmiş mahkûmiyet kararlarının tekerrüre esas teşkil etmemesinin adaletin bir gereği olduğunu ifade etmektedir. Bu değerlendirmeler için bkz. Keyman, s. 102.

ya da ertelemeye engel olması mümkün olmayacaktır.<sup>63</sup> Bununla birlikte kişinin adli para cezasına mahkum olması halinde, bu cezanın ödenmesinden önce af kanunu yürürlüğe girer ise söz konusu adli para cezasının ortadan kalkacağı açıktır; ancak kanun para cezasının ödenmesinden sonra yürürlüğe girer ise ödenmiş olan para cezası iade edilmeyecektir (TCK m. 74/1).<sup>64</sup> TCK m. 52/4 uyarınca adli para cezasının taksitler halinde ödenmesine karar verilmiş ve genel af, bu taksitlerin tamamı ödenmeden önce yürürlüğe girmiş ise, genel af kanunu yürürlüğe girinceye kadar ödenmiş olan taksitlerin iadesi söz konusu olmayacak, ancak ödenmemiş taksitler bakımından kalan adli para cezası ortadan kalkmış kabul edilecektir. Öte yandan genel af ilanı, yargılama giderlerinin talep edilmesine de engel olacaktır (TCK m. 74/3). Ancak yargılama masrafları, genel af ilanı öncesinde zaten ödenmişse, af kanununda aksine bir hüküm getirilmediği sürece, bu masrafların iade edilmesi de söz konusu olmayacaktır.<sup>65</sup>

Öte yandan TCK m. 65/1'de "*hükmolunan ceza*"nın bütün neticeleriyle birlikte ortadan kalkacağı hüküm altına alındığından, hükmolunan yaptırımın "*güvenlik tedbiri*" niteliğinde olması halinde genel af kanununun bu tedbirleri ortadan kaldırmak gibi bir etkisi olmayacaktır.<sup>66</sup> Bununla birlikte güvenlik tedbiri, mahkumiyetin yasal sonucu olup, asıl cezaya ek bir yaptırım olarak ortaya çıkmış ise genel af, güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar üzerinde de etki doğuracaktır.<sup>67</sup> Yine TCK m. 65/1'de cezanın "*bütün neticeleri*" ile birlikte ortadan kalkacağı hüküm altına alındığından ve anılan maddenin 3. fıkrasında

<sup>63</sup> Kural bu olmakla birlikte hâkimin, affa uğramış olsa da daha önceki mahkûmiyet nedeniyle kişinin "tekrar bir suç işlemeğe konusunda" (iyi halin bulunmaması nedeniyle) kanaatinin oluşmadığını gerekçe göstererek erteleme yoluna gitmeyebileceğine dair değerlendirmeler için bkz. Keyman, s.101. Benzer değerlendirmeler için bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 236; Sözüer, s. 246.

<sup>64</sup> Soyaslan, s. 420. Genel af kanunlarının, ödenmiş adli para cezasının iadesine yönelik düzenlemeler içerebileceğine dair bkz. Özek, s. 151.

<sup>65</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 776.

<sup>66</sup> Özek, s. 154 vd.; Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 235. Benzer tespitler için bkz. Toroslu/Toroslu, s. 503. Bunun nedeninin, bu tedbirlerin amacının hakkında bu yaptırımı hükmedilen kişileri topluma yeniden kazandırmak, tedavi etmek, iyileştirmek ve aynı zamanda toplumu savunmak olduğu yönündeki tespit ve değerlendirmeler için bkz. Soyaslan, s. 420. Bu durumun nedeninin genel affın varlığına rağmen, kişinin tehlikelilik halinin devam etmesi olduğu yönündeki değerlendirmeler için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 755.

<sup>67</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 776 vd.

yer verilen düzenlemenin karşıt anlamından çıkan sonuç uyarınca cezaya bağlı olan ve hükümden belirtilen hak yoksunluklarının etkisi de ortadan kalkacaktır. Bu etkinin ortadan kalkması için yoksun kalınan hakların iadesine yönelik ayrı bir karara da ihtiyaç bulunmayacaktır.<sup>68</sup> Bu bağlamda yanıtlanması gereken bir soru da, mahkumiyetin kanuni sonucu olarak hükümlü, TCK m. 53 uyarınca sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda TBMM üyeliğinden veya devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten yoksun bırakılmışsa, genel af ilanı ile birlikte hükümlünün bu memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilme hakkını yeniden kazanacağı açık olmakla birlikte, acaba bu genel affa dayanarak örneğin memuriyete iadesini talep edebilmesi mümkün müdür? Öğretide, genel af ilanının geçmişe etkili olarak uygulanmasının mümkün olmadığı, bu nedenle de genel affa dayanılarak memuriyete iadenin zorunlu olmadığı, ancak memuriyete iade konusunda idarenin takdir hakkının olduğunun ifade edildiği görülmektedir.<sup>69</sup> Gerçekten de bu halde genel affa uğramış olsa da kişi hakkında bir kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunduğundan, genel affın geçmişe yürütülerek, kişinin memuriyete iade edilmesinin zorunlu olmadığı; genel affın yeniden memur olarak istihdam edilme hakkını kazandırmak şeklinde geleceğe yönelik etki doğurduğunun kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> Kayıhan İçel, “Anayasa Hükümleri ve Yüksek Mahkemelerin Kararları Çerçevesinde Af, Şartlı Salıverme ve Ertelemeye İlişkin Yasal Düzenlemelerin Yasaklanmış Haklar Üzerindeki Etkileri”, içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, (209-217), s. 211 vd., 217. Cezanın uygulanmasından vazgeçilip, hak yoksunluğunun devam edeceğine dair aksi yöndeki yorumların, izahı mümkün olmayan çelişkilere yol açacağına dair bkz. Kuzu, s, 291.

<sup>69</sup> Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 221 vd., 235; Özek, s. 152, 162 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 777. Genel affın amaçlarına ulaşabilmesi için geçmişe etkili olarak uygulanması gerekmele birlikte, bu ilkenin uygulanmasının çok ağır neticeler doğurabileceği bazı hallerde, af kanunlarına konulacak özel düzenlemeler ile bu etkinin ortaya çıkmasının önlenilebileceği; bu doğrultuda genel affa uğramış mahkumiyeti sebebiyle memuriyetten çıkartılmış kişinin, af sonrasında göreve iadesi konusunda idarenin takdir hakkının olduğuna dair değerlendirmeler için bkz. Keyman, s. 64, 105, 124.

<sup>70</sup> Aynı yönde genel affın, kişinin otomatik olarak göreve dönmesi sonucunu doğurmayacağı, sadece yeniden memur olma hakkını kazandırma şeklinde etki doğuracağına dair değerlendirmeler için bkz. Toroslu/Toroslu, s. 503. Genel affın, kişiye memur olma ehliyetini yeniden kazandıracak olmakla birlikte, kişinin eski memuriyetini ve özlük haklarını talep edemeyeceğine dair değerlendirmeler için bkz. Sözüer, s. 249.

Bir güvenlik tedbiri niteliğinde de olsa müsadere bakımından ise ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. TCK m. 74/1 uyarınca, genel af, müsadere olunan şeylerin geri alınmasını gerektirmez dolayısıyla genel af ilanından önce, müsadere edilmiş olan eşya veya kazancın, genel affa dayanılarak iade edilmesi söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte genel af ilan edildiği esnada bu eşya veya kazanç henüz müsadere edilmemişse, genel af ilanı ile birlikte, bu eşya veya kazancın müsadere edilmesi de mümkün olmayacaktır.

### c. Diğer Sonuçları

Genel af, kamu davasını ve kişi hakkında hükmolunan cezayı bütün neticeleriyle ortadan kaldırmakla birlikte, fiil varlığını devam ettirmektedir.<sup>71</sup> Dolayısıyla bu fiil nedeniyle kişinin özel hukuk sorumluluğu devam ettiği gibi,<sup>72</sup> bu fiilin aynı zamanda bir disiplin suçu teşkil etmesi halinde, af kanununda aksi yönde bir hüküm getirilmediği sürece, affın disiplin soruşturmaları ve disiplin cezaları üzerinde kural olarak bir etkisi bulunmamaktadır.<sup>73</sup> Bunun tek istisnası, disiplin cezasının varlığının bir mahkûmiyet kararına dayanmasının arandığı hallerdir. Bu halde af, kişi hakkındaki mahkûmiyet kararını bütün

<sup>71</sup> Genel affın, fiilin suç olma vasfını mı, yoksa devletin cezalandırma yetkisini mi ortadan kaldırdığı konusunda ileri sürülen görüşlerin ayrıntıları için bkz. Özek, s. 140 vd.

<sup>72</sup> Bunun nedeninin, genel affın, devletin kişiyi cezalandırmaktan vazgeçmesi anlamına geldiği, devletin failin bu eylemi ile ortaya çıkardığı kişisel zararları ortadan kaldırmak, yok saymak yetkisine sahip olmadığı yönündeki değerlendirmeler için bkz. Özek, s. 159. Bu sonucun yasal dayanağını, kamu davasının düşmesinin, malların geri alınması ve uğranılan zararın tazmini için açılan şahsi hak davasını etkilemeyeceğine dair düzenleme getiren TCK m. 74/2'nin teşkil ettiği için bkz. Koca/Üzülmez, s. 745.

<sup>73</sup> Sözüer, s. 244, 250; Öztürk/Erdem, s. 611. Devletin, ancak hiyerarşik amir sıfatıyla hareket ederek verdiği disiplin cezalarını affedebileceği; üniversiteler ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları gibi özerk yapıya sahip olan kamu kurum veya kuruluşlarınca verilen disiplin cezalarını ve disiplin soruşturmalarını sona erdiren af kanunları çıkartılmaması gerektiğine dair bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 221. Durum bu olmakla birlikte uygulamada disiplin soruşturma ve cezalarını da kapsamına alan af kanunu örneği için bkz. Dönmezer/Erman, Cilt:III, s. 223. Uygulamada disiplin suçlarını kapsamına alan bu tip af kanunlarının sıklıkla ilan edilmesinin, kamu görevlilerini, kamu hizmetlerinin gereklerine özen göstermemeye yöneltebileceğine ve kamu hizmetine yansıtacağına dair değerlendirmeler için bkz. Turan Yıldırım, "Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı", içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, (438-449), s. 446 vd., 448 vd.

neticeleri ile birlikte ortadan kaldırdığından bu karara dayanılarak bir disiplin cezasına hükmedilmesi mümkün olmayacaktır.<sup>74</sup>

Benzer şekilde TCK m. 65/1'de getirilen düzenleme ile genel affın, kamu davaları ve hükmedilen cezalar bakımından bunları ortadan kaldırıcı etkisi açıkça düzenlendiğinden, ilgili kanunda ayrıca ve açıkça bir düzenleme getirilmez ise bu kanunlar, kişiler hakkında aynı fiil nedeniyle devam etmekte olan idari davalar ya da idari yaptırımlar üzerinde de bir etki doğurmayacaktır.<sup>75</sup>

## 2. Özel Af

Özel af, kişi hakkında hükmedilen hapis cezasının çektirilmesine son veren, bu hapis cezasının süresini kısaltan ya da hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi sonucunu doğuran af türüdür. Bu husus, TCK'nın 65. maddesinin 2. fıkrasında "*Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir*" hükmü ile ortaya konulmuştur. Buna göre bu af türü ile hükümlünün mahkum olduğu hapis cezası varlığını devam ettirmesine rağmen ya bu cezanın infaz kurumunda çektirilmesi sonlandırılmakta, ya bu süre kısaltılmakta ya da hapis cezası adli para cezasına çevrilmek suretiyle cezanın türü hafifletilmektedir.<sup>76 77</sup> Dolayısıyla bu düzenleme ile 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, 5237 sayılı TCK'nda özel af, sadece hapis cezaları bakımından kabul edilmiş; adli para cezasının özel af suretiyle kaldırılması veya azaltılması imkanı ortadan kaldırılmıştır.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> Soyaslan, s. 419 vd.; Özek, s. 161 vd.; Keyman, s. 120, 126; Centel/Zafer/Çakmut, s. 777. Bu halde kişi hakkında uygulanan yaptırımın, bir disiplin cezasından çok ceza kanununa fer'i olarak eklenen bir ceza olduğu; bu nedenle de bu halde af kanununun disiplin cezasını da ortadan kaldıracağı kabul edilmesi gerektiğine dair bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 222; Sözüer, s. 250.

<sup>75</sup> Soyaslan, s. 420.

<sup>76</sup> Özel affın bu sonuçları dikkate alındığında kurumun, infaz kurumu niteliği kazandığına dair bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 756.

<sup>77</sup> İtalya'da da genel af (amnesty), kişi hakkındaki mahkumiyeti bütün sonuçları ile birlikte ortadan kaldırırken; özel af (pardon), sadece mahkûmiyet kararının bir kısmının ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaktadır. Yine iki af türü arasındaki bir diğer fark, özel affa uğrayan kişinin, beş yıllık süre içerisinde yeni bir suç işlemesi halinde, kalan cezası yeni suç nedeniyle hükmedilen cezaya eklenirken; genel affın sürekli etkisi nedeniyle, genel affa uğrayan cezanın yeni suçlar nedeniyle hükmedilen cezalar üzerinde bir etkisinin olmamasıdır. İtalyan sistemine yönelik bu açıklamalar için bkz. Barbarino/Mastrobuoni, s. 6 vd.

<sup>78</sup> Toroslu/Toroslu, s. 500, 504. Benzer tespitler için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/

Öte yandan genel aftan farklı olarak, özel af halinde fail hakkında kurulan hapis cezasına mahkûmiyet şeklindeki hüküm varlığını devam ettirdiğinden, özel affın mutlaka kanunla düzenlenmesi aranmamaktadır. Bu doğrultuda Türk hukukunda özel af ilan etme yetkisinin yasama organı yanında Cumhurbaşkanı'na da verildiği görülmektedir. TBMM'ne tanınan özel af ilanı yetkisi, genel af ilanı yetkisi ile birlikte Anayasa'nın 87. maddesinde hüküm altına alınmakta ve TBMM'nin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile özel af ilanına karar verebileceği ifade edilmektedir.<sup>79</sup> Anayasa m. 87'de "karar vermek" ifadesi kullanılmış olsa da TBMM İçtüzüğü m. 92'de "genel veya özel af ilanını içeren kanun tasarı ve teklifleri" ifadesine yer verildiğinden, TBMM özel affı da ancak kanunla ilan edebilecektir.<sup>80</sup>

Cumhurbaşkanı açısından ise bu yetki, 1961 Anayasası'nın 97. maddesinde olduğu gibi, 1982 Anayasası'nda da Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin düzenlendiği 104. maddenin 16. fıkrasında, af ifadesine yer verilmeksizin hüküm altına alınmaktadır. Buna göre; Cumhurbaşkanı, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırır. Dolayısıyla her ne kadar ilgili düzenlemede af ifadesine yer verilmemiş olsa da, Cumhurbaşkanına tanınan yetkinin etki ve sonuçları dikkate alındığında bu yetkinin, TCK m. 65/2'de yasal dayanağını bulan özel affı da kapsamına alan bir cezayı hafifletme ya da kaldırma yetkisi olduğu düşünülmektedir.<sup>81</sup> Bu

---

Çakır, s. 1056; Hakeri, s. 663. TCK'nın bu düzenlemesi ile TBMM'nin özel af ilan etmek konusundaki takdir yetkisinin sınırlandırılmasının mümkün olmadığı; eğer TBMM'nin iradesi bu konuda kısıtlanmak isteniyorsa söz konusu düzenlemeye TCK'da değil Anayasa'nın 87. maddesinde yer verilmesi gerektiğine dair bkz. Hafızoğulları/Özen, s. 515.

<sup>79</sup> Genel afta olduğu gibi, özel af bakımından da TBMM'nin nitelikli çoğunlukla özel af ilan edebileceği kabul edilmek suretiyle TBMM'nin özel af ilan etme yetkisinin sınırlandırıldığına yönelik değerlendirmeler için bkz. Atila, s. 281.

<sup>80</sup> Atila, s. 282. Anayasa m. 87'nin redaksiyonunun bu anlamda iyi olmadığına; ayrıca affın ilan edilmeyip, af kanununun yürürlüğe konulduğuna; yürütme organının da bu af kanunu uygulayacağına dair değerlendirmeler için bkz. Armağan, s. 350.

<sup>81</sup> Anayasa m. 104 ile Cumhurbaşkanına özel af yetkisi tanındığı; bu yetkinin bir hükümlü hakkında kullanılabileceği gibi, birden fazla hükümlü için de kullanılmasının mümkün olduğuna dair bkz. Koca/Üzülmez, s. 750. Cumhurbaşkanına Anayasa'nın 104. maddesi ile tanınan yetkinin bireysel özel af ilan etme yetkisi olduğuna dair bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 213; Öztürk/Erdem, s. 612. Bu yetkinin, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama nedenlerine dayanarak bağışlama yetkisi olduğuna dair bkz. Demirbaş, "Af Tartışmaları", s. 80, 82.



bağlamda ayrıca Anayasa m. 104'te “*cezanın kaldırılması*” ifadesinin kullanılması nedeniyle söz konusu düzenleme ile Cumhurbaşkanına genel af ilan etme yetkisinin mi tanındığı sorusuna da yanıt aranmalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere genel af ilanı ancak kanunla yapılabileceğinden ve bu yetki münhasıran yasama organına ait olduğundan, yine ilgili düzenlemede “*mahkûmiyet kararının ortadan kaldırılması*” ifadesi kullanılmayıp, “*cezanın kaldırılması*” ifadesine yer verildiğinden bu ifadenin, hükmedilen cezanın çektirilmesine son verilmesi şeklinde anlaşılması gerektiği düşünülmektedir. Dolayısıyla söz konusu düzenleme ile Cumhurbaşkanına, hükmedilen cezanın çektirilmesine son verme veya cezayı hafifletme yetkisi tanındığından, bu yetki bir genel af ilan etme yetkisi olmayıp,<sup>82</sup> özel af ilanını da kapsamına alan cezayı kaldırma veya hafifletme yetkisidir.

Cumhurbaşkanı, özel affı Cumhurbaşkanı kararı ile ilan eder. 2017 yılında 6771 sayılı Kanun ile Anayasa m. 105'de yapılan değişikliğe kadar, Cumhurbaşkanının yapabileceği işlemler bakımından Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler ve Başbakan ve ilgili Bakan imzasıyla yapabileceği işlemler ayrımı yapılmaktaydı. Bu doğrultuda özel af ilanı, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlem niteliğinde olduğundan,<sup>83</sup> 2017 yılında 6771 sayılı Kanun ile Anayasa m. 125/2'de yapılan değişikliğe kadar, bu işlemlere karşı yargı yolunun işletilmesi imkânı bulunmamaktaydı. Dolayısıyla öğretinin tarafından Cumhurbaşkanının, özel af ilan etme yetkisini, Anayasa m. 104'te çizilen sınırlar çerçevesinde kullanmaması, örneğin m. 104'te sayılan sebepler dışında bir sebebe dayanarak özel af ilan etmesi halinde bu işlemin yargısal denetiminin yapılmasının mümkün olmadığı ifade edilmekteydi.<sup>84</sup> Bununla birlikte 2017 yılında 6771 sayılı Kanun ile Anayasa m. 105 ve 125/2'de yapılan değişiklik ile Cumhurbaşkanının yapacağı işlemleri yargı denetimi dışında bırakan düzenleme madde metninden çıkartılmak suretiyle, Cumhurbaşkanının ilan edeceği özel aflar için de yargı yolu açılmıştır.

<sup>82</sup> Benzer tespitler için bkz. Sözüer, s. 238.

<sup>83</sup> 2017 yılında 6771 sayılı Kanun ile Anayasa m. 105'te yapılan değişiklik öncesinde, Anayasal düzenleme gereği özel af ilanının, Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği bir işlem mi olduğu, yoksa Başbakan ve ilgili Bakanın karşı imzasına ihtiyaç duyan bir işlem mi olduğu konusunda yapılan ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Gözler, s. 324 vd.

<sup>84</sup> Bu tespit ve değerlendirmeler için bkz. Atila, s. 283; Armağan, s. 351, 359. Benzer tespitler için bkz. Şen, “Türk Ceza Hukuku Yönünden Af”, s. 105.

Bu bağlamda tartışılması gereken bir diğer husus ise, TCK m. 65 kapsamında hükmedilen hapis cezasının çevrilebileceği yaptırım türü adli para cezası ile sınırlandırılmış olmasına rağmen, Anayasa'nın 104. maddesinde Cumhurbaşkanına tanınan cezayı hafifletme yetkisinin cezanın çevrilmesini de kapsayıp kapsamadığıdır. Anayasa m. 104'te sayılan hallerle sınırlı da olsa, kendisine cezayı kaldırma yetkisi tanınan bir makamın, öncelikle cezayı çevirme yetkisinin de bulunduğu,<sup>85</sup> bu yetkinin cezayı hafifletme yetkisi kapsamında kaldığı kabul edilmelidir.<sup>86</sup> Öte yandan bu bağlamda tartışılması gereken bir diğer husus Cumhurbaşkanının cezayı çevirirken, hükmedilmiş hapis cezasını, adli para cezası dışında, örneğin TCK m. 50'de sayılan diğer seçenek yaptırımlara ya da TCK m. 53 ve devamında hüküm altına alınan güvenlik tedbirlerine çevirip çeviremeyeceğidir. Bu tartışmanın ya da sorunun sadece Cumhurbaşkanının ilan edeceği özel af bakımından akıllara gelmesinin nedeni, TBMM'nin ilan edeceği özel af bakımından böyle bir düzenlemenin Anayasa'da yer almaması; Anayasa m. 87/1'de TBMM'nin görev ve yetkileri arasında özel af ilanına karar vermenin yer aldığının belirtilmesi ile yetinilmesidir. Dolayısıyla TCK m. 65 hükmü, TBMM'ye tanınan bu yetkinin kullanım esaslarını gösteren bir norm niteliğinde olup,<sup>87</sup> TBMM'nin özel af yetkisini hapis cezasını çevirmek suretiyle hafifletme yönünde kullanması halinde, bu hapis cezasının çevrilebileceği tek yaptırım türünün adli para cezası olabileceği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği üzere Cumhurbaşkanının özel af ilan etme yetkisinin düzenlendiği Anayasa'nın 104. maddesinde Cumhurbaşkanının bu yetkisini hükmedilen hapis cezasını çevirmek suretiyle hafifletme yönünde kullanması halinde,

<sup>85</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 780.

<sup>86</sup> Cumhurbaşkanının, Anayasa m. 104'te sayılan sebeplerle, bir kimsenin kesinleşmiş cezasını azaltıp, kaldırabileceğine, ancak cezayı adli para cezasına çeviremeyeceğine dair aksi yöndeki değerlendirmeler için bkz. Toroslu/Toroslu, s. 502; Akbulut, s. 1089. Cumhurbaşkanının özel af yetkisi kapsamında cezayı hafifletip, kaldırabileceği, ancak başka bir cezaya çevirmesinin mümkün olmadığı; bununla birlikte cezayı tamamen kaldırma yetkisine sahip olan Cumhurbaşkanının, bu cezayı başka bir cezaya çevirme yetkisinin olmadığını kabul etmenin yerinde olmadığına dair tespitler için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1056 vd.

<sup>87</sup> Af, Anayasa'da düzenlenen bir kurum olmakla birlikte, Anayasa'nın ilgili maddelerinin af ilan etme yetkisinin kimde olduğunu hüküm altına aldığı; af ilanının, suçla ilgili ne anlama geldiğinin ve sonuçlarının ne olduğunun ise TCK m. 65'de belirlendiğine dair bkz. Akbulut, s. 1085.

hapis cezasının çevrilebileceği yaptırım türleri bakımından bir sınırlandırma yapılmamış olduğundan hapis cezasının adli para cezası dışındaki bir yaptırım türüne çevrilip çevrilemeyeceği sorusuna yanıt aranmalıdır. Bu bağlamda öncelikle şu husus ifade edilmelidir ki, TBMM ve Cumhurbaşkanının özel af ilan etme yetkisi bakımından benzer düzenlemeler, 1961 Anayasası'nın 64 ve 97. maddelerinde de yer almasına rağmen, bu sorunun bugün akıllara gelmesinin nedeni, 765 sayılı TCK'nın 98. maddesinde, özel affın, cezayı kaldıracığının, azaltacağı veya değiştireceğinin hüküm altına alınması ile yetinilmesi; cezanın çevrilmesi bakımından kanun metninde herhangi bir sınırlandırmanın yapılmamış olmasıdır. Dolayısıyla 5327 sayılı TCK yürürlüğe girinceye kadar, Anayasal ve yasal düzenlemeler arasında bu bağlamda bir uyum söz konusudur. Oysa 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte kişi hakkında hükmedilen hapis cezasının, TCK m. 65 uyarınca özel af ile çevrilebileceği yaptırım türü, adli para cezası ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla Anayasa m. 87 düzenlemesi ile TBMM'ye tanınan özel af ilan etme yetkisi, bu yetkinin kullanım esaslarını gösteren norm olan TCK m. 65'te çizilen sınırlar çerçevesinde kullanılabilir. Bununla birlikte, yukarıda da ifade edildiği üzere Cumhurbaşkanına tanınan cezayı hafifletme yetkisi bakımından Anayasa koyucu özel af ifadesini kullanmamış; etki ve sonuçları dikkate alındığında söz konusu düzenleme ile Cumhurbaşkanına özel af ilanını da kapsamına alan bir cezayı kaldırma veya hafifletme yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının kişi hakkında kesinleşmiş olan cezayı hafifletme yetkisini kullanırken, bu cezayı kural olarak TCK m. 50 uyarınca adli para cezasına çevirmek şeklinde kullanması mümkün olduğu gibi, TCK m. 50'de sayılan diğer seçenek yaptırımlara ya da TCK m. 53'de sayılan güvenlik tedbirlerine çevirme şeklinde kullanması da mümkündür. Bununla birlikte şu husus da ifade edilmelidir ki adli para cezası, TCK m. 50'de sayılan diğer seçenek yaptırımlar ya da TCK m. 53'de sayılan güvenlik tedbirlerinin birçoğu ile karşılaştırıldığında, bunlar genellikle süreklilik arz eden yaptırımlar olduğundan, adli para cezası bu yaptırımlara nazaran daha hafif niteliktedir. Kaldı ki Cumhurbaşkanına Anayasa m. 104 ile tanınan yetkinin, sürekli hastalık, sakatlık veya kocama gibi hallerle sınırlı olarak tanınmasının nedeninin, bu hallerde cezadan beklenen amaca ulaşılmasının mümkün olmamasının yanında, kişi-

nin cezaya katlanmasının beklenmesinin kamu vicdanında yaratacağı rahatsızlık olduğu dikkate alındığında, adli para cezası yerine süreklilik arz eden başka yaptırımlara hükmedilmesinin maddenin getiriliş amacına uygun olmadığı düşünülmektedir. Yine güvenlik tedbirlerinin, kişinin tehlikelilik hali esas alınarak uygulanabilecek yaptırımlar olduğu dikkate alındığında, sürekli hastalığı, sakatlığı olan veya kocamış bir kişinin toplum için bir tehlike yaratmasındaki güçlük nedeniyle kişi hakkındaki hapis cezasının güvenlik tedbirine çevrilmesinin, maddenin getiriliş amacına uygun olmayacağı açıktır. Dolayısıyla bütün bu açıklamalar doğrultusunda kanunilik ilkesinin sonucu ve hukuk devletinin gereği olarak, TCK m. 65/2'nin, Anayasa'da kaynağını bulan özel af ilan etme yetkisinin uygulanma esaslarını belirleyen yasal düzenleme niteliğinde olduğu, bu doğrultuda Cumhurbaşkanının cezayı çevirmek suretiyle hafifletmek şeklindeki özel af ilanı yetkisini, yasa koyucunun belirlediği sınırlar içerisinde hapis cezasını adli para cezasına çevirmek suretiyle kullanması gerektiği düşünülmektedir.<sup>88</sup>

Bu başlık altında son olarak şu husus ifade edilmelidir ki, özel af kapsamında çektirilmesine son verilmesi, kısaltılması ya da çevrilmesi mümkün olan tek yaptırım türü hapis cezası olmakla birlikte, bu hapis cezasının mutlaka infaz kurumunda çektiriliyor olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu doğrultuda konutta infazına karar verilen hapis cezasını kapsamına alan bir özel af ilan edilmesi de mümkündür.<sup>89</sup> Gerçekten de kişi hapis cezasını konutunda çekiyor olsa dahi, sürekli hastalığının, sakatlığının olması gibi durumlarda, kişinin hastane ya da doktor kontrolü gibi gerekçelerle sık sık konutundan çıkma ihtiyacının doğacağı açıktır. İnfaz kurumunda çektirilmeyen hapis cezaları bakımından özel af ilan etme yetkisinin, ancak bu gibi istisnai durumlarda sınırlı olmak kaydıyla tanınmasının, kurumun amacına uygun olacağı düşünülmektedir.

<sup>88</sup> Cezanın çevrilebileceği yaptırım türünün mutlaka kanunda öngörölmüş yaptırım türlerinden biri olması gerektiği; aksi halde yasama organının yetkilerinin ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlal edilmiş olacağına yönelik değerlendirmeler için bkz. Keyman, s. 68.

<sup>89</sup> Bu yönde Cumhurbaşkanı tarafından ilan edilen özel af örneği olarak bkz. Cumhurbaşkanlığının 19.08.2008 tarih ve 2008/49 sayılı Kararı, RG 20.08.2008, No: 26973.

### a. Kapsam

TBMM özel af ilanına karar verme yetkisini bir kişi için kullanabileceği gibi daha fazla sayıda kişi için de kullanabilir. TBMM özel af ilan etme yetkisini bir kişi için kullanırsa bireysel özel aftan; birden fazla kişi için kullanırsa toplu özel aftan söz edilir. Yukarıda genel af ile ilgili yapılan açıklamalar sırasında da ifade edildiği üzere 2001 yılında 4709 sayılı Kanun ile “Anayasa’nın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere” ifadesi Anayasa’nın 87. maddesinden çıkartılmak suretiyle TBMM’ne devlet aleyhine işler suçlar dahil bütün suçlar bakımından özel af ilan etme yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla hükümlülerin hangi suçtan mahkûm oldukları dikkate alınmaksızın, özel aftan yararlandırılabilmeleri mümkündür.<sup>90</sup> Bunun tek istisnası, yine yukarıda genel af ile ilgili açıklamalar sırasında ifade edildiği üzere Anayasa m. 169/3 uyarınca orman suçları olup, münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkartılması mümkün olmadığı gibi, ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçların genel ve özel af kapsamına alınması mümkün değildir. Bu açıklamalar doğrultusunda söz konusu hükümlülerin aftan yararlandırılmaları bakımından orman suçları hariç, haklarında hüküm kurulan suçun ya da bu suç karşılığında hükmedilen cezanın ağırlığı bakımından bir sınırlandırma yapılmadığı gibi, bu kişilerin sağlık durumları bakımından da ağır hasta olmalarının veya sürekli bir sakatlıklarının olmasının aranması gibi bir sınırlandırmanın yapılmadığı görülmektedir.<sup>91</sup> Dolayısıyla TBMM bu yetkisini kullanırken, yukarıda da ifade edildiği gibi bir kişi için, o kişinin ağır hasta olması gibi sağlık koşullarını dikkate alarak bireysel özel af ilan edebileceği gibi,<sup>92</sup> toplumsal koşulları göz önünde bulundurarak belli suçları işleyerek mahkum olanlar ya da suçun niteliğini dikkate almaksızın belli bir sürenin üzerinde ya da altında hapis cezasına mahkum olan tüm kişiler için toplu özel af da ilan edebilir.<sup>93</sup> TBMM bu yetkisini bireysel

<sup>90</sup> Soyaslan, s. 424.

<sup>91</sup> Keyman, s. 69.

<sup>92</sup> Kişinin durumunun bireysel olarak göz önünde bulundurulması sonucunda affedilerek, içinde bulunduğu kötü durumdan kurtarılmasının, o kişiler üzerinde, kişilerin cezalandırılmasına nazaran daha olumlu sonuçlar yaratacağı yönünde bkz. Özek, s. 120.

<sup>93</sup> Toplu özel affa 21.12.2000 tarih ve 4616 sayılı Kanun’un 1. maddesinin 1. fıkrası örnek verilebilir. Zira bu kanun tüm idam cezasına mahkûm edilip, 21.12.2000 tarihinde infaz kurumunda 30 yılını tamamlamış olanların şartlı salıverilme-

özel af ilanı şeklinde kullanırken, af kapsamına giren kişiler, suçları ve afla birlikte cezanın çektirilmesine son mu verildiği, cezanın süresinin mi kısaldığı yoksa daha hafif bir cezaya mı çevrildiği açıkça belirtilir. Toplu özel af ilanlarında ise aftan yararlanacak kişilerin isimleri yer almaz, af kapsamına giren suçların ya da suçlar karşılığında hükmedilen cezaların ağırlık veya türleri ile bu cezaların ne ölçüde affedildikleri gösterilir. Dolayısıyla bireysel özel aftan sadece söz konusu kanunda isimleri belirtilen kişiler yararlanırken, toplu özel aftan, af kanununun yürürlüğe girdiği tarihte kanunda gösterilen ağırlık ve türde bir cezayı çekmekte olan<sup>94</sup> ya da af kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş olmak kaydıyla, af kanununda gösterilen ağırlık ve türde bir cezaya, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra mahkûm edilmiş olan herkes yararlanacaktır.

Bununla birlikte yasama organına tanınan özel af ilan etme yetkisinden farklı olarak, Anayasa m. 104/16'da Cumhurbaşkanına tanınan özel af ilan etme yetkisinin, sürekli hastalık,<sup>95</sup> sakatlık ve kocama nedenleriyle sınırlandırıldığı görülmektedir. Dolayısıyla TBMM, bu nedenlerle sınırlı olmaksızın, toplum yararının ve TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararının bulunması kaydıyla, bireysel ya da toplu özel af ilan etme yetkisine sahipken, Cumhurbaşkanı bu yetkisini ancak sürekli bir hastalık, sakatlık ya da kocama sebebiyle

---

lerine imkân tanımaktadır. Bu düzenleme ile idam cezasına mahkûm olanların mahkûmiyet kararları ortadan kaldırılmamakta, ancak bu kişilerin 21.12.2000 tarihi itibarıyla infaz kurumunda 30 yılını tamamlamış olmak kaydıyla infaz kurumundan salıverilmeleri sonucu doğmaktadır. 21.12.2000 tarih ve 4616 sayılı "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun", RG 22.12.2000, No: 24268.

<sup>94</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 778.

<sup>95</sup> Sürekli hastalık kavramının içeriğinin net olmadığı ve hangi hastalıkların bu kapsamda değerlendirilebileceği konusunda kesin bir ölçütün bulunmadığı yönündeki tespit ve değerlendirmeler için bkz. Keyman, s. 94. Aynı yönde bkz. Armağan, s. 359. Bir hastalığın sürekli olup olmadığını, kişinin hastalığının sakatlık niteliği taşıyıp taşımadığını ve herhangi bir yaşın kocama kapsamına girip girmediğini belirlemenin Cumhurbaşkanının takdirinde olduğu; bu doğrultuda Cumhurbaşkanının 60 yaşındaki bir kişinin cezasını da "kocama" nedeniyle kaldırabileceği ya da hafifletebileceği; maddede sayılan hallerin mutlaka hükümlünün cezasının infaz kurumunda çektirilmesi bakımından onun hayatı veya sağlığına yönelik bir mahsur ortaya çıkartmasının da aranmadığına dair bkz. Koca/Üzülmez, s. 750. Cumhurbaşkanının bu konuda Adli Tıp'tan alınacak rapora göre hareket etmesi gerektiği yönünde bkz. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 758.

bireysel özel af ilan etme şeklinde kullanabilecektir.<sup>96</sup> Bununla birlikte Cumhurbaşkanına bu tip sağlık sorunlarının varlığı halinde özel af ilan etme yetkisi tanınmasının nedeni, bu halde cezanın özel önleme amacına ulaşılmasının mümkün olmamasının yanında, bu durumların varlığına rağmen cezanın infazına devam edilmesinin kamu vicdanında yaratacağı rahatsızlıktır.<sup>97</sup> Bu gibi durumların varlığı halinde kişinin infaz kurumundan bir an önce çıkartılması gerektiği açıktır. Bu nedenle yasama organının bir kanun aracılığıyla ilan edebileceği affa nazaran, daha hızlı hareket edilmesine imkan sağladığından Cumhurbaşkanına tanınan özel af yetkisi bu yönüyle yerindedir.<sup>98</sup> Bununla birlikte Anayasa m. 104/16'da "*hafifletir veya kaldırır*" ifadesine yer verildiğinden, maddenin lafzı, bir sürekli hastalık, sakatlık veya kocama durumunun söz konusu olması halinde, bu yetkinin kullanılması bakımından Cumhurbaşkanına bir takdir yetkisinin tanınmadığı izlenimini de vermektedir.

Bu bağlamda tartışılması gereken bir diğer husus da söz konusu sürekli hastalık, sakatlık ya da kocama durumunun mutlaka özel afftan yararlandırılacak hükümlüde bulunmasının gerekip gerekmediğidir. Buna göre, örneğin çocuğunun ağır veya ölümcül bir hastalığının olması halinde, hükümlü annenin sağlığı ile ilgili herhangi bir sorun bulunmasa dahi, bu hükümlü anne hakkında özel af ilan edilebilmesi mümkün müdür? Bu halde, Cumhurbaşkanının Anayasa m. 104/16'da hüküm altına alınan sınırlı af yetkisini kullanması yerine, CGİK m. 17/4 uyarınca Cumhuriyet Başsavcılığınca hapis cezasının infazına ara verilmelidir. Zira ilgili düzenleme ile hapis cezalarının infazına başlanmış olsa dahi, hükümlünün eş veya çocuklarının sürekli hastalık veya malullükleri nedeniyle bakıma muhtaç olmaları gibi zorunlu ve çok ivedi hallerde, Cumhuriyet Başsavcılığınca bir yılı geçmeyen sürelerle

<sup>96</sup> Cumhurbaşkanına tanınan özel af ilanı yetkisinin, sebep unsuru bakımından sınırlandırılmış bir yetki olduğu yönünde bkz. Özek, 140; Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 213; Armağan, s. 358. Benzer yönde Cumhurbaşkanına sınırlı bir özel af yetkisi tanındığına dair tespitler için bkz. Atila, s. 276, 282; Sözüer, s. 238, 250.

<sup>97</sup> Bu gibi durumların varlığı halinde cezanın infazına devam etmenin kamu vicdanını tatmin etmeyeceğine, bu halde infaza devam etmekte kamusal bir yararın bulunmayacağına dair değerlendirmeler için bkz. Soyaslan, 425.

<sup>98</sup> Cumhurbaşkanına tanınan özel af ilanı yetkisi, ağır hastalık, sakatlık ve kocama gibi şahsi halleri dikkate almak suretiyle sınırlandırılmış olduğundan, yürütme organının bu şahsi halleri değerlendirmek konusunda yasama organına nazaran daha avantajlı olduğu yönündeki değerlendirmeler için bkz. Keyman, s. 89.

hapis cezasının infazına ara verilmesi öngörülmektedir. Dolayısıyla bu halde Cumhuriyet Başsavcılığınca anne hakkında hükmedilmiş olan hapis cezasının infazına ara verilmesi yoluna gidilerek, hasta çocuğun son günlerini annesinin yanında geçirmesine imkân tanınmalıdır.

Bu başlık altında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, Anayasa m. 169/2’de yer verilen ve ayrıntıları yukarıda aktarılan orman suçlarının af kapsamına alınamayacağına dair düzenlemenin, Cumhurbaşkanının ilan edeceği özel aflar bakımından da etkili olup olmadığıdır. Zira öğretide orman suçlarına yönelik af sınırlamasının sadece TBMM’ne yönelik olduğu, Cumhurbaşkanının sürekli hastalık, sakatlık veya kocama ile sınırlı olsa da orman suçlarının faileri bakımından da bireysel özel af ilan edebileceğine dair değerlendirmeler yapılmaktadır.<sup>99</sup> Anayasa m. 169/2 düzenlemesine bakıldığında, madde metninde genel af ve özel af ifadesine yer verildiği; özel af bakımından TBMM’nin ilan edeceği özel af gibi bir ifadenin yer almadığı görülmektedir. Bu doğrultuda madde metni esas alındığında, orman suçlarına yönelik af sınırlamasının, ister TBMM tarafından isterse Cumhurbaşkanı tarafından ilan edilmiş olsun, bütün özel aflar bakımından etki doğuracağı düşünülmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı’nın, Anayasa m. 104/16 ile kendisine tanınan cezayı hafifletme veya kaldırma yetkisini, özel af ilan etme şeklinde kullanırken, Anayasa m. 169/2 ile çizilen sınırlar çerçevesinde kullanması gerekmektedir.

### b. Özel affın etki ve sonuçları

Genel aftan farklı olarak özel af sadece, kesinleşmiş mahkûmiyet kararları bakımından etki doğurur. Özel aflar ister Cumhurbaşkanı tarafından isterse TBMM tarafından ilan edilmiş olsunlar genellikle, belirli kişiler için çıkartıldığından, bu aftan kimlerin yararlanacağı konusunda tereddüt yaşanmamaktadır. Dolayısıyla bireysel özel af, ancak kişi hakkında mahkûmiyet kararı kesinleştikten sonra ilan edilebilir.<sup>100</sup>

<sup>99</sup> Atila, s. 283. Sürekli hastalığı, sakatlığı olan ya da kocamış bir kişinin, sırf orman suçu işlediği için affedilmeyip, cezasının infazına devam edilmesinin insanlık hislerini rencide edeceği gerekçesiyle, Anayasa m. 169/2’de yer verilen yasağın, Cumhurbaşkanının özel af yetkisini de kapsar şekilde yorumlanmaması gerektiğine dair değerlendirmeler için bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 214. Aynı yönde bkz. Sözüer, s. 239.

<sup>100</sup> Keyman, s. 45.



Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği üzere TBMM, suçları ya da suçlar karşılığında hükmedilen cezaların ağırlığını dikkate alarak da özel af ilan etmiş olabilir. İşte bu tip bir toplu özel affın, kişi hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşmeden önceki aşamada ilan edilmesi de mümkündür.<sup>101</sup> Dolayısıyla hakkında bu tip bir suç nedeniyle soruşturma ya da kovuşturma devam eden ya da af ilan edildikten sonra hakkında hükmedilen cezanın ağırlığı itibariyle af kapsamına girebilecek bir kişinin, bu af kanunundan yararlanıp yararlanamayacağı sorusuna da yanıt aranmalıdır. Kural olarak özel af, kesinleşmiş mahkûmiyet kararları ile hükmedilen cezalar üzerinde etki doğuran bir af türüdür. Burada verilen örnekler bakımından af kanununun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmamaktadır. Ancak suçların, af kanunundan önce işlenmiş olmak kaydıyla, af kanununun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle, hakkında af kanunu kapsamına giren bir suç nedeniyle soruşturma ya da kovuşturma devam eden kişilerin, yargılamanın sonunda bu suç nedeniyle haklarında mahkûmiyet kararı verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde bu kanundan yararlanabilecekleri düşünülmektedir.<sup>102</sup> Benzer şekilde kişi hakkında hükmedilen ve kesinleşen cezanın ağırlığı itibariyle, kesinleşme tarihinden önce ilan edilen özel af kanunu kapsamında kalması halinde de, kişinin bu af kanunundan yararlandırılması hakkaniyet gereği olacaktır.<sup>103</sup> Zira burada hükümlü, suçu af kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlemiş olmasına rağmen, adli mekânın işleyişinde yaşanan gecikmelerin, bir de bu yönüyle onun aleyhine sonuç doğurmaması gerektiği açıktır.

Öte yandan özel af, kişi hakkında hükmedilen mahkûmiyet kararlarını ortadan kaldırmamakta, ancak kişinin infaz kurumundan çıkarılması, infaz kurumunda kalma süresinin kısaltılması ya da hakkında hükmedilen hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi sonucunu

<sup>101</sup> Keyman, s. 45.

<sup>102</sup> Benzer değerlendirmeler için bkz. Toroslu/Toroslu, s. 504. Özel af sadece cezayı etkilediği için özel af, kamu davası görülmekte iken ilan edilmişse, davaya devam edilerek sanığın mahkûm olup olmayacağına açıklığa kavuşturulması gerektiği yönünde bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 779. Aynı yönde bkz. Yalçın Sancar, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", s. 159.

<sup>103</sup> Toplu özel af ilan edilen hallerde, kişi hakkında kamu davasına devam edilerek ancak hükmün verilmesi ve kesinleşmesinden sonra kişinin özel aftan yararlanabileceğine yönelik değerlendirmeler için bkz. Keyman, s. 69, 73.

doğurmaktadır. Dolayısıyla özel af kapsamına giren hükümlü hakkındaki mahkûmiyet kararı, affa rağmen varlığını devam ettirdiğinden, özel af öğretide “*unutmaksızın af*” olarak da isimlendirilmektedir. Zira bu halde, kişi hakkında hükmedilen ceza çektirilmemek, kısaltılmak ya da hapis cezasından çevrilmek suretiyle affediliyor olsa dahi, mahkûmiyet kararı adli sicilden silinmediğinden bu kararın varlığı unutulmamaktadır.<sup>104</sup> Ayrıca şu husus da ifade edilmelidir ki, ilan edilen özel affın hükmedilen hapis cezaları üzerinde bu etkiyi doğurabilmesi için af ilan edildiği tarih itibarıyla cezanın henüz çekilmemiş olması ya da hükümlünün cezayı çekmeye devam ediyor olması gerekmektedir. Dolayısıyla infazı tamamlanmış hapis cezaları ya da ödenmiş adli para cezaları bakımından ilan edilen özel affın herhangi bir etkisi olmayacaktır.

Özel af, kesinleşmiş mahkûmiyet kararları üzerinde yukarıda sayılan etkileri doğurmakla birlikte, genel affın aksine mahkûmiyet kararını ortadan kaldırmamakta, mahkûmiyet kararı adli sicilde kalmaya devam etmektedir. Dolayısıyla özel affa uğramış mahkûmiyet tekerrüre esas teşkil edeceği gibi, üç aydan fazla hapis cezası olması kaydıyla ertelemeye de engel olacaktır (TCK m. 51/1-a). Yine cezaya bağlı olan ve hükümde belirtilen hak yoksunlukları da özel affa rağmen etkisini devam ettirecektir (TCK m. 65/3).<sup>105</sup>

### c. Diğer Sonuçları

Özel af, kişi hakkında hükmedilen mahkûmiyet kararlarını ortadan kaldırmamakta, ancak kişinin mahkûm olduğu ceza nedeniyle infaz kurumunda ise kurumdan çıkartılması, infaz kurumunda kalma süresinin kısaltılması ya da hakkında hükmedilen hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla özel af kapsamına giren fiili nedeniyle kişinin özel hukuk sorumluluğu devam ettiği gibi, bu fiilin aynı zamanda bir disiplin suçu teşkil etmesi halinde, affın disiplin soruşturmaları ve disiplin cezaları üzerinde

<sup>104</sup> Keyman, s. 43.

<sup>105</sup> Bu düzenlemenin de TBMM'nin özel af ilan etme yetkisinin sınırlanması sonucunu doğurduğu, bu yönüyle maksadını aşar nitelikte olduğu; kanun koyucunun her zaman bir başka kanun ile bu yasal düzenlemenin aksine istisnai hükümler içeren af kanunları çıkarmasının mümkün olduğuna dair bkz. Hafızoğulları/Özen, s. 515.

kural olarak bir etkisi bulunmamaktadır. Bu halde disiplin cezasına hükmedilebilmesi için bir mahkûmiyet kararının varlığının aranıp aranmamasının da bir önemi yoktur, zira özel affın kişi hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

## II. BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRMA

### a. Erteleme Kurumu ile Karşılaştırma

Türk hukukunda hapis cezasının infazının ertelenmesi, TCK'nun 51. maddesinde hüküm altına alınmaktadır. Buna göre işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu konuda mahkemeye tanınan bir takdir yetkisi söz konusudur. TCK m. 51 uyarınca uygulama alanı bulan erteleme kurumu, hakkında kural olarak iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûmiyet kararı bulunan kişilerin,<sup>106</sup> bu mahkûmiyet kararı nedeniyle infaz kurumuna girmesine engel olma şeklinde bir sonuç doğurmaktadır. Bu durumun tek istisnası, hapis cezasının infazının ertelenmesinin, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlanması gibi, koşula bağlı erteleme halinde, bu koşul gerçekleşinceye kadar kişinin cezasının infaz kurumunda çektirilmesine karar verilebilmesidir.

Yine hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında, alt sınırı mahkûm olunan hapis cezası süresinden az olmamak üzere, bir yıl ila üç yıl arasında bir denetim süresi belirlenecek ve bu denetim süresi içerisinde TCK m. 51'de hüküm altına alınan yükümlülüklerin yerine getirilmesine karar verilebilecektir (TCK m. 51/3, 4). Denetim süresinin yükümlülüklerle uygun ve iyi halli olarak geçirilmesi durumunda ise kişi hakkında hükmedilen hapis cezası infaz edilmiş sayılacaktır (TCK m. 51/8). Dolayısıyla hapis cezasının infazının ertelenmesi kararı, kural olarak hakkında hapis cezasına mahkûmiyet kararı verilmiş kişinin infaz kurumuna girmesine engel olması, ancak kişi hakkındaki

<sup>106</sup> Aynı maddede bu sürenin üst sınırının, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmuş ya da altmış beş yaşını bitirmiş kişiler bakımından üç yıl olduğu hüküm altına alınmıştır.

mahkûmiyet kararının varlığını devam ettirmeye devam etmesi itibarıyla özel af kurumuna benzemektedir.<sup>107</sup> Ancak özel aftan farklı olarak, mahkemenin hapis cezasının infazının ertelenmesine karar verebilmek bakımından takdir yetkisi bulunmaktadır. Zira TCK m. 51/1-b uyarınca erteleme kararının verilebilmesi için kişinin, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekmektedir.<sup>108</sup>

Yine iki kurum arasındaki bir diğer fark da cezasının infazı ertelenen hükümlünün denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi ile özel af kapsamında hapis cezasının infazı sona erdirilerek infaz kurumundan salıverilen hükümlünün, sonrasında yeni bir kasıtlı suç işlemesi halinde, bu yeni işlenen suçun infazı ertelenen ceza ile özel affa

<sup>107</sup> Ertelemenin, koşullu af niteliğinde olduğuna dair bkz. Dönmez/Erman, Cilt: III, s. 13 vd. Bununla birlikte 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, 5237 sayılı TCK m. 51/8 düzenlemesi ile "mahkûmiyetin hiç olmamış" sayılması yerine "denetim süresinin yükümlülükler uygun ve iyi halli olarak geçirilmiş olması halinde cezanın infaz edilmiş" sayılacağı düzenlemesi getirilmesi nedeniyle, erteleme kurumunun bir tür koşullu af olmaktan çıkıp, infaz hukuku kurumuna dönüştüğüne dair tespit ve değerlendirmeler için bkz. Özbek, s. 796.

<sup>108</sup> Mahkemenin bu konudaki takdir yetkisini nasıl kullandığını gerekçeli kararına yansıtması gerektiğinden, erteleme kararı vermek bakımından mahkemenin takdir yetkisinin sınırlı bir yetki olduğu; oysa TBMM'ye af ilan etmek bakımından tanınan takdir yetkisinin, Anayasa m. 169/3'te ifadesini bulan sınırlar hariç, çok daha geniş bir yetki olduğuna dair tespitler için bkz. Tolga Yıldırım, s. 37. Benzer tespitler için bkz. Yalçın Sancar, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", s. 171. Benzer tespitler ve failin ileride tekrar suç işlemeyeceği konusundaki beklentinin, sanığın geçmiş yaşamına veya suç işleme konusundaki eğilimlerine dayanması; bu bakımdan hakimin, sanığın adeta "geleceğini sezerek", karar anına kadar ulaştığı olumlu izlenimin ileride de devam edip etmeyeceğini takdir etmesi gerektiğine dair bkz. Erdem, s. 33. Bu değerlendirmeler yapılırken failin yargılama sırasındaki tutum ve davranışlarının değil, geçmişteki durumunun ve failin kişiliğinin göz önünde bulundurulması gerektiğine; suçun niteliği veya işleniş tarzının bu konuda bir ölçü teşkil edemeyeceğine dair bkz. İzzet Özgenç, "Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme", içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi 39. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumunda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, (99-147), s. 118. Sanığın duruşmadaki tavırları, ahlaki eğilimleri, suçu ikrar edip etmemesi, pişmanlık duyup duymadığı gibi hususların bu konuda hakime fikir vermesi mümkün olmakla birlikte, bu şartın tespitinde ciddi güçlüklerle karşılaşılmasının kaçınılmaz olduğu; bununla birlikte hakimin bu şartın karşılanıp karşılanmadığına dair kararını gerekçelendirmesi gerektiğine dair bkz. Yalçın Sancar, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", s. 169.

uğrayan önceki cezalar üzerinde yaratacağı etki bakımından karşınıza çıkmaktadır. Buna göre, hapis cezasının infazı ertelenen hükümlü, denetim süresi içerisinde yeni bir kasıtlı suç işlerse, yeni suç karşılığında hükmedilen cezanın yanında, ertelenen cezasını da kısmen veya tamamen infaz kurumunda çekecektir (TCK m. 51/7). Bununla birlikte, özel af kapsamında cezası affedilen hükümlünün yeni bir suç işlemesi halinde, af kapsamına giren cezasının infaz edilmemesi kural; eski cezanın infaz edilmesi ise özel af kanununda bu konuda özel bir düzenleme getirilmesine bağlı istisnai bir durumdur.<sup>109</sup>

Hapis cezasının infazının ertelenmesi ile özel af arasındaki bir diğer fark da, özel af ilan etme yetkisinin münhasıran TBMM ve Cumhurbaşkanı tarafından kullanılacak bir yetki olmasına rağmen, hapis cezasının infazının ertelenmesine koşullarının karşılandığına kanaat getirmesi kaydıyla mahkemenin karar verebilmesidir.<sup>110</sup> Bu doğrultuda mahkeme, hapis cezasının infazını ertelerken, bu koşulların karşılandığına nasıl kanaat getirdiğini gerekçeli kararında ortaya koymak durumundayken; yasama organı, özel af ilan edebileceği haller bakımından, Anayasa m. 169/3 hariç bir sınırlama yapılmamış olmasına rağmen, af kanununda, neden özel af ilan ettiği konusunda bir gerekçe göstermek zorunda değildir.<sup>111</sup>

## **b. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ile Karşılaştırma**

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, mahkûmiyet kararının sanık hakkında hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder (CMK m. 231/5). Bu halde mahkeme, mahkûmiyet kararının, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin koşullarının oluştuğuna kanaat getirmesi kaydıyla, duruşma sırasında mahkûmiyet kararı yerine, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararını okur ve bu kararını duruşma tutanağına geçirir.<sup>112</sup> Bu halde, yetişkin sanıklar, beş

<sup>109</sup> Keyman, s. 8. Benzer tespitler için bkz. Tolga Yıldırım, s. 38.

<sup>110</sup> Keyman, s. 7 vd. Aynı yönde bkz. Erdem, s. 20, 33.

<sup>111</sup> Benzer tespitler için bkz. Erdem, s. 33; Sözüer, s. 227; Tolga Yıldırım, s. 37. Cumhurbaşkanıya özel af ilan etme yetkisi, hükümlülerin, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama nedenleri ile sınırlı olarak tanındığından, Cumhurbaşkanı'nın özel af ilan ettiği hallerin, bu durumun istisnasını oluşturduğu yönünde bkz. Keyman, s. 9. Benzer tespitler için bkz. Tolga Yıldırım, s. 37.

<sup>112</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2022, s. 869 vd.

yıl; çocuklar ise üç yıl süreyle denetime tabi tutulur (CMK m. 231/8, ÇKK m. 23). Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının ardından belirlenen denetim süresinin iyi halli ve yükümlülüklerle uygun olarak geçirilmesi halinde kişi hakkında hiç hüküm kurulmamış gibi olacağından bu kurum, hükmedilen cezayı bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldıran genel affa benzemektedir. Bu bağlamda olmak kaydıyla hükümün açıklanmasının geri bırakılması ile genel af kurumları arasındaki bir diğer benzerlik de hem açıklanması geri bırakılan hem de genel affa uğrayan hükümün tekerrüre esas teşkil etmemesi ve ertelemeye engel olmamasıdır.

Bununla birlikte kişinin bu denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi halinde açıklanması geri bırakılan hükümün konusunu teşkil eden cezanın, yeni işlenen suç karşılığında hükmedilen ceza ile birlikte çekilmesi gerekeceği gibi, bu halde açıklanması geri bırakılan hüküm tekerrüre esas alınacak ve ertelemeye de engel teşkil edecektir. Oysa genel af, hükmedilen cezayı bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldırdığından, kişi cezası affedildikten sonra yeni bir suç işlediğinde, kural olarak affa uğramış olan cezasını çekmesi söz konusu olmayacaktır.<sup>113</sup> Bununla birlikte bazı istisnai durumlarda ilgili genel af kanununda, kişinin kanunda öngörülen ya da mahkumiyet kararına esas teşkil eden suç için öngörülen zamanaşımı süresi içerisinde belli bir ağırlığın üzerinde ya da daha önceki mahkumiyeti ile aynı neviden yeni bir suç işlemesi halinde affa uğrayıp da infaz edilmeyen ya da kısmen infaz edilen cezasının kalan kısmını, yeni suç karşılığında hükmedilen ceza ile birlikte çekmesi şeklinde düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.<sup>114</sup> Bu tip istisnai hükümler içeren genel af kanunları, hükümün açıklanmasının geri bırakılması ile benzer sonuçlar doğurmaktadır.<sup>115</sup>

### c. Koşullu Salıverilme ile Karşılaştırma

<sup>113</sup> Özek, s. 158.

<sup>114</sup> Bu kanunlara örnek olarak 5677 sayılı Kanun'un 3. maddesi verilebilir. Buna göre; anılan Kanun'un 1. maddesi kapsamına girerek genel afftan yararlanan suçlular, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, mahkûm oldukları cezanın zamanaşımı süresi içinde ve herhalde 5 yıl içerisinde aşağı sınırı 6 aydan az olmayan hapis cezasını gerektiren aynı neviden bir suç işledikleri takdirde, daha önceden haklarında hükmedilmiş olup da infaz edilmeyen veya kısmen infaz edilen hapis cezasının geri kalan kısmını, yeni cezaları ile birlikte çekeceklerdir.

<sup>115</sup> Özek, s. 143 vd.

Af kurumu ile karşılaştırılması gereken bir diğer kurum da kişi hakkında hükmedilen ve belli bir süresi iyi halli olarak infaz kurumunda geçirilen hapis cezasının süresinin bir anlamda kısalması sonucunu doğuran ve CGİK'nin 107. maddesinde düzenlenen koşullu salıverilme kurumudur. İlgili düzenleme uyarınca koşullu salıverilmeden yararlanılabilmesi için hükümlünün, kanunda öngörülen süreleri infaz kurumunda ve iyi halli olarak geçirmiş olması aranmaktadır (CGİK m. 107/1, 2, 3, 4, 5). Koşullu salıverilmeden yararlandırılan hükümlü için, infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre kadar bir denetim süresi öngörülecek, bu süre kapsamında hükümlü kanunda öngörülen yükümlülüklerle de tabi tutulabilecektir (CGİK m. 107/6, 7, 8, 9, 10). Bu denetim süresinin yükümlülüklerle uygun ve iyi halli olarak geçirilmesi durumunda, kişi hakkında hükmedilen ceza infaz edilmiş sayılacaktır (CGİK m. 107/14). Dolayısıyla hükümlünün infaz kurumunda geçireceği süreleri kısaltması ve kişi hakkındaki mahkûmiyet kararının varlığını devam ettirmesi gibi sonuçları dikkate alındığında koşullu salıverilme, özel affa benzemektedir.

Bununla birlikte Anayasa'nın ilgili maddeleri uyarınca özel af ilan etme yetkisi münhasıran TBMM ve Cumhurbaşkanına tanınmışken, hükümlünün koşullu salıverilmesine karar verme yetkisi infaz hakimine aittir (CGİK m. 107/11). Buna göre, hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında ceza infaz kurumu idaresi tarafından hazırlanan gerekçeli rapor, infaz işlemlerinin yapıldığı yer hakimliğine verilecek; infaz hâkimi de bu raporu uygun bulursa hükümlünün koşullu salıverilmesine dosya üzerinden karar verecektir.

Bu bağlamda iki kurum arasındaki bir diğer fark kişilerin özel aftan yararlanmaları bakımından infaz kurumunda geçirdikleri süreleri iyi halli olarak geçirmelerinin aranmasının bir zorunluluk olmamasına rağmen; koşullu salıverilmeden yararlanmak bakımından bu durumun kanundan kaynaklanan bir zorunluluk olmasıdır. Hükümlülerin koşullu salıverilmeden yararlandırılmaları bakımından aranan iyi halin nasıl belirleneceği konusundaki düzenleme CGİK m. 89'da yer almaktadır. Buna göre, söz konusu değerlendirme, infaz kurumu idaresi ve gözlem kurulu tarafından, en geç altı ayda bir yapılacak ve bu değerlendirmeler sırasında, infazın tüm aşamalarında hükümlülerin katıldığı iyileştirme ve eğitim-öğretim programları ile spor ve sosyal faaliyetler, kültür ve sanat programları, aldıkları ser-

tifikalar, kitap okuma alışkanlıkları, diğer hükümlü ve tutuklular ile ceza infaz kurumu görevlileri ve dışarıyla olan ilişkileri, işledikleri suçlardan dolayı duydukları pişmanlıklar, ceza infaz kurumu kuralları ile kurum bünyesindeki çalışma kurallarına uyumları ve aldıkları disiplin cezaları gibi kriterler dikkate alınacaktır (CGİK m. 89/1, 2). İdare ve gözlem kurulu tarafından yapılan bu değerlendirmelere esas olacak ilkeler ve kurulun bu maddeye ilişkin çalışma usul ve esaslarının ise Bakanlıkça çıkartılacak Yönetmelikle düzenlenmesi hüküm altına alınmıştır (CGİK m. 89/7, İnfaz Yönetmeliği m. 109/7). Koşullu salıverilmede amaç, infazı hükümlülerin kişiliğine uydurarak, onları topluma yeniden kazandırmak olduğundan<sup>116</sup> hükümlüleri koşullu salıverilmeden yararlandırmak için iyi halin aranmasının nedeni de uygulanan iyileştirme programlarına göre toplumla bütünleşmeye hazır olup olmadıkları, tekrar suç işleme ve mağdura veya başkalarına zarar verme risklerinin düşük olup olmadığını belirlemektir (CGİK m. 89/1).

#### d. Şikâyetten Vazgeçme ile Karşılaştırma

Şikâyetten vazgeçme, şikâyet hakkını kullanmış olan suçtan zarar görenin şikâyetini geri almasıdır; henüz şikâyet hakkını kullanmamış suçtan zarar görenin, bu hakkını kullanmayacağını beyan etmesi ise şikâyetten feragattir.<sup>117</sup> Takibi şikâyete bağlı suçlarda şikâyetin varlığı, bir muhakeme şartı iken, şikâyetten feragat ya da şikâyetten vazgeçme ise bir muhakeme engelidir. Şikâyetten vazgeçme, ceza yargılamasında düşme kararı verilmesini gerektiren bir durumdur (TCK m. 73/4, CMK m. 223/8). Kamu davasının düşmesi sonucunu doğuran bu etkisi nedeniyle şikâyetten vazgeçme, genel af kurumuna benzenmektedir.<sup>118</sup> İki kurum arasındaki bir diğer benzerlik de kapsamına giren kişilerin mahkûmiyet kararlarının bulunmaması noktasında karşımıza çıkmaktadır. Zira şikâyetten vazgeçme, şikâyetten vazgeçilen kişi hakkındaki kamu davasının düşmesi sonucunu doğurduğundan

<sup>116</sup> Soyaslan, s. 435. Benzer tespitler için bkz. Yalçın Sancar, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", s. 160 vd.

<sup>117</sup> Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2021, s. 516, 517.

<sup>118</sup> Keyman, s. 12.



sanık hakkında bir mahkûmiyet kararı bulunmayacaktır. Genel af da kamu davası kesin hükümle sonuçlanmadan ilan edildiğinde kamu davasının düşmesi sonucunu doğuracağından, bu halde de sanık hakkında bir mahkûmiyet kararı bulunmayacaktır. Bununla birlikte genel af, sanık hakkındaki kamu davası kesin hükümle sonuçlandıktan sonra ilan edilir ise, cezanın infazına engel olduğu gibi, kişi hakkındaki mahkûmiyet kararının adli sicilden silinmesi sonucunu doğuracak, dolayısıyla yine sanık hakkında hiç mahkûmiyet kararı tesis edilmiş gibi olacaktır. Oysa şikâyetten vazgeçme, kural olarak hükmün kesinleşmesine kadar mümkün olup, sanık hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleştikten sonra şikâyetten vazgeçmenin mahkûmiyet kararı ve dolayısıyla cezanın infazı üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır (TCK m. 73/4). Dolayısıyla şikâyetten vazgeçmenin kamu davası kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar mümkün olmasına rağmen, genel af ilanı bakımından böyle bir süre sınırının olmaması bu iki kurum arasındaki bir diğer farkı teşkil etmektedir. Bununla birlikte istisnai olarak hüküm kesinleştikten sonra da şikâyetten vazgeçmeye imkan tanıyan yasal düzenlemelerin de bulunduğu, bu gibi hallerde “mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilmesi” gerektiğinin ifade edildiği görülmektedir.<sup>119</sup> Ancak kesinleşmiş mahkûmiyet kararları bakımından, dosyanın tekrar yargılamayı yapan ilk derece mahkemesinin önüne gitmesi ve aynı mahkemenin “hükmün bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılmasına” karar vermesini öngören bu yasal düzenlemelerin, CMK m. 223’de yer verilmeyen bir karar türünü sisteme dahil etmesi nedeniyle eleştiriye açık olduğu düşünülmektedir.

Öte yandan sadece şikâyete hakkı olan ve bu hakkını kullanmış olan suçtan zarar görenler, şikâyetten vazgeçme imkanına sahipken; genel af sadece Anayasa m. 85 uyarınca TBMM tarafından ilan edilebilecektir. Yine şikâyetten vazgeçme, sadece takibi şikâyete bağlı suçlarda ceza davasının düşmesi sonucunu doğururken; genel af kapsamına takip usulü fark etmeksizin bütün suçların alınabilmesi mümkündür.<sup>120</sup>

<sup>119</sup> Çek Kanunu’nda yer verilen bu tip yasal düzenleme örnekleri için bkz. Centel/Zafer, s. 730, dp. 31.

<sup>120</sup> Keyman, s. 13; Sözüer, s. 234.

Şikâyetten vazgeçme ile genel af arasındaki bir diğer fark, kurumların sırayeti noktasında karşımıza çıkmaktadır. Zira iştirak halinde işlenen suçlarda şeriklerden biri için şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de etkilerken (TCK m. 73/5) yani onlar hakkında açılan ceza davalarının da düşmesi sonucunu doğururken; genel affın suçlar karşılığında hükmedilen cezaların ağırlığı dikkate alınarak ilan edilmesi durumunda olduğu gibi, iştirak halinde işlenen suçlarda şeriklerden sadece bir kısmı bakımından etki doğurması da mümkündür.<sup>121</sup>

Bu bağlamda şu husus da ifade edilmelidir ki, şikâyetten vazgeçme ancak hakkında şikâyetten vazgeçilen kişinin bunu kabul etmesine bağlı olarak sonuç doğuracaktır (TCK m. 73/6). Oysa affın mecburiliğinin sonucu olarak genel af bakımından kural, genel affın etkisinin şüpheli veya sanığın kabulüne bağlı olmamasıdır. Bununla birlikte istisnai olarak ilgili genel af kanununda bunun aksine hükümlerin getirilmesi ve sadece affı kabul eden şüpheli veya sanıkların bu af kanunundan yararlanacaklarının hüküm altına alınabilmesi de mümkündür.<sup>122</sup> Zira kişiler, af kanunundan yararlanmaktansa haklarındaki ceza yargılamasına devam edilerek masumiyetlerinin mahkeme kararıyla ortaya konulmasını da tercih edebilirler.<sup>123</sup> Bununla birlikte kişilerin, haklarında kurulmuş ve kesinleşmiş olan bir cezayı çekmekte menfaatinin bulunduğundan ya da kazanılmış haklarının olduğundan söz edilemeyeceğinden, kesinleşmiş mahkumiyet kararlarını kapsamına alan genel af kanunları bakımından hükümlülerin bu affı reddetme imkanları bulunmamaktadır.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> Sözüer, s. 234.

<sup>122</sup> Keyman, s. 13; Sözüer, s. 234.

<sup>123</sup> Bir kişinin suçu işleyip işlemediği mahkeme kararıyla sabit olmadan aftan yararlandırılmasının çelişki teşkil ettiğine dair bkz. Zafer, s. 723. Kişinin aftan yararlanmamayı tercih etmesi durumunda açıklanan iradenin sadece aftan yararlanmamayı tercih eden kişi bakımından etkili olacağı, diğer şeriklerin durumunun bu irade açıklamasından etkilenmeyeceği; yine kişi aftan yararlanmamayı tercih ettiğini açıkladıktan sonra bu fikrinden vazgeçebilmesinin ve aftan yararlanmayı talep edebilmesinin mümkün olduğuna dair bkz. Dönmezer/Erman, Cilt:III, s. 219.

<sup>124</sup> Keyman, s. 46 vd., 150. Aynı yönde bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 773; Toroslu/Toroslu, s. 501. Benzer tespitler için bkz. Zafer, s. 723.

## Sonuç Yerine

Özellikle genel affın, siyasi amaçlarla kullanıldığı gerçeği dikkate alındığında, genel af ilan edilmesi yerine o eylemin suç sayılıp cezalandırılmasında toplumsal yarar kalmamışsa, eylemin suç olmaktan çıkartılması yoluna gidilmelidir.<sup>125</sup> *Platon*'un da ifade ettiği üzere, *bir devletin kalıcı ve insanlık ölçüleri içerisinde olabilmesi için onur gibi cezaların da doğru dağıtılması gerekmektedir.*<sup>126</sup> Bu bağlamda bir eylemin suç sayılması ve o suç karşılığında öngörülen yaptırımlar belirlenirken hassasiyetle hareket edilmesi gerektiği açık olduğu gibi, bu hassasiyet, affa duyulan ihtiyacı da azaltacaktır. Bu husus *Bentham* tarafından da *"İyi yasalar yapılmalıdır ki, onları hükümsüz kılacak sihirli değneklere ihtiyaç kalmasın"* sözleriyle ifade edilmektedir.<sup>127</sup>

Yine belirli bir dava özelinde kanun hükmünün hatalı uygulandığı sonucuna ulaşılması halinde yani adli hatanın söz konusu olduğu hallerde de af kurumu yerine yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi düşünülebilir.<sup>128</sup> Bu doğrultuda adli hataların yoğunluğundan kaynaklı şikayetlerin sayısındaki artışın, ilan edilecek aflarla giderilmeye çalışılması yerine, yargının etkin ve adil şekilde işlemlerini sağlayacak tedbirler ve yasal düzenlemeler getirilmesi gerektiği açıktır.<sup>129</sup> Kaldı ki yukarıda da ifade edildiği gibi, özellikle af ilan etme yetkisinin iktidar sahipleri tarafından siyasi çıkarlar için kullanılması durumunda olduğu gibi yetkinin kötüye kullanıldığı hallerde af ilan edilmesinin, cezadan beklenen faydayı ortadan kaldırmak ve adalet mekanizmasına duyulan inancın sarsılmasına neden olmak gibi ciddi riskleri de bulunmaktadır.<sup>130</sup> Hatta temelinde toplumsal barışın yeniden tesis

<sup>125</sup> Keyman, s. 17.

<sup>126</sup> Plato, *Laws 1 & 2*, Translated with an Introduction and Commentary by Susan Sauvé Meyer, Clarendon Plato Series, Oxford University Press, 2015, ProQuest Ebook Central, s. 27.

<sup>127</sup> Jeremy Bentham, *Theory of Legislation*; aktaran, Yıldırım, s. 17.

<sup>128</sup> Özek, s. 137; Kocasakal, s. 94. Bu halde kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi yollarının işletilebileceğine dair bkz. Şen, "Türk Ceza Hukuku Yönünden Af", s. 115.

<sup>129</sup> Affın, adli hataların giderilmesinde başvurulabilecek tali ve istisnai bir yol olduğu yönünde bkz. Yalçın Sancar, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", s. 187.

<sup>130</sup> Öztürk/Erdem, s. 610. Türkiye'de adeta dönemsel olarak çıkarılan aflar nedeniyle, toplumun hukuka duyduğu güvenin azaldığı, cezanın genel ve özel önleme amacının etkisiz kılındığına yönelik değerlendirmeler için bkz. Sözüer, s. 222.

edilmesi bulunan kurumun, bu amacından uzaklaştırılarak, yapay gerekçelerle kullanılması, affın kendisinin toplumsal barışı bozmak ya da büyük toplumsal kargaşalara neden olmak gibi sonuçlar doğurması da mümkündür.<sup>131</sup> Bununla birlikte kötüye kullanıma ya da yanlış uygulamaya müsait tek ceza hukuku kurumu, af değildir. Kaldı ki bir kurumun kötüye kullanım ya da yanlış uygulanma ihtimalinin varlığı, söz konusu kurumların ceza kanunlarından çıkartılmasının gerekçesi de olamaz.<sup>132</sup>

Öte yandan büyük toplumsal olaylar sırasında bu olayların bastırılması amacıyla çıkartılan kanunlara dayanılarak kurulan mahkûmiyet kararları nedeniyle özellikle siyasi<sup>133</sup> ya da yarı siyasi suçların ve bu suçlardan hüküm giymiş olanların, yine aslında ifade veya düşünce özgürlüğünün, bu kapsamda basın özgürlüğü ve eleştiri hakkının kullanımı niteliğinde olan fiillerin ya da bu fiilleri nedeniyle hüküm giymiş olanların affedilmesi<sup>134</sup> suretiyle toplumsal barışın yeniden tesis edilmesinde zorunluluk olabilir.<sup>135</sup> Bu tip siyasi ya da yarı siyasi

<sup>131</sup> Bu tespitler ve Türkiye’de 1974 yılında ilan edilen affın, ülkede 12 Eylül 1980 darbesine zemin hazırlayan olayların çok etkin bir sebebinin oluşturduğu hususunda görüş birliği olduğuna dair değerlendirmeler için bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: III, s. 217. Benzer yönde siyasal suçları, ifade ve basın özgürlüğü ile bağlantılı suçları kapsamına alan af kanunlarının, toplumsal barışın yeniden tesis edilmesine fayda sağlarken, suçun niteliği dikkate alınmaksızın hemen hemen bütün suçları kapsamına alan geniş kapsamlı af kanunlarının toplumsal barıştan çok toplumsal rahatsızlığa zemin hazırladığına dair bkz. İncooğlu, s. 64. Benzer tespitler için bkz. Çakmak, s. 51 vd.; Kocasakal, s. 97.

<sup>132</sup> Keyman, s. 28 vd., 148 vd.

<sup>133</sup> Genel affın, sadece siyasi suçları kapsamına alması, diğer suçlar için genel af ilan edilmemesi gerektiğini savunan görüşlerin ayrıntıları ve bu görüşlere yönelik eleştiriler için bkz. Keyman, s. 25 vd. Cebir, tehdit, şiddet karışmadığı ölçüde yarı siyasi suçların af kapsamına alınabileceğine dair bkz. Şen, “Türk Ceza Hukuku Yönünden Af”, s. 122. Aksi yönde siyasi suçların kapsamının belirlenmesi mümkün olmadığından sadece siyasi suçlar için af ilan edilmemesi gerektiğine dair bkz. Çakmak, s. 52.

<sup>134</sup> Bir af kanununun ilk olarak kapsamına alması gereken vakıaların, ifade ve düşünceyi açıklama özgürlüğünün siyasi saikler doğrultusunda kullanılmasından doğan ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı davalar olduğuna yönelik haklı tespit ve değerlendirmeler için bkz. Tolga Yıldırım, s. 39. Benzer tespitler için bkz. Kuzu, 292, 296. Devletin af yetkisini öncelikle devlet aleyhine işlenen suçlar bakımından kullanması gerektiğine yönelik değerlendirmeler için bkz. Öztürk/Erдем, s. 610. Benzer şekilde bireyin mağdur edildiği adi suçlarda af yetkisinin kullanılmaması gerektiğine dair bkz. Şen, “Türk Ceza Hukuku Yönünden Af”, s. 122.

<sup>135</sup> Büyük toplumsal olayların ardından verilen mahkûmiyet kararları bir af ile ortadan kaldırılmadığı sürece, bu olayların önlenmesinin imkânsız olduğuna, genel

suçları ve ifade ya da düşünce özgürlüğünün kullanımı niteliğinde olan fiilleri kapsamına alan af kanunları bakımından, cezadan beklenen faydayı ortadan kaldırdığı ya da adalet mekanizmasına duyulan inancın sarsılmasına neden olduğu gibi eleştirilerin getirilmesi imkanı da bulunmamaktadır. Zira bu nevi suçları işleyen kişiler, doğru ya da yanlış, ülke menfaatine hareket ettiklerine inanan, bu yönüyle adi suçları işleyen faillerden ayrılarak affı hak ettikleri kabul edilebilecek olan kişilerdir. Yine bu nevi suçları işleyen kişiler, nasıl olsa ileride işlemiş olduğumuz suçlar karşılığında hükmedilen cezalar affedilir düşünceyle suç işlemediklerinden, bu nevi suçları kapsamına alan genel af kanunlarının cezadan beklenen faydayı ortadan kaldırdığının söylenebilmesi de mümkün değildir.<sup>136</sup> Bununla birlikte öğretilerde haklı olarak ifade edildiği üzere suçları türlü gerekçelerle affetmek yerine, demokratik değerleri benimsemiş, görüş farklılıklarına saygı duyabilen ve farklılıklarına rağmen uzlaşabilen bir toplum inşa edilebildiği; ceza adalet sistemi güçlendirildiği ve sağlıklı bir şekilde işletilebildiğinde, af kurumuna duyulan ihtiyacın azalacağı da açıktır.<sup>137</sup> Bu bağlamda şu husus da ifade edilmelidir ki, Türk hukukunda Anayasa ile çizilen sınır çerçevesinde orman suçları hariç af kapsamına alınabilecek suçlar bakımından açık bir sınır bulunmamakla birlikte, yaşama hakkı gibi ağır insan hakları ihlali sonucunu doğuran suçların af kapsamına alınmaması gerektiği düşünülmektedir. Bu husus, Türkiye'nin tarafı olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesinde hüküm altına alınan yaşama hakkının ihlali iddiasıyla önüne taşınan davalarda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından da, devletlerin yaşama hakkını ihlale yönelen fiilleri önlemek kadar, bu hakkın ihlali sonucunu doğuran davranışlar karşısında etkili bir ceza soruşturması ve kovuşturması yükümlülüklerinin bulunduğu tespitlerinden de örtü-

---

affin, toplumsal ayrımlara neden olabilecek uygulama ve eylemlerin üzerini örtterek, geçmişin unutulmasını ve geleceğe dönülmesini mümkün kıldığına yönelik değerlendirmeler için bkz. Keyman, s. 24. Benzer tespitler için bkz. Sözüer, s. 223.

<sup>136</sup> Özek, s. 145; Keyman, s. 26.

<sup>137</sup> Tolga Yıldırım, s. 48. İfade ve düşünceyi açıklama özgürlüğü kapsamında kalan fiillerin önce suç sayılıp, sonrasında af kapsamına alınması yerine, bu fiillerin baştan suç sayılmaması gerektiği; bunun için de öncelikle bağlantılı yasal düzenlemelerin gözden geçirilmesi, ardından söz konusu yasal düzenlemelerin İHAS ve dolayısıyla İHAM kararlarına uygun yorumlanması gerektiğine dair değerlendirmeler için bkz. Erdem, s. 35.

lü olarak çıkartılabilir.<sup>138</sup> Bu durum öğreti tarafından da İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, hiçbir af yasağına açıkça kararlarında yer vermiyor olsa da, 1991 yılında verdiği Laurance Dujardin and Others v. France kararında<sup>139</sup> ortaya koyduğu, devletlerin, af kanunlarının içeriğini belirlemelerinin suç ve ceza siyasetlerini belirleme konusundaki yetkileri içerisinde görülebileceğine dair içtihadından döndüğü yönünde değerlendirilmektedir.<sup>140</sup>

Bir eylemin suç sayılması ve o suç karşılığında öngörülen yaptırımlar belirlenirken, yasa koyucunun hassasiyetle hareket etmesinin af kurumuna duyulacak ihtiyacı azaltacağı tespiti yerinde olmakla birlikte, bu hassasiyetin af kanunlarına duyulan ihtiyacı tamamen ortadan kaldırması da mümkün değildir. Zira kanunlar genel ve soyut niteliktedirler. Bu yönleriyle de yasa koyucu ne kadar hassasiyetle hareket ederse etsin, somut olay özelinde ortaya çıkabilecek cezanın hafifletilmesini gerektiren bütün nedenlerin önceden tespit edilebilmesi mümkün olmadığı gibi, yine önceden öngörülmesi mümkün olmayan bazı ağır sonuçlara yol açmaları da her zaman ihtimal dahilindedir. İşte bu ağır sonuçların ortadan kaldırılması için de af kanunlarına ihtiyaç duyulabilir.<sup>141</sup>

Öte yandan bir eylemin suç sayılıp cezalandırılmasında toplumsal yarar kalmamışsa, o eylemin affedilmesi yerine suç olmaktan çıkartılması, af kurumuna yönelik eleştiriler karşısında tercih edilmesi gereken yol olmakla birlikte, kamu yararının eylemin suç sayılmaya devam edilmekle birlikte, belirli bir süre için cezalandırılmamasını gerektirmesi de mümkündür. İşte sosyal zorunluluklar kaynaklı, ceza kanunu hükümlerinin geçici olarak ilga edilmesini ya da bu maddelere dayanılarak hükmedilmiş cezaların infaz edilmemesini gerektiren bu gibi durumların varlığı nedeniyle de af ilan edilebilmesi mümkündür.<sup>142</sup>

<sup>138</sup> Salman v. Turkey, (GC), 27.06.2000, App. No: 21986/93, par. 105, hudoc.echr.coe.int, E.T. 23.02.2023. Benzer değerlendirmeler için bkz. Gül v. Turkey, 14.12.2000, App. No: 22676/93, par. 88; Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom, 14.03.2002, App. No: 46477/99, par. 69; Hanan v. Germany, (GC), (Key Case), 16.02.2021, App. No: 4871/16, par. 132, hudoc.echr.coe.int, E.T. 23.02.2023.

<sup>139</sup> Laurance Dujardin v. France, 02.09.1991, App. No: 16734/90, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-85292&filename=DUJARDIN%20ET%20AUTRES%20v.%20FRANCE.pdf>, E.T. 24.02.2023.

<sup>140</sup> Bu değerlendirmeler için bkz. Gropengießer, s. 33.

<sup>141</sup> Keyman, s. 14 vd., 21; Centel/Zafer/Çakmut, s. 773.

<sup>142</sup> Keyman, s. 20 vd.

Yine adli hataların varlığı yadsınamaz bir gerçek olduğundan bu hataların giderilmesi gerektiği de açıktır. Bu gibi hallerde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi gerektiği ileri sürülebilirse de<sup>143</sup> bu durum, kişi hakkında yeniden bir yargılama prosedürünün devreye girmesi anlamına geleceğinden, kişinin özgürlüğüne kavuşma zamanının gecikmesi riskini doğurabilecektir.<sup>144</sup> Bu nedenle adli hataların hızla giderilmesi için de bir af kurumuna ihtiyaç bulunmaktadır.<sup>145</sup> Adli hatanın varlığı halinde ilan edilecek af, özel af olup, bu affı da kendisine sürekli hastalık, sakatlık ve kocama halleri ile sınırlı bir özel af ilan etme yetkisi tanınan Cumhurbaşkanı tarafından farklı olarak TBMM ilan edecektir. Bununla birlikte adli hatanın giderilmesi amacıyla affa başvurulurken de, TBMM, bir yargı organı olmadığını akılda tutarak, mahkemelerin olaya yönelik maddi ve hukuki takdirleri ile ilgili değerlendirmede bulunmamaya, AY m. 138’de güvencesini bulan mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine riayet etmeye özen göstermelidir.<sup>146</sup> Bununla birlikte şu husus da ifade edilmelidir ki, kişi aftan yararlandıktan sonra, bu affın özel af niteliğinde olması nedeniyle hakkındaki mahkûmiyet varlığını devam ettirdiğinden, af kanunundan yararlanan hükümlülerin, yargılamanın yenilenmesi yoluna gitmesi de mümkündür.<sup>147</sup>

<sup>143</sup> Adli hatanın varlığı halinde, hata yargı organı tarafından yapıldığından, bu hatanın yine yargı organı eliyle giderilmesi gerektiğine; bu halde af yolunu açmak suretiyle başka organların yargı kararlarında hata görmesine imkan tanımının, “yargılama erkine müdahale”ye imkan tanımak anlamına geleceğine yönelik eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. Faruk Erem, “I. Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1962, Cilt: 19, Sayı: 1, (3-48) s. 6.

<sup>144</sup> Keyman, s. 35, 38. Affın ilan edilmesinin uzun sürmesi nedeniyle bu halde af yoluna gidilebileceğinin kabul edilmesinin, adli hatanın bir süre daha devam etmesine neden olabileceği; buna karşılık yargılamanın yenilenmesinin daha hızlı olabileceğine dair aksi yöndeki değerlendirmeler için bkz. Erem, s. 6.

<sup>145</sup> Hobbes’un da ifade ettiği gibi “mahkemelerde yargılayanların aslında hakimler değil, devletin kişiliğini temsil eden egemen güç” olduğu ve bu durumun en görünür hali olan siyasi davalarda, adil olmayan, hatta kamu adına yapılan yargılamalarda kamu vicdanını yaralayan sonuçların çıktığı gerçeği dikkate alındığında, bu tip davaların sonuçlarının affı meşru kılmasının mümkün olduğuna yönelik haklı değerlendirmeler için bkz. Tolga Yıldırım, s.24. Buna karşılık adli hataların ilan edilen aflar yoluyla giderilmesine yönelik eleştirilerin ayrıntıları için bkz. Keyman, s. 35 vd.

<sup>146</sup> Keyman, s. 5 vd., 41, 148, 149.

<sup>147</sup> Özek, s. 172; Keyman, s. 35. Adli hata yapılarak kişi hakkında mahkûmiyet kararı kurulan suçun genel af kapsamında kalması halinde ise, genel af mahkûmiyet kararını ortadan kaldıracığından, var olmayan bir mahkûmiyet için yargılamanın

Bütün bu açıklamalar doğrultusunda af ilan edilmesinin cezadan beklenen faydayı ortadan kaldırması ve adalet mekanizmasına duyulan inancın sarsılmasına neden olması gibi ciddi riskleri bulursa da af kurumunun toptan reddedilmesi imkanı bulunmamaktadır.<sup>148</sup> Bu nedenle affın ancak gerçekten toplumsal bir yarar bulunması halinde ve affa gerçekten layık olanları kapsamına alacak şekilde yani bireyselleştirilmiş olarak ilan edilmesi yoluyla aftan beklenen amaca ulaşılması mümkün olabilecektir.<sup>149</sup>

Bu bağlamda ceza kanunları hazırlanırken ve uygulanırken, ceza hukukunun son çare olma özelliği akılda tutularak hassasiyetle hareket edilmesi af kurumuna olan ihtiyacı azaltacak olmakla birlikte, affa ancak aftan beklenen faydaya diğer ceza hukuku kurumları ile ulaşmanın mümkün olmaması ya da diğer ceza hukuku kurumları ile ancak kısmi bir faydanın elde edilmesi halinde yani af ilan etmenin zorunlu olduğu hallerde başvurulmalıdır.<sup>150</sup> Bu durumda da ilan edilen

---

yenilenmesi yoluna gidilmesinin kural olarak mümkün olmadığına, bunun ancak ilgili genel af kanununda bu yönde bir hüküm ihdas edilmiş olmasına bağlı olduğuna yönelik tespitler için bkz. Keyman, s. 103.

<sup>148</sup> Bu doğrultuda özellikle büyük toplumsal olayların ya da rejim değişikliklerinin ardından ilan edilen aflarla şu anın adaleti kurban edilerek bir adaletsizlik yaratılıyor olsa da, bu adaletsizliğin gelecekteki adaletle hizmet ettiğine, gelecekteki adaletsizliklerin önüne geçildiğine dair tespitler ve bu tespitlere yönelik filozoflar tarafından getirilen, ne kadar iyi amaçlara yönelik olursa olsun bilerek ve isteyerek bir adaletsizliğin yaratılmaması gerektiğine dair bkz. Kent Greenawald, "Amnesty's Justice", in, Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions, Ed. Robert I. Rotberg/Dennis F. Thompson, Princeton University Press 2000, (189-210), s. 191 vd.

<sup>149</sup> Özek, s. 138; Centel/Zafer/Çakmut, s. 773. Benzer tespitler için bkz. Yalçın Sancar, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", s. 156.

<sup>150</sup> Sözüer, s. 252; Şen, "Türk Ceza Hukuku Yönünden Af", s. 118. Zorunluluk olmadan, *justa causa* gerçekleşmeksizin af ilan edilmesi halinde, ceza hukuku emir ve yasaklarının ciddiyetinin kaybolacağı ve ceza yargılamasının sakatlanacağına yönelik tespitler için bkz. Demirbaş, "Af Tartışmaları", s. 82. Bu zorunluluğun bulunup bulunmadığını tespit ederken toplumun içinde bulunduğu koşulların ve geçmişin titizlikle, serinkanlı bir şekilde analiz edilmesi gerektiği; bu yapılmayıp af yetkisinin, kısa vadeli siyasi çıkarlarla kullanıldığı takdirde, toplumsal zorunluluklar ile ceza adaleti arasındaki çok hassas dengenin bozulacağına dair değerlendirmeler için bkz. Yalçın Sancar, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", s. 186 vd. Bu konudaki zorunluluğun sınırının toplumsal barışın sağlanması olduğu; böyle bir zorunluluk olmaksızın af ilan edilmesi halinde, devletin af ilan etmek konusundaki hakkını kötüye kullan-



affin adalete ve kamu yararına hizmet etmesine, bu anlamda eşitlikçi olmasına,<sup>151</sup> affa layık olanları kapsamına almasına<sup>152</sup> ve TBMM tarafından ilan edilen afların mümkün olduğunca geniş bir uzlaşının ürünü olmasına<sup>153</sup> özen gösterilmelidir.<sup>154</sup> Bu husus Anayasa Mahkeme-

miş sayılacağı ve hukukun hakkın kötüye kullanılmasını korumasının mümkün olmadığına dair bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 513. Bu zorunluluğun bulunduğu tespit edildiği hallerde, af ilan edilip edilmeyeceğinin de uzun süreler sürünce de bırakılmaması; aksi halde mahkumlar ya da yakınlarının, beklenti içerisine sokulmasının, infaz kurumlarında sorunlara yol açtığı gibi, toplumsal barışı da olumsuz etkilediğine dair tespit ve değerlendirmeler için bkz. Sözüer, s. 252. Benzer tespitler için bkz. Kuzu, s. 257. Benzer değerlendirmeler ve siyasi saiklerle çıkartılan af kanunlarının, siyasi zeka ürünü olarak mı, yoksa hukuk mezarlığında bir mezar taşı olarak mı değerlendirileceğinin zaman içerisinde ama mutlaka ortaya çıkacağına dair tespitler için bkz. Gropengießer, s. 37 vd.

<sup>151</sup> Affin eşitlikçi olduğundan söz edilebilmesi için, af kapsamına giren suç ve cezalar ile af kapsamı dışında kalanlar kıyaslandığında, bu iki grubu birbirinden ayıran belirgin farkların olması ve kapsam dışı bırakılan suç ve ceza grubu açısından bu kapsam dışılığı haklı kılacak objektif nedenlerin bulunması gerektiği yönünde bkz. Inceoğlu, s. 68. Bu noktada eşitlik ilkesine uygun bir düzenleme getirilmediğinin denetlenmesinde “düzenleme konusu hukuksal ilişkinin doğasına uygunluk” formülünün, bir ölçüt olarak kullanılabilmesine, aksine af kapsamına giren suç ya da cezaların, hangi ölçütler dikkate alınarak belirlendiğinin tespit edilemediği hallerde, ilan edilen afların, “özensiz, ölçütsüz, keyfi ve amaçsız” olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğuna dair bkz. Yalçın Sancar, “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertenlenmesine Dair Kanun’un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, s. 180, 182, 192 vd. Eşitlik ilkesinin, mahkeme huzurunda, kamu hizmetlerine girmede ve devlet tarafından sağlanan imkanlara kavuşmada olmak üzere belirli alanlarda uygulanması söz konusu olup, af ilan etmenin bunların dışında kaldığına, bunun tersini iddia etmenin ilgili af düzenlemelerine yönelik yerindelik denetimi yapılması ve af ilanına yetkili organların takdir alanına müdahale edilmesi anlamına geleceğine yönelik aksi yöndeki değerlendirmeler ve bu değerlendirmeleri destekler Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Armağan, s. 353 vd. Benzer yönde af bir lütuf olduğundan af kapsamına hangi suçların alınacağını belirleme yetkisinin TBMM’ye ait olduğuna dair değerlendirmeler için bkz. Şen, “Türk Ceza Hukuku Yönünden Af”, s. 104 vd.

<sup>152</sup> Özek, s. 136; Keyman, s. 22, 23, 39, 149. Benzer tespitler için bkz. Tolga Yıldırım, s. 34; Yalçın Sancar, “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertenlenmesine Dair Kanun’un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, s. 155 vd.

<sup>153</sup> Sözüer, s. 252. Affin, toplumsal uzlaşının ürünü olmasının sağlanabilmesi için af kanunlarının mutlaka referandumla sunulmasını sağlayacak bir sistemin benimsenmesi gerektiği yönünde bkz. Ersan Şen, Başlıksız, içinde; Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu, Ed. Serap Keskin Kızıroğlu, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, (99-100), s. 99.

<sup>154</sup> Benzer tespitler için bkz. Kocasakal, s. 98. Af yetkisinin hangi hallerde kullanılabilmesi konusunda kanunlarda açık düzenleme olmadığından, af yetkisini kullanan makamın bu yetkiyi, adalet, eşitlik ve diğer anayasal ilkelere uygun olarak kullanması; bu doğrultuda suçların işlenme sıklığı, suçun ihlal ettiği değer,

si kararlarında da, “...adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu sürdürmekle yükümlü olan hukuk devletinde, yalnız suç ve cezaların saptanmasında adil ölçülerin gözetilmesiyle yetinilemez; bunların kaldırılması, değiştirilmesi ya da kimi olanakların tanınması söz konusu olduğunda da aynı ölçülerin esas alınması zorunludur”<sup>155</sup> ifadeleriyle ortaya konulmaktadır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akbulut Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Alşahin Mehmet Emin/Çakır Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Beccaria Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2020.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2020.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2022.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: I, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1997.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: III, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1997.
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2021.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Katoğlu Tuğrul, Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Keyman Selahattin, Türk Hukukunda Af, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 199, Ankara 1965.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Özbek Veli Özer, Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Cilt: 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

---

verilen zarar, mağdurun ve toplumun affa tepkisinin yanında, toplumun içinde bulunduğu durumun af ilan edilmesini zorunlu kılıp kılmadığının araştırılması gerektiği konusunda bkz. Çakmak, s. 39, 40.

<sup>155</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bu tespit ve değerlendirmesi için bkz. Anayasa Mahkemesi, 19.09.2000, E. 1999/39, K. 2000/23, RG 12.10.2000, No: 24198.

- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Plato, Laws 1 & 2, Translated with an Introduction and Commentary by Susan Sauvé Meyer, Clarendon Plato Series, Oxford University Press, 2015, ProQuest Ebook Central.
- Toroslu Nevzat/Toroslu Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.
- Tosun Öztekin, Suç Hukuku El Kitabı, İstanbul 1982.
- Yalçın Sancar Türkan, Müteselsil Suç, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1995.
- Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2021.

## Makaleler

- Alacakaptan Uğur, “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanununa Genel Bir Bakış”, içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, 379-400.
- Armağan Servet, “Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirilmesi”, içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, 347-362.
- Atila Mesude, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Hukuku’nda Af Kurumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, 275-284.
- Bayraktar Köksal, Başlıksız, içinde; *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu*, Ed. Serap Keskin Kızıroğlu, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, 88-91.
- Çakmak Seyfullah, “Türk Hukukunda Af Sorunu”, içinde; *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu*, Ed. Serap Keskin Kızıroğlu, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, 39-67.
- Demirbaş Timur, “Af Tartışmaları ve <23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun>”, içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumunda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, 78-97.
- Erdem Mustafa Ruhan, “Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış”, içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, 17-39.
- Erem Faruk, “I. Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1962, Cilt: 19, Sayı: 1, 3-48.
- Gözler Kemal, “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi”, içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, 298-329.

- Greenawald Kent, "Amnesty's Justice", in, *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*, Ed. Robert I. Rotberg/Dennis F. Thompson, Princeton University Press 2000, 189-210.
- Gropengießer Helmut, "Af-Tartışmalı Bir Hukuksal Kuruma Karşılaştırmalı ve Tarihsel Bir Bakış", (Çev. Serap Keskin Kızıroğlu), içinde; *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu*, Ed. Serap Keskin Kızıroğlu, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, 26-38.
- İçel Kayıhan, "Anayasa Hükümleri ve Yüksek Mahkemelerin Kararları Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme ve Ertelemeye İlişkin Yasal Düzenlemelerin Yasaklanmış Haklar Üzerindeki Etkileri", içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, 209-217.
- İnceoğlu Sibel, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi", içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, 41-70.
- Keskin Kızıroğlu Serap, "Affın Çeşitleri", içinde; *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu*, Ed. Serap Keskin Kızıroğlu, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, 68-79.
- Kocasakal Ümit, Başlıksız, içinde; *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu*, Ed. Serap Keskin Kızıroğlu, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, 93-98.
- Kuzu Burhan, "Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü", içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, 254-296.
- Odyakmaz Zehra, "1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı", içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, 364-377.
- Özek Çetin, "Umumi Af", *İÜHFİM*, Yıl: 1959, Cilt: 24, Sayı: 1-4, 118-175.
- Özgenç İzzet, "Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme", içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumunda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, 99-147.
- Soyaslan Doğan, "Af", içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, 412-437.
- Sözüer Adem, "Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği İle Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu", içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, 219-252.
- Şen Ersan, Başlıksız, içinde; *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu*, Ed. Serap Keskin Kızıroğlu, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, 99-100.

- Şen Ersan, "Türk Ceza Hukuku Yönünden Af", içinde; Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu, Ed. Serap Keskin Kızıroğlu, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, 101-123.
- Yalçın Sancar Türkan, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", içinde, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumunda Sunulan Bildiriler, Ankara 2001, 149-195.
- Yıldırım Tolga, "Affın Hukuki Mahiyeti ve 2018/2929 Sayılı Kanun Teklifinin Kısa Bir Değerlendirmesi", *TBB Dergisi*, 2020 (146), 9-53.
- Yıldırım Turan, "Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı", içinde; *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 438-449.

### İnternet Kaynakları

- "Amnesty", Online Etymology Dictionary, <https://www.etymonline.com/word/amnesty#:~:text=1570s%2C%20%22a%20ruling%20authority's%20pardon,which%20is%20related%20to%20mnaomai>, E.T. 24.11.2022.
- Barbarino Alessandro/Mastrobuoni Giovanni, "The Incapacitation Effect of Incarceration: Evidence From Several Italian Collective Pardons", *American Economic Journal: Economic Policy*, Year: February 2014, Volume: 6, No: 1, 1-37, [https://icproxy.khas.edu.tr:2191/stable/43189364?seq=7#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://icproxy.khas.edu.tr:2191/stable/43189364?seq=7#metadata_info_tab_contents), E.T. 16.01.2023.
- Bassiouni Cherif, "Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability", *Law and Contemporary Problems*, 59 (1996), 9-28, Hein Online Veritabanı, E.T. 28.02.2023.
- Hoffding Harald, "State's Authority to Punish Crime", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Year: 1912, Vol: 2, Issue: 5, pp. 691-703, Hein Online Veritabanı, E.T. 20.01.2023.
- Kaplıca Koray, "Türkiye Tarihindeki Aflar", 27.08.2018, Doğruluk Payı, <https://dogrulukpayi.com/bulten/turkiye-tarihindeki-aflar>, E.T. 16.01.2023.
- Maffei Stefano/Merzagora Betsos Isabella, "Crime and Criminal Policy in Italy - Tradition and Modernity in Troubled Country", *European Journal of Criminology*, Volume: 4, Issue: 4, (461-482), <https://icproxy.khas.edu.tr:2176/doi/pdf/10.1177/1477370807080722>, E.T. 16.01.2023.
- Siterio Milena, "Rethinking Amnesty", *Denver Journal of International Law and Policy*, Issue 3, Fall 2006, 373-400, Hein Online Veritabanı, E.T. 28.02.2023.
- Weisman Norman, "A History and Discussion of Amnesty", *Columbia Human Rights Law Review*, Volume: 4, Issue: 2, Fall 1972, 529-540, Hein Online Veri Tabanı, E.T. 21.01.2023.
- Wilson Kent A., "Vengeance and Mercy: Implications of Psychoanalytic Theory for the Retributive Theory of Punishment", *Nebraska Law Review*, 60, 1981, pp. 276-303, Hein Online Veri Tabanı, E.T. 21.01.2023.
- Yahyaoglu Suat, "Türkiye'nin Genel Af Karnesi", 13.05.2018, *JURNAL.İST*, <https://www.gzt.com/jurnalist/turkiyenin-genel-af-karnesi-3356600>, E.T. 16.01.2023.

The Attorney General's Survey of Release Procedures, *Pardon*, Volume: III, United States Government Printing Office, Washington 1939, Hein Online Veritabanı, E.T. 02.03.2023.

### **Diğer Kaynaklar**

Dinler Veysel, Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2013.

### **Mahkeme Kararları**

İHAM, Gül v. Turkey, 14.12.2000, App. No: 22676/93.

İHAM, Hanan v. Germany, (GC), (Key Case), 16.02.2021, App. No: 4871/16.

İHAM, Laurance Dujardin v. France, 02.09.1991, App. No: 16734/90.

İHAM, Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom, 14.03.2002, App. No: 46477/99.

İHAM, Salman v. Turkey, (GC), 27.06.2000, App. No: 21986/93.

Anayasa Mahkemesi, 19.12.1966, E. 1966/7, K. 1966/46, RG 29.01.1968, No: 12812.

Anayasa Mahkemesi, 13.03.1979, E. 1978/67, K. 1979/14, RG 24.05.1979, No: 16646.

Anayasa Mahkemesi, 19.09.2000, E. 1999/39, K. 2000/23, RG 12.10.2000, No: 24198.

Anayasa Mahkemesi, T. 28.05.2002, E. 2002/99, K. 2002/51, RG 06.11.2002, No: 24928.

# KRİPTO VARLIK ALACAKLARINA İLİŞKİN DAVALARDA GÖREVLİ MAHKEME

## JURISDICTION TO CASES REGARDING TO CRYPTO ASSETS

Nesibe KURT KONCA\*  
Seyhan SELÇUK\*\*

**Özet:** Kripto varlıkların ve bilhassa kripto paraların kullanımının yaygınlaşması ve kullanım alanlarının çeşitlenmesinin bir sonucu olarak, kripto varlıklardan kaynaklanan alacak talepli davaların sayısının artması kaçınılmaz olmuştur. Kripto varlıkların kullanımının yaygınlaşmasına karşın bunlara ilişkin yasal düzenlemeler maalesef aynı hızda yapılamamıştır. Bilhassa, para formundaki kripto varlıkların hukuki niteliğiyle alakalı yasal bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bunların parasal değerlerinin bulunduğu da yadsınamaz bir gerçektir. Bu bakımdan, kripto varlık alacaklarına ilişkin özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, göreve ilişkin hükümlerin nasıl uygulama alanı bulunacağıın üzerinde durulması gerekmektedir. Bilhassa medeni yargılama alanında birden fazla görevli mahkemenin faaliyet gösterdiği dikkate alındığında, kripto varlıkların tahsili talepli davalarda görevli mahkemenin belirlenmesi, usul ekonomisi ilkesi açısından da ayrı bir önem teşkil etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Kripto Para, Kripto varlık, Kripto Varlık Borsası, Görevli Mahkeme

**Abstract:** As a result of the widespread use of crypto assets and especially cryptocurrencies and the diversification of their usage areas, it has become inevitable to be subject to lawsuits with claims arising from crypto assets. Although the usage area of crypto assets has become widespread and expanded, unfortunately, the legislative regulations related to them have not been made at the same speed. In particular, although there is no legislative regulations regarding the legal nature of crypto assets in the form of money, it is an undeniable fact that they have monetary values. In this regard, it is necessary to focus on how the provisions regarding the

\* Doç. Dr., Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, nesibe.kurt@ankaramedipol.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4638-6132.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, selcukseyhan07@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5074-6722, Makalenin Gönderim Tarihi: 01.03.2023, Kabul Tarihi: 17.05.2023

competence of court will be applied in the disputes arising from private law with the demand for the collection of crypto assets. Considering that there are more than one court in charge in the field of civil procedure, the determination of the court in charge in cases where the collection of crypto assets is demanded is of particular importance in terms of the principle of procedural economy.

**Keywords:** Cryptocurrency, Cryptoassets, Crypto Assets Exchange, Jurisdiction of Court

## I. Giriş

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte blok zincir kullanımı kripto varlıkları doğurmuş; bunun neticesinde para formundaki kripto varlıklar dünya geneline yayılmıştır. Merkeziyetsiz olması, anonim işlemlere konu yapılabilmesi yaygınlığını daha da artırmıştır. Ancak kripto varlıkların hukukî niteliğine ilişkin genel bir kabul oluşmamış, devletler şimdilik bu süreci gözlemeyi tercih etmiş; yavaş yavaş bu konuda düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Ülkemizde de kripto varlıkların ödeme aracı olmamasına ilişkin düzenlemeler yapılmış; ancak yaygın bir yatırım aracı olarak kullanılması cazibesini yitirmemiştir.

Yatırım aracı olma özelliği kripto varlıkların pek çok hukukî işleme konu olması sonucunu doğurmuştur. Nitekim, kripto varlıklara yönelik maddi hukuk sorunlarına ilişkin olarak pek çok makale yazılmıştır. Fakat konunun usul hukuku boyutunun sınırlı kaldığı, sadece kripto varlıkların dava konusu olması açısından ele alındığı görülmüştür. Bu bağlamda kripto varlıklara ilişkin uyumsuzluklarda görevli mahkemeye ilişkin çalışma yapılması ihtiyacı bulunmaktadır.

Çalışmada öncelikle kripto varlıkların hukukî niteliğine ilişkin tartışmalara genel hatlarıyla değinilecek; göreve ilişkin hükümlerin nasıl uygulama alanı bulunacağı ele alınacaktır. Görevli mahkemenin belirlenmesinde, kripto varlıkların hukukî niteliğinden ziyade, konu olduğu hukukî ilişkinin niteliği önem taşımaktadır. Zira, ülkemizde görevli mahkemenin tayininde esas alınan kriterlerin başında taraflar arasındaki hukukî ilişkinin niteliği gelmektedir. Bu bakımından özellikle kripto varlıkların tüketici işlemine konu olması durumunda tüketici mahkemeleri görevli olabilecektir. Diğer taraftan tarafların tacir olduğu ve ticari işletmelerini ilgilendiren kripto varlığa ilişkin satım, hizmet, havale gibi işlemlerde ise, nispi ticari dava söz konusu olup asliye ticaret mahkemelerinin görevli olması sonucu ortaya çıkacaktır.



Çalışma bu ihtimaller üzerine inşa edilecektir. Bununla birlikte önemle vurgulamak gerekir ki, uyuşmazlıklar sonsuz ihtimaller kümesi olduğu için, güncel mahkeme kararları dikkate alınarak görevli mahkemeye ilişkin değerlendirme yapılması yolu tercih edilmiştir.

Çalışma başlığı her ne kadar uyuşmazlıkları içerse de kripto varlıklara dair çekişmesiz yargı işleri de çeşitli ihtimallere binaen ele alınacaktır. Özellikle tevdi mahalli tayini ile yakın zamanda yargı içtihatlarına konu olan terekeye dahil kripto varlıkların korunmasına dair çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme üzerinde de kısaca durulacaktır.

Çalışmada inceleceği üzere, kripto varlıklar kendi içinde çeşitli sınıflara tabi tutulabilmektedir. Bu sınıflamadan kripto paralar esasen alacak talebiyle ilgili olabilirler. Buna karşılık token<sup>1</sup> ve NFT<sup>2</sup> formundaki kripto varlıklar tahsilden ziyade telif hukuku çerçevesinde korunma, tazminat gibi uyuşmazlıklara konu olmaktadır. Bu çalışma, esasen mevzuatta kripto varlık olarak zikredilen ancak uygulamada kripto para olarak yerleşmiş bulunan para formundaki kripto varlıkların tahsilini konu almaktadır. Tokenler ve NFT'ler ile ilgili uyuşmazlıklar bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

## II. Kripto Varlıklar ve Hukukî Niteliği

Kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi sisteminin bir parçası olarak dijital ortamda transfer, muhafaza ve değişim kolaylığı sağlayan, yasal hakların dijital sahada güvenli bir şekilde korunup işlenmesi olarak tanımlanabilir.<sup>3</sup>

Kripto varlıklar, dijital ortamda yazılım şeklinde geliştirilmektedir. Kripto varlıkların, dağıtık defter teknolojilerinden blok zincir

<sup>1</sup> Kendisine ait bir blok zinciri bulunmayan başka bir kripto paranın blok zinciri üzerinden işlem gören kripto paralara token (jeton) denilmektedir (Gökmen, Sezgin, Takibin ve Haczin Konusu Bakımından Kripto Paralar, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023, s. 37, dpn., 50' de anılan yazarlar).

<sup>2</sup> Açılımı Non-Fungible Tokens olan NFT, Dijital Dönüşüm Ofisi tarafından "Nitelikli Fikri Tapu" kavramı olarak kullanılmaktadır. bkz., (Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi- NFT'nin Türkçe Karşılığı Belli Oldu (cbddo.gov.tr). Erişim Tarihi 4 Şubat 2023.

<sup>3</sup> Kripto varlıkla ilgili bu tanım ve farklı tanımlar için bkz., Ayşegül Çiğner, Kripto Varlıklar ile İlgili Uluslararası ve Ulusal Yaklaşımlar, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2021, s. 27, 28.

(blockchain)<sup>4</sup> teknolojisi üzerinden varlık bulmuş olmaları, onların nakit ve nakit benzeri, finansal araç, stok ve maddi olmayan duran varlık sınıfları içinde yer alabileceği ile ilgili tartışmaları beraberinde getirmektedir.<sup>5</sup> Kripto varlık kavramı yerine kripto para, sanal para,<sup>6</sup> elektronik para,<sup>7</sup> dijital varlık gibi kavramlar kullanılmakla birlikte, söz konusu ekosistemin gün geçtikçe anlaşılmasıyla birlikte, kripto varlıklar dijital varlıkların bir türü olarak ifade edilmeye başlanmıştır.<sup>8</sup>

Kripto varlıklar, para formunda olan kripto paralar,<sup>9</sup> fiziksel veya finansal bir varlığa dayalı fonlama aracı olan tokenler ve NFT'ler<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Blok zincir hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Ali Karakaya, "Blok Zincir Teknolojisi Hakkında Genel Bilgiler ve Çeşitli Uygulama Alanları" Blokzinciri, Kripto Paralar ve Akıllı Sözleşmelerde Güncel Gelişmeler, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2021, 33 vd.; Osman Gazi Güçlütürk, "Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi", *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi* 4 (3), 2019, 385 vd.

<sup>5</sup> Ümmühan Aslan/Yıldız Ayanoğlu/Enes Özcan, "Kripto Varlıkların Muhasebeleştirilmesi ve Raporlanması", *Blockchain Teknolojisi ve Kripto Varlıklar Eko Sistemi*, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2022, s. 25.

<sup>6</sup> Avrupa Merkez Bankası sanal parayı, kredi kuruluşu veya e-para kuruluşu tarafından ihraç edilmemiş ve bazı durumlarda paraya alternatif olabilen bir varlığın dijital temsili olarak tanımlamaktadır. bkz., European Central Bank, *Virtual Currency Schemes- A Further Analysis*, 2015, s. 25 (<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>). Erişim Tarihi 27.01.2023.

<sup>7</sup> 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun m. 3/1-ç'ye göre, elektronik para ihraç eden kuruluş tarafından kabul edilen fon karşılığı ihraç edilen, elektronik olarak saklanan, elektronik ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve elektronik para ihraç eden kuruluş dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından da ödeme aracı olarak kabul edilen parasal değeri" ifade etmektedir.

<sup>8</sup> Aslan/Ayanoğlu/Özcan, s. 26.

<sup>9</sup> Kripto para birimleri birbirlerinin yerini alabildiği için yani birbirlerinin yerine geçebildiği için misli olarak kabul edilmektedir. Bkz., Pınar Çağlayan Aksoy, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 74; Canan Küçükali, "Telif Koruması Anlamında (Takas Edilemez Jeton) NFT'ler", *Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı*, Adalet Yayınları, Ankara 2021, s. 564; Zehra Özkan Üner, "Non-Fungible Tokens (NFT)lerin Telif Haklarına Yansıması", *Fikri Mülkiyet Hukukçuları Toplantısı Yargıtay ve Avrupa Birliği Adalet Divanları Kararları Hakkında Karşılaştırmalı Perspektifler*, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2023, s. 225; Pınar Çağlayan Aksoy/Zehra Özkan Üner, "NFTs and copyright: challenges and opportunities" *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 16 (10), 2021, s. 1117.

<sup>10</sup> Açılımı Non-Fungible Tokens olan NFT, Dijital Dönüşüm Ofisi tarafından "Nitelikli Fikri Tapu" kavramı olarak kullanılmaktadır. bkz., (Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi- NFT'nin Türkçe Karşılığı Belli Oldu (cbddo.gov.tr). Erişim Tarihi 4.02.2023

olarak sınıflandırılabilir.<sup>11</sup> Kripto varlık piyasanın dünya genelinde gerek işlem hacimlerinin artması gerekse insanların bu konuya ciddi bir şekilde eğilmeye başlaması ve sadece bir yatırım aracı olarak değil, mübadele ve transfer aracı olarak da kullanılmaya başlanması, devletleri bu yönde yasal düzenlemeler yapmaya zorlamaktadır. Kripto varlıkların hukukî niteliğinin belirlenmesi, bu sektördeki paydaşların hangi yasal hükümlere tabi olacağı ve kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü noktasında önem arz etmektedir. Bu alanda yapılacak birçok düzenleme ve çalışma, kripto varlıkların hukukî niteliğinin belirlenmesine bağlıdır.

Para formunda olan kripto varlıklar, merkezî bir otoriteye tabi olmayıp bunların kontrolü, blok zincir veri ağı kullanılarak gerçekleştirilmektedir. Blok zincir veri ağı, merkezi olmayan ve uçtan uca birbirine bağlı ağlardan oluşmakta ve herhangi bir aracı kurum olmadan işlem yapılmasına imkân vermektedir.<sup>12</sup> Para formunda olan kripto varlıklara, Bitcoin, Ethereum ve Litecoin gibi kripto paralar örnek olarak gösterilebilir.

Para formunda olan kripto varlıklar bakımından bunların para olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında, ekonomik anlamda paranın tanımı ve unsurlarına bakmak gerekmektedir. Ekonomik anlamda para, genel kabul gören tanım bağlamında, mal veya hizmet bedeli ile borçların ödenmesinde kullanılan ortak değişim aracını ifade etmektedir.<sup>13</sup> Bu tanım çerçevesinde paradan bahsedebilmek için, değişim aracı olma, hesap birimi olma (değer ölçüsü olma) ve değer saklama aracı olma özelliklerini bünyesinde barındırması gerekmektedir.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Aslan/Ayanoğlu/Özcan, s. 27.

<sup>12</sup> Abdurrahman Çarkacıoğlu, Kripto-Para Bitcoin, 1. Baskı, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi Araştırma Raporu, Ankara 2016, s. 8, 9; Fatih Bilgili ve Fatih Cengil, "İcra ve İflas Hukuku Yönüyle Kripto Paralara İlişkin Bazı Meseleler", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7 (1), 2019, s. 100.

<sup>13</sup> Murat Volkan Dülger, "Dijital Çağda Dijital Ödeme Aracı: Bitcoin ve Dijital Para", *Hukuk ve Daha Fazlası Dergisi* 7, 2019, s. 4.

<sup>14</sup> Paradan bahsedebilmek için bulunması gereken özelliklerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., İlker Parasız, Para Teorisi ve Politikası, 3. Baskı, Ezgi Kitabevi, Bursa 2016, s. 5 vd.; Merih Paya, Para Teorisi ve Para Politikası, 6. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2013, s. 17 vd.; Şevki Özbilen, Para Teorisi, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2015, s. 6 vd.; Oğuzhan Altay, Para İktisadı Teori ve Politika, 1. Baskı, Palme Yayıncılık, Ankara 2015, s. 3 vd.; Mehmet Sıddık Yurtççek, Hukukî Açından Elektronik Para, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 27 vd.; Abdüssamed Kahraman, Türk ve Avrupa Birliği Düzenlemeleri Işığında Elektronik Para, 1.

Değişim aracı olma unsuru, günümüzde para formunda olan kripto varlıklar ile mal veya hizmet alım-satımı yapılmasını ifade etmektedir. Özellikle teknoloji, otomotiv, seyahat ve turizm sektörleri ile bankacılık ve finans alanındaki birçok kişi ve kuruluşun para formunda olan kripto varlıklar ile işlem yaptığı görülmektedir.<sup>15</sup> Güncel gelişmeler çerçevesinde, El Salvador<sup>16</sup> ve Orta Afrika Cumhuriyeti<sup>17</sup> bir kripto parayı yasal para birimi olarak kabul etmiştir. Bu gelişmenin, diğer ülkeler açısından da söz konusu kripto para özelinde para formunda olan kripto varlıkların yabancı para olarak kabul edilmesinin önünü açtığı söylenebilir.<sup>18</sup> Bununla birlikte, Türkiye'deki yasal düzenlemeler açısından konuya baktığımızda, Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik (ÖKVKDY)<sup>19</sup> m. 3/2 ve 3 gereğince, para formunda olan kripto varlıkların ödemelerde kullanılmasının yasaklandığı görülmektedir. Dünya üzerinde birçok ülkede ve uluslararası şirketlerde değişim aracı olarak kullanılabilen para formundaki kripto varlıkların, paranın değişim aracı olma fonksiyonunu yerine getirdiği söylenebilir ise de ülkemiz açısından söz konusu düzenlemeyle ödemelerde kullanılmasının açıkça yasaklanması sebebiyle, Türkiye'de değişim aracı olma fonksiyonuna sahip olmadığı mevzuatla sabittir.

Hesap birimi olma (değer ölçüsü olma) açısından konuya bakıldığında, para formundaki kripto varlıkların alım satımının yapıldığı borsalarda, bunların kurlarında aşırı dalgalanmalar olduğu görülmektedir. O kadar ki 24 saatlik dilim içinde ve hatta dakikada çok ciddi değişimler yaşanabilmektedir. Para formundaki kripto varlıkların

Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2020, s. 22 vd.

<sup>15</sup> Bunlara Microsoft, Mastercard, Starbucks, Coca Cola ve Expedia gibi dünya devi markalar kripto varlıklar ile ödeme kabul eden firmalara örnek olarak gösterilebilir. Euronews (2021), Bitcoin ile Alışveriş: Kripto Para ile Ödeme Kabul Eden Şirketler Hangileri? (<https://tr.euronews.com/2021/12/05/bitcoin-ile-al-sveris-kripto-para-ile-odeme-kabul-eden-sirketler-hangileri>). Erişim Tarihi 1.02.2023.

<sup>16</sup> Bitcoin, Yasama Meclisi'nde 9 Haziran 2021'de Bitcoin Kanunu'nun Resmî Gazete'de yayınlanmasından 90 gün sonra, 7 Eylül 2021'de, ülkenin yasal para birimi haline gelmiştir. Bkz., Bitcoin Yasası, (<https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/8EE85A5B-A420-4826-ABD0-463380E2603B.pdf>) Erişim Tarihi 3.02.2023.

<sup>17</sup> Orta Afrika Cumhuriyeti Devlet Başkanlığı, Parlamento'da oybirliğiyle Bitcoin'in resmî para birimi olarak kabul edildiğini açıklamıştır. Bkz. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-61252871> Erişim Tarihi 3 Şubat 2023.

<sup>18</sup> Gökmen, s. 71.

<sup>19</sup> RG 16.04.2021, 31456 S.

değerlerinin bu kadar dalgalanma ve manipülasyona açık olması ise sorun teşkil etmekte<sup>20</sup> ve paranın değer ölçüsü olma fonksiyonunu karşılamamasına neden olmaktadır.

Değer saklama aracı olma özelliği açısından ise para formundaki kripto varlıkların tasarruf aracı olarak kullanılması mümkündür. Nitekim günümüzde bunlarla işlem yapan insanların büyük çoğunluğu, yatırım yapmak amacıyla yani tasarruf amacıyla bunları kullanmaktadır.

Sonuç olarak Türkiye'deki yasal düzenleme dikkate alındığında, para formundaki kripto varlıkların, ödemelerde kullanılması yasaklandığı için, bunların Türkiye'de ödeme aracı olarak kabul edilmesi mümkün olmamakla birlikte öğretide de haklı olarak, bir kripto paranın bir ülke tarafından yasal para birimi olarak kabul edilmesi halinde yabancı para olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir.<sup>21</sup> Nitekim, el Salvador ve Orta Afrika Cumhuriyeti resmî para birimi olarak kripto parayı kabul ettiği için, bu ülkeler bakımından kripto paranın bir döviz cinsi olarak değerlendirilebilmek mümkündür. Ancak, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karara İlişkin Tebliğ'in (Tebliğ No: 2008-32/34) m. 8/9 uyarınca,<sup>22</sup> dövizlerin Türkiye'de yerleşik kişiler arasındaki sözleşmelerde kullanılması sınırlandırılmıştır. Bu sebeple, Türkiye'de yerleşik kişilerin bir döviz cinsi olarak Bitcoin'i sözleşmelerde ödeme aracı olarak öngörmeleri mümkün değildir. Buna karşılık Tebliğ'deki yasağın kapsamı dışında kalan Türkiye'de yerleşik bulunmayan kişiler bakımından ise, döviz olarak dahi kripto parayı, kripto varlık olduğu için ödeme aracı olarak kullanamayacakları sonucuna varmak gerekir. Nitekim, Ödemelerde Kripto Varlıkların Kul-

<sup>20</sup> Para formundaki kripto varlıkların çok değişken bir değere sahip olmasının, onların para olarak kabul edilmesine engel olacağına ilişkin bkz., Asuman Turanboy, "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukukî Nitelikleri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 35 (3), 2019, s. 48.

<sup>21</sup> Taner Emre Yardımcı, "İcra Takibi Yoluyla Bitcoin Alacağının İleri Sürülmesi ve Borçlunun Bitcoinin Haczedilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23 (3), 2019, s. 102; Sezgin, s. 85.

<sup>22</sup> İlgili madde şu şekildedir: "Türkiye'de yerleşik kişilerin kendi aralarında akdedecekleri; taşıt satış sözleşmeleri dışında kalan menkul satış sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırmaları mümkündür. (Ek cümle:RG-19/4/2022-31814) Ancak sözleşme konusu ödeme yükümlülüklerinin Türk parası cinsinden yerine getirilmesi ve kabul edilmesi zorunludur".

lanılmamasına Dair Yönetmelik'in m. 3/2 ve 3 hükümlerinde, kripto varlıkların döviz olup olmadıklarına bakılmaksızın ödeme aracı olmaları yasaklanmıştır.

Öğretide,<sup>23</sup> para formundaki kripto varlıkların hukukî niteliğiyle ilgili eşya olarak nitelendirilebilmesi bakımından, TMK m. 762'den hareketle, kripto varlıkların taşınır eşya olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Anılan para formundaki kripto varlıkların diğerlerinden ayrı ve belirli bir şekilde işleme konu olabilmesi; ekonomik anlamda bir değer taşıması, özel anahtar vasıtasıyla üzerinde hâkimiyet kurulabilmesi ve tasarrufta bulunabilmesi; cismani nitelikte olmayan doğal güçlerin hâkimiyet altına alınabildikleri takdirde taşınır mülkiyetine konu teşkil edilebilmesinden hareket etmektedir. Benzer şekilde, TMK'da kripto paralar gibi dijital verilerin eşya niteliğinde olup olmadığına dair bir hüküm bulunmadığı; kripto paranın da bilgisayar programı aracılığı ile kullanmaya ve yararlanmaya elverişli olarak kontrol altında tutulabildiği; kripto paraların yaygın şekilde kullanılmaya başlanması ile birlikte, ticari hayatta değişim aracı olarak algılanmaya başlandığı; bunların da taşınır mal olarak kabul edilmeleri ve korunmaları gerektiği; cismanilik unsuru dışında, kripto paraların eşya sayılmak için aranan diğer unsurları bünyesinde barındırdığı; ticari hayattaki varlığı ve yatırım aracı olarak kullanılması dolayısıyla bunlara da eşyaya ilişkin hükümlerin uygulanabilmesinin mümkün olduğu gerekçe olarak sunulmaktadır.<sup>24</sup>

Para formundaki kripto varlıkların genellikle yatırım aracı olarak kullanılmasından hareketle, menkul kıymetlere<sup>25</sup> benzediği de düşü-

<sup>23</sup> Fatih Bilgili/Fatih Cengil, "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu" (2019). ([https://www.academia.edu/40037816/BITCOIN\\_%C3%96ZEL% C4%B0NDE\\_KR% C4%B0PTO\\_PARALARIN\\_E% C5%9EYA\\_N% C4%B0TEL% C4%B0% C4%9E% C4%B0\\_SORUNU\\_THE\\_QUESTION\\_OF\\_PROPERTY\\_QUALIFICATION\\_OF\\_CRYPTOCURRENCY\\_S\\_SPECIFICATION\\_TO\\_BITCOIN](https://www.academia.edu/40037816/BITCOIN_%C3%96ZEL% C4%B0NDE_KR% C4%B0PTO_PARALARIN_E% C5%9EYA_N% C4%B0TEL% C4%B0% C4%9E% C4%B0_SORUNU_THE_QUESTION_OF_PROPERTY_QUALIFICATION_OF_CRYPTOCURRENCY_S_SPECIFICATION_TO_BITCOIN)) Erişim Tarihi 30 Ocak 2023. Kripto varlıkların ekonomik ve sosyal önemi göz önünde bulundurulduğunda bunların herhangi bir cismani varlık taşıyor olsalar da eşya hukuku anlamında "şey" kavramı içinde değerlendirilebilmesinin mümkün olduğu; bununla birlikte bunun için yasal bir düzenleme yapılması gerektiği belirtilmektedir (Turanboy, s. 57).

<sup>24</sup> Gençler Özdemir, "Kripto Paraların Eşya Niteliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11 (1), 2021, s. 302.

<sup>25</sup> 6362 sayılı Sermaye Piyasaları Kanunu m. 3/1-o uyarınca, "Menkul kıymetler: Para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere; 1) Paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikalarını, 2) Borçlanma araçları veya men-

nülebilir. Ancak para formundaki kripto varlıkların belirli bir meblağı temsil etmedikleri, herhangi bir ortaklık veya alacak hakkı sağlamadıkları, senet<sup>26</sup> niteliği taşınamaması ve çıkarılması için herhangi bir kuruluştan izin alınmasının gerekmemesi dikkate alındığında bunların menkul kıymet olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.<sup>27</sup>

### III. Görevli Mahkemenin Belirlenmesi

Mahkemeler çeşitli kriterler esas alınarak farklı sınıflandırmalara tabi tutulabilmektedir. Bu sınıflandırmalardan birisi de mahkemelerin görmeyi üstlendiği uyuşmazlıkların niteliği ya da tarafların statüsüne göre yapılan ayırmadır. Bu ölçüt esas alındığında mahkemeler, genel mahkemeler ve özel mahkemeler olmak üzere tasnif edilmektedir. Genel mahkemeler, uyuşmazlığın niteliği, tarafların statüsü veya aralarındaki ilişkiye bakılmaksızın her türlü uyuşmazlığı gören mahkemelerdir. Tarafların statüleri, aralarındaki hukukî ilişkinin niteliği vb. sebeplerle davayı gören hâkimin uzmanlık bilgisine sahip olmasını gerektiren uyuşmazlıklara bakan mahkemeler ise, özel mahkeme/ihtisas mahkemesi olarak ifade edilmektedir. Aile, asliye ticaret, iş, icra, tüketici, fikri ve sınai haklar ve kadastro mahkemeleri özel mahkemedir. Bu mahkemeler, Anayasa m. 142 uyarınca kanunla kurulur, görev ve yetkileri kanunla belirlenir.<sup>28</sup>

26 kul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarını ... ifade eder”.

26 Bu noktada senetsiz kıymetli evraklar akla gelebilirse de senetsiz kıymetli evrakların tedavülü her ne kadar elektronik ortamda gerçekleştirilmekteyse de bunların Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlendiği unutulmamalıdır. Oysa kripto varlıklar bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Bilakis, merkezi bir otoriteye bağlı olmadan blok zincir veri tabanı kullanılarak işlemler gerçekleştirilmektedir.

27 Eylül Balıkcı, “Dava ve Takip Konusu Olabilmesi Bakımından Kripto Paralar” *Erçiyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16 (2), 2021, s. 285.

28 Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 3 vd.; Baki Kuru/Burak Aydın, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 151; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Şerhi, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 33; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 97; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 218; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, 10. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 39; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 39.

Para formundaki kripto varlıkların tahsilinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin belirlenmesinde, kripto varlıkların hukukî niteliği önem arz etmekle birlikte öğretideki tartışmalar ve bu konuda mevzuat boşluğu dikkate alındığında, mal varlığı değeri nitelendirilmesinin halihazırdaki durum bakımından yeterli olacağı söylenebilir. Zira, mal varlığı değeri olduğunu kabul etmekle birlikte, hukukî işlemlere konu olması ve alacak talepleri açıklanabilir. Görevli mahkemenin belirlenmesinde esas alınacak hususlar, tarafların sıfatı veya uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin niteliğidir.<sup>29</sup> Diğer bir ifadeyle para formundaki kripto varlıkların konu olduğu hukukî ilişki ve bu ilişki de taraflar taşıdığı tacir, tüketici, zilyet gibi sıfatlar<sup>30</sup> görevli mahkemenin belirlenmesini sağlayacaktır.

### A. Asliye Hukuk Mahkemesi

5235 sayılı Kanun m. 6, 2 ve 3. fıkralarında, asliye hukuk mahkemeleri, sulh hukuk mahkemelerinin görevleri dışında kalan ve özel hukuk ilişkilerinden doğan her türlü dava ve işler ile kanunların verdiği diğer dava ve işlere bakar hükmü öngörülmüş; ancak, özel kanunlarla kurulan hukuk mahkemelerinin görevlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Öte yandan HMK m. 2’de ise dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalar ile şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir hüküm bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesi olarak düzenlenmiştir.

Malvarlığına ilişkin davalarla, konusu para veya para ile ölçülebilen bir şey (mal/hak) olan davalar kastedilmektedir. Kanun koyucu düzenleme yaparken, aksi belirtilmedikçe, bunların değer ve miktarına bakılmaksızın görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğunu düzenlemiştir. Bu bakımdan, söz konusu düzenleme uyarınca, dava konusunun para veya paradan başka bir şey olup olması asliye hukuk mahkemesinin görevinin belirlenmesinde önem arz etmez.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Bu ayırım, karma prensibi esas almak suretiyle yapılan bir ayırımdır (Ali Çetin Aslan, *Medenî Usul Hukukunda Görev*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 567).

<sup>30</sup> Aslan, *Görev*, s. 567.

<sup>31</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar *Ayvaz/Hanağası*, s. 209, 210.



Para formundaki kripto varlıkların özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava konusu yapılması halinde, bunların her ne kadar mevzuat çerçevesinde ödeme aracı olması yasaklandığından para olarak kabul edilememesi ve açık yasal düzenleme bulunmadığından eşya olarak nitelendirilememesine karşın, parasal değerlerinin bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. ÖKVKDY’de bunların kripto varlık olarak nitelendirildiği ve hesap birimi olma açısından her ne kadar bunların alım satımının yapıldığı borsaların kurlarında aşırı dalgalanmalar olsa bile, para cinsinden karşılığının parayla ölçülebilen bir şeye (değere) tekabül ettiği bir gerçektir. Dolayısıyla, para formundaki kripto varlıklardan kaynaklanan alacakların malvarlığına ilişkin bir alacak olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Söz konusu alacakları mal varlığına ilişkin bir alacak olarak kabul ettiğimiz takdirde ise, bundan kaynaklanan alacak taleplerine ilişkin davalarda, görevli mahkeme, HMK m. 2 çerçevesinde asliye hukuk mahkemesi olacaktır. Ancak bu değerlendirme yapılırken önemle dikkat edilmesi gereken husus, HMK m. 2’de öngörülen, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, aksine bir düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesinin görevli olacaktır. Dolayısıyla, malvarlığına ilişkin davalar bakımından asliye hukuk mahkemesi genel görevli mahkeme olarak Kanun’da düzenlenmişse de özel bir kanun hükmü ile başka bir mahkemenin görevli kılınması halinde, dava artık asliye hukuk mahkemesinde açılmayacaktır.

Nitekim, İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesi verdiği bir kararda “27 Haziran 2013 tarih ve 28690 sayılı Resmî Gazete’de 6493 sayılı “Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun” yürürlüğe girdiği, ödeme ve elektronik para hizmetlerine bir mevzuat alt yapısı oluşturulmaya çalışıldığı belirtilmiş olup dava dilekçesi içeriğinden anlaşılmaktadır. Vergi müdürlüğünden celdilen müzekkere cevabına göre davacı tacir değildir. Diğer yandan davacı tarafın işlemi dijital paralardan gelir elde etmeye yönelik olduğundan tüketici işlemi olarak kabul edilemez. Anılan hüküm uyarınca yatırım amaçlı işlem yapan davacı tüketici olarak kabul edilemeyeceği gibi, kripto para alım satım işlemine aracılık eden davalı şirket Banka olmadığından, işlem bankacılık işlemi olarak nitelendirilemeyecektir... Anılan kanun kapsamında tüketici işleminden söz etmek mümkün olmadığı, Türk Ticaret Kanunu’nun 4. maddesi gereğince ticari dava niteliği bulunmadığı da dikkate alınarak, davaya genel

*mahkemede bakılması gerekmekte olup uyuşmazlığın çözümünde görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olup...” şeklinde karar vermiştir.<sup>32</sup>*

## B. Sulh Hukuk Mahkemesi

Sulh hukuk mahkemelerinin görevi esas olarak HMK m. 4 hükmünde düzenlenmiştir. Kripto varlıklara yönelik alacak taleplerine ilişkin uyuşmazlıklarda, sulh hukuk mahkemelerinin görevi, HMK'nun 4. maddesi uyarınca, kira uyuşmazlıkları ve zilyetliğin korunması davaları bakımından değerlendirilebilir.

*“Kiralanan taşınmazların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan”* davalarda görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir. Her ne kadar kripto varlıkların ödeme aracı olarak kullanılması yasaklanmış olsa da tarafların bu yasağa aykırı olarak, kira sözleşmesinde kira bedelinin bir kripto varlıkla ödenmesini kararlaştırmaları ihtimal dahilindedir. Bu halde, taraflar arasındaki kira sözleşmesinin esaslı unsuru olan kira bedelinin hukuka aykırı olarak kararlaştırılmasından kaynaklı uyuşmazlıklarda, TBK m. 27,2 uyarınca hareket edilmesi gerekir. Buna göre, sözleşmenin hükümlerinden bir kısmının hükümsüzlüğü, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Bununla birlikte, geçersiz hükümler olmaksızın

<sup>32</sup> İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesi 06.09.2021 T., 2021/469 E., 2021/704 K. (İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2021/469 K. 2021/704,... - Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri Kararı | LEXPERA) Erişim Tarihi 20.02.2023. Benzer yönde, İzmir BAM 23. Hukuk Dairesi, asliye hukuk mahkemesinin görevli olmasına dair şöyle bir karar vermiştir: “Somut olayda; Dava, kripto varlıkların tahsiline ilişkindir. TTK'nun 4/(1)-e maddesinde borsaya ilişkin özel hükümlere atıf yapılmış ise de kripto para borsalarına ilişkin yasal bir düzenleme yoktur. TTK'nun 4/(1)-c maddesinde TBK'nun 532 ila 545 maddelerinde düzenlenen komisyon sözleşmesine atıf yapılmış ise de komisyonculuk, kendi adına ve vekalet verenin hesabına alım satım yapılmasının üstlenilmesi olduğu halde kripto para borsası, alan ve satanın alım satım işlemini kendi aralarında yapmaları şeklinde işler. Mutlak ticari dava değildir. Nisbi ticari dava da değildir. Açıklanan nedenlerle, Muğla 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin yargı yeri olarak belirlenmesine karar vermek gerekmiştir” İzmir BAM 23. Hukuk Dairesi, 04.11.2022 T., 2022/2726 E., 2022/585 K. (<https://emsal.uyap.gov.tr/#>) Erişim Tarihi, 20.02.2023. Benzer bir diğer karar için, İstanbul BAM, 44. HD 04.11.2021 T., 2021/1354 E., 2021/1325 K. (İstanbul BAM, 44. HD., E. 2021/1354 K. 2021/1325 T. 4.11.2021- Bölge Adliye Mahkemesi Kararı | LEXPERA) Erişim Tarihi: 24.02.2023.

sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz addedilmelidir. Kira bedelinin para formundaki kripto varlıklarla ödenmesi kararlaştırıldığında, sözleşmenin diğer kısımlarının geçerliliğini etkilemeyeceği görüşü çerçevesinde, bu haldeki uyuşmazlıklarda kira sözleşmesine dayalı olarak görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olması gerekir. Her ne kadar uygulamada, kripto varlıkla kira bedelinin ödenmesi çok muhtemel görünmese de sanal ortamdaki kiralama sözleşmelerinde ya da uygulamalarında kripto varlıkların ödeme aracı olarak kararlaştırılması söz konusu olabilir. Bu durumun özellikle gelecekte, Metaverse uygulamalarında gelişmesi beklenmektedir.

Kripto varlıklara ilişkin zilyetliğin korunması davaları, özellikle soğuk cüzdan bakımından önem arz edebilir. Kripto varlıklar, çevrimiçi olarak, kripto varlık hizmet sağlayıcılarının düzenlediği dijital cüzdanlarda saklanmaktadır. Ancak, kripto varlıklara uzun vadeli yatırım yapmak veya bilgisayar korsanlığına karşı koruma sağlamak isteyenler, çevrimdışı ortamda kripto varlıklarını saklamak üzere soğuk cüzdan denilen depolama yöntemini tercih etmektedirler. Özellikle, bazı kripto varlık borsalarının çökmesinden sonra sağladığı diğer güvenlik avantajlarıyla birlikte, kripto varlıkları saklamak üzere soğuk cüzdan kullanımı Türkiye’de de artmıştır.<sup>33</sup> Büyük miktarlarda kripto varlıkları saklamak ve uzun vadeli yatırım yapmak üzere edinilen soğuk cüzdanlar, USB bellek şeklindeki, donanımlarda saklanmaktadır. Bu donanımların kurulması sırasında, üretilen anahtar şifreler kaybedilmediği sürece, USB şeklindeki donanım kaybedilse, çalınsa ya da bozulsa bile başka bir donanıma aynı cüzdanın kurulması mümkün olabilmektedir.<sup>34</sup> Kripto varlıklara ilişkin diğer soğuk cüzdan yöntemi kâğıt cüzdanlardır (*paper wallet*). Kâğıt cüzdan yönteminde, blok zincirde işlem yapılmasını sağlayan anahtar açıkça ve barkod olarak basılı bulunmaktadır. Kâğıt cüzdan, fiziken korunduğu sürece, kripto varlıklara dair en güvenli cüzdan türlerinden birisi olarak kabul edilmektedir.<sup>35</sup> Çevrimdışı olduğu için bilgisayar korsanlığına karşı da güvence sağlamaktadır.

<sup>33</sup> <https://www.paradergi.com.tr/finans/2022/10/27/kripto-para-ayi-piyasasiyla-soguk-cuzdana-girdi> (Erişim Tarihi: 01.02.2023)

<sup>34</sup> Gökmen, s. 65-66.

<sup>35</sup> Sezgin, s. 66.

Soğuk cüzdanlar fiziki bir varlığa sahip olduklarından, gaspları söz konusu olabilir. Kâğıt cüzdanın veya anahtar şifresiyle USB donanımın hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi halinde, TMK m. 982 hükmü uyarınca, zilyetliğin gaspından dolayı dava açılması mümkündür.<sup>36</sup> HMK m. 4 uyarınca, taşınır ve taşınmaz mallarda, sadece zilyetliğin korunması talebiyle açılan davalarda sulh hukuk mahkemeleri görevlidir. Soğuk cüzdanlarda zilyetliğin gaspı nedeniyle açılan davalar, HMK m. 4'te yer alan görev kuralı uyarınca zilyetliğin korunmasına yönelik bir dava niteliği taşıdığından sulh hukuk mahkemesinde açılmalıdır.

Kripto varlıklara ilişkin yargısal taleplerde, sulh hukuk mahkemelerinin görevli olmasına ilişkin bir diğer ihtimal HMK m. 382, 2/d-3 uyarınca, tevdi mahalli belirlenmesi veya tevdi edilemeyecek eşyanın satılmasına ilişkindir. Tevdi mahalli belirlenmesi veya tevdi edilemeyecek eşyanın satılmasına ilişkin talepler, çekişmesiz yargı işi olup, çekişmesiz yargı işlerinde, kural olarak sulh hukuk mahkemesi görevlidir (HMK m. 383). İfanın konusunun kripto varlık olduğu hallerde, tevdi mahalli belirlenmesine ilişkin taleplerde görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi olacaktır.

Kripto varlıklara ilişkin yargısal taleplerde, sulh hukuk mahkemelerinin görevli olmasına ilişkin başka bir ihtimal, HMK m. 382, 2/c uyarınca miras hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işlerinde karşımıza çıkabilir. Zira, öğretilde,<sup>37</sup> kripto varlıkların anlık olarak belirlenebilir maddi değerinin bulunması ve malvarlığı unsuru sayılması sebebiyle mirasçılara miras payları oranında intikaline yasal bir engel bulunmadığı değerlendirilmektedir. Buna göre, kripto varlıkların terekeye

<sup>36</sup> Öğretilde, TMK m. 990 hükmünde yer alan “para ve hamile yazılı senetler zilyedin iradesi dışında elinden çıksa da bunları iyiniyetle edinmiş olan kimseye karşı taşınır davası açılmayacağına” dair düzenlemeye dayalı olarak, piyasada ödeme aracı olarak kabul edilebilecek olan kripto paraların taşınır davasına konu olamayacağı ifade edilmektedir (Doğa Ekrem Doğanç, Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukukî Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Hukukî Uygulamalar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 436). Söz konusu görüşte, kripto varlıkların ödeme aracı olmamasına ilişkin düzenlemeyi ve kripto varlıkların depolanmasına ilişkin ayrımı dikkate almadığından bu görüşe katılmamaktayız.

<sup>37</sup> Orhan Gazi Sarıdağ, “Antalya BAM 6. Hukuk Dairesi’nin 13.11.2020 Tarihli Kararı Çerçevesinde Dijital Terekenin Kapsamının İncelenmesi”, *Bilişim Hukuku Dergisi* 2 (4), 2022, s. 221.

dahil olduğu hallerde, tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine ulaşmasını sağlamak için önlem alınması; terekenin resmî defterinin tutulması ve özellikleri olan eşyanın mirasçılardan birine tahsis edilmesi veya satılmasına karar vermesine dair çekişmesiz yargı işlerinde sulh hukuk mahkemesi görevlidir.<sup>38</sup>

### C. Asliye Ticaret Mahkemesi

Asliye ticaret mahkemesi, ticari davalara ve çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir. Ticari davalar, çözümlenmesinin özel uzmanlık bilgisi gerektirmesi sebebiyle, adî hukuk davalarından ayrılan, TTK'da ve diğer özel kanunlarda ticari olduğu belirtilen davalar ile tarafların ticari işletmesiyle ilgili uyuşmazlıklardan doğan hukuk davalarıdır.<sup>39</sup> TTK m. 4'te düzenlenen ticari davalar, mutlak ticari davalar ve nispi davalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Mutlak ticari davalar, uyuşmazlığın taraflarının tacir sıfatı taşımasına veya konusunun bir ticari işletme ile ilgisi olmasına bakılmaksızın, kanun gereği ticari olduğu kabul edilen hukuk davalarıdır. TTK m. 4 uyarınca, TTK'da sayılan hususlardan doğan davalar mutlak ticari dava olarak nitelendirilir. Bu bağlamda, TTK m. 127 uyarınca, konusunu kripto varlıkların oluşturduğu sermaye koyma borcuna ilişkin

<sup>38</sup> "Günümüzde dijital mal varlığının yadsınamaz ve göz ardı edilemez bir gerçeklik olduğu, kripto para adı verilen ve uluslararası ödemelerde dahi kullanılmaya başlanmış dijital sistemlerin var olduğu, yine astronomik reklam gelirleri sağlayan sosyal medya hesaplarının gün geçtikçe arttığı, aynı şekilde YouTube ve benzeri dijital platformlarda salt reklam geliri ve hatta ücretli üyelik sistemi ile hizmet veren kanallar oluşturulduğu bir ortamda dijital mal varlığı ve dijital miras ile ilgili olarak yasal bir düzenleme bulunmadığı, bu konuda yasal bir boşluk bulunduğu değerlendirilmiştir...mahkemece tespit talebi gereğince murisin ölüm tarihi itibarıyla tüm aktif ve pasif mal varlığının tespiti ve bu minvalde dijital mal varlığının terekesine dahil olması gerektiği nazara alınarak dijital terekesinin de tespiti yapılarak araştırma ve inceleme sonucunda bir karar verilmesi gerekirken, ölü kişinin e posta hesabının özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilerek talebin reddine karar verilmiş olması hatalı olmuştur." Antalya BAM 6. HD 13.11.2020 T, 2020/1149 E., 2020/905 K. (legalbank.net) Erişim Tarihi 21.02.2023. Uygulamada, kripto varlıkları da içerecek şekilde dijital miras kavramı benimsenerek, terekenin tespitine dahil olması yönünde korumasına karar verilmesi gerektiği yönünde içtihat oluşmuştur.

<sup>39</sup> Nesibe Kurt Konca, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 4 (15), 2013, s. 89; Levent Börü/İlker Koçyiğit, *Ticari Dava*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 27.

uyuşmazlıklar mutlak ticari davaya vücut verecektir. Öğretide,<sup>40</sup> kripto varlıkların sermaye olarak şirkete getirilmesinin taahhüt edilebileceği değerlendirilmektedir. TTK m. 127. hükmünde, ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilecek hususlar sayılmıştır. TTK m. 127,1-h düzenlemesi uyarınca, kanunda aksine hüküm olmadıkça “haklı olarak elde bulundurulan, devredilebilen elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler”, sermaye koyma borcunun konusunu oluşturabilir. Anılan düzenlemede, örnek kabilinden dijital varlıklar sayılmış; teknolojik gelişmeler kapsamında bu varlıkların geniş yorumlanmasına imkân tanınmıştır. Keza, TTK m. 342’de anonim şirketlere ilişkin olarak “üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak” konulabileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda, haklı olarak elde bulundurulan, nakden değerlendirilebilen ve devredebilen kripto varlıkların sermaye olarak taahhüt edilmesi mümkündür.

TTK m. 128,7 hükmünde, sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesi halinde ileri sürülebilecek talepler ve davalar düzenlenmiştir.<sup>41</sup> Buna göre, şirket, şirket ortağından sermaye koyma borcunu yerine getirmesini dava açmak suretiyle talep edebilir. Keza, şirketin, sermaye koyma borcunun yerine getirmesinde gecikmenin yol açtığı zararların tazminini de dava edebilmesi mümkündür. Şahıs şirketlerinde bu davaları ortaklar da açabilmektedir. Kripto varlıkları da içerecek şekilde yorumlanabilecek olan sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesinden kaynaklanan davalar, TTK’da düzenlendiğinden mutlak ticari davadır ve bu davalarda asliye ticaret mahkemeleri görevlidir.

<sup>40</sup> Fatih Bilgili/M. Fatih Cengil, “Bitcoin Özeline Kripto Paraların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23 (3), 2019, s. 4; Ayşe Şahin, “Bitcoin” Örneği Üzerinden Kripto Varlıkların Anonim Şirketlere Sermaye Getirilme Olanakları”, *Terazi Hukuk Dergisi* 16 (182), 2021, 198-199; Mete Tevetoğlu, “Ticaret Hukuku Açısından Kripto Varlıklar”, *Kripto Varlıklarda Düzenleme Arayışı Çalıştayı*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2022, s. 203-215.

<sup>41</sup> Sermaye koyma borcunun getirilmemesi sonucu ileri sürülen taleplere ilişkin uyuşmazlıkların, dava şartı arabuluculuk kapsamı içerisinde olup olmadığının tartışılması için bkz. Mustafa İsmail Kaya/Burçak Tatlı, “Ticaret Şirketlerinde Sermaye Borcunun İfası Talepli Davaların Dava Şartı Arabuluculuk Açısından Değerlendirilmesi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 12 (Özel Sayı), 2022, s. 36-76.

Kripto varlıkların tahsiline ilişkin uyuşmazlıklar bakımından, kripto para borsalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların mutlak ticari dava niteliği tartışılmaktadır. TTK m. 4, 1-e bendi uyarınca “*Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde,*” düzenlenen hususlardan doğan uyuşmazlıklar mutlak ticari davadır. Menkul Kıymet Borsaları Hakkında 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu, 2699 sayılı Umumi Mağazalar Kanunu ve bu Kanunlarla ilgili diğer düzenlemelerden doğan hukuk davaları, mutlak ticari dava niteliği taşımaktadır. 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 3. maddesinde, menkul kıymetler borsalarının menkul kıymetlerin alım ve satımı, fiyatlarının tespit ve ilan işlerini yapmak üzere yetkili olarak kurulan tüzel kişiliği haiz kamu kurumları olduğu belirtilmiş; Menkul Kıymetler Borsalarının, Sermaye Piyasası Kurulu’nun önerisi üzerine Maliye Bakanlığının izniyle kurulacağı ve Sermaye Piyasası Kurulu’nun gözetim ve denetimi altında buldukları düzenlenmiştir.

Para formundaki kripto varlıkların işlem gördüğü kendilerine özgü özellikleri bulunan kripto varlık borsaları bulunmaktadır. Dünya genelinde kripto varlıkların işlem gördüğü, büyük uluslararası borsaların popüler hale gelmesinden sonra Türkiye’de de yerel borsalar açılmaya başlanmıştır.<sup>42</sup> Sermaye Piyasası Kanunu m. 3,1-ç bendinde, borsa, “*anonim şirket şeklinde kurulan, sermaye piyasası araçları, kambiyo ve kıymetli madenler ile kıymetli taşların ve Kurulca uygun görülen diğer sözleşmelerin, belgelerin ve kıymetlerin serbest rekabet şartları altında kolay ve güvenli bir şekilde alınıp satılabilmesini sağlamak ve oluşan fiyatları tespit ve ilan etmek üzere kendisi veya piyasa işleticisi tarafından işletilen ve/veya yönetilen, alım satım emirlerini sonuçlandıracak şekilde bir araya getiren veya bu emirlerin bir araya gelmesini kolaylaştıran, Sermaye Piyasası Kanuna uygun olarak yetkilendirilen ve düzenli faaliyet gösteren sistemleri ve pazar yerleri olarak*” tanımlanmıştır.

Kripto para borsası ifadesi, günlük hayatta dile yerleşmiş olsa da bunlar, teknik anlamda, borsa tanıma uymadığından hukuken borsa

<sup>42</sup> Ali İhsan Güngör, “Düzenleme Arayışına Devletin Bakış Açısı”, Kripto Varlıklarda Düzenleme Arayışı Çalıştayı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2022, s. 33.

niteliği taşımamaktadır. Nitekim, Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'te kripto varlıkların alınıp satıldığı platformlar borsa olarak tanımlanmamış, "kripto varlık hizmet sağlayıcıları" ifadesi kullanılmıştır. Anılan Yönetmelik Değişikliği ile kripto varlık hizmet sağlayıcıları, Mali Suçlar Araştırma Kurulu yükümlüsü olmuşlardır. Ardından, Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK) tarafından kripto varlık hizmet sağlayıcılarına yönelik olarak, "Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esaslar"<sup>43</sup> yayımlanmıştır. MASAK, anılan yayında, kripto para alım satımına aracılık eden platformları, kripto varlık hizmet sağlayıcısı olarak isimlendirmiştir. Bu bağlamda hem mevzuat hem de resmî uygulama uyarınca, kripto para alım satımına aracılık eden platformlar borsa niteliği taşımadığından, bu borsalara ilişkin uyuşmazlıklar, TTK m. 4, 1-e bendi çerçevesinde bir mutlak ticari dava niteliği taşımazlar.

Nitekim, İzmir BAM 23. Hukuk Dairesi, 04.11.2022 tarihli kararında,<sup>44</sup> bu hususu ele almıştır. Kripto para borsasında kripto para alım satım aracılığı faaliyeti yürüten şirketteki sanal cüzdan hesaplarında kripto parası bulunan davacının bu paralara ulaşamaması gerekçesiyle, uğradığı zararların tazmini talebiyle açılan davada, Muğla 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, davalının tacir sıfatına haiz olması ve yaptığı işin ticari olması, davacı tacir vasfını taşımasa da alım satıma konu edilen kripto para niteliği gereği ticari olması sebeplerine dayalı olarak, somut olaydaki davanın, ticari dava niteliğinde olduğunu belirterek görevsizlik kararı vermiştir. Buna mukabil, istinaf aşamasında, İzmir BAM 23. Hukuk Dairesi, ticari davalara ilişkin değerlendirme yaparak şu sonuca varmıştır: "TTK'nın 4/(1)-e maddesinde borsaya ilişkin özel hükümlere atıf yapılmış ise de kripto para borsalarına ilişkin yasal bir düzenleme yoktur. TTK'nın 4/(1)-c maddesinde TBK'nın 532 ila 545 maddelerinde düzenlenen komisyon sözleşmesine atıf yapılmış ise de komisyonculuk, kendi adına ve vekalet verenin hesabına alım satım yapılmasının üstlenilmesi olduğu halde kripto para borsası, alan ve satanın alım satım iş-

<sup>43</sup> <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/05/Kripto-Varlik-Hizmet-Saglayicilar-Rehberi.pdf> (Erişim Tarihi 19.02.2023).

<sup>44</sup> İzmir BAM 23. Hukuk Dairesi, 04.11.2022 T, 2022/2726 E., 2022/585 K. (<https://emsal.uyap.gov.tr/#>) Erişim Tarihi, 20.02.2023.



*lemini kendi aralarında yapmaları şeklinde işler. Mutlak ticari dava değildir. Nisbi ticari dava da değildir. Açıklanan nedenlerle, Muğla 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin yargı yeri olarak belirlenmesine karar vermek gerekmiştir".*

İzmir BAM 23. Hukuk Dairesi, kripto varlık alım satımına aracılık eden platformları borsa olarak görmediği gibi, TTK m. 4,1-c kapsamında, komisyon sözleşmesine ilişkin TBK m. 532-545 hükümlerinden doğan bir mutlak ticari dava olarak da kabul etmemiştir. Zira, alım veya satım komisyonculuğu, TBK m. 532 uyarınca, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırların alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir. Buna karşılık kripto varlık alım satımına aracılık eden hizmet sağlayıcılar, kendi adlarına hareket etmemekte; alıcı ve satıcıyı bir araya getirip, karşılıklı yaptıkları işlemlerden komisyon almaktadırlar. Dolayısıyla, hizmet sağlayıcının aracılık faaliyeti mutlak ticari davaya vücut verebilecek bir komisyonculuk faaliyeti değildir.

Kripto varlıkların tahsiline ilişkin uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli olmasına ilişkin bir diğer ihtimal nispi ticari davalara ilişkindir. Nispi ticari davalar, tarafların tacir sıfatına sahip olduğu ve tarafların ticari işletmesini ilgilendiren uyuşmazlıklardan doğan hukuk davalarıdır.<sup>45</sup>

Kripto varlıkların tahsiline ilişkin bir uyuşmazlıkta taraflar tacirse, dava konusu kripto varlık tahsilini gerektiren hukukî ilişki her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiriyorsa, nispi ticari dava söz konusu olur. Bu ihtimalde TTK m. 4, 1 ilk cümle uyarınca asliye ticaret mahkemesi görevli olacaktır. İstanbul 11. Asliye Ticaret Mahkemesi 11.02.2022 tarihli kararında<sup>46</sup> nispi ticari dava açısından durumu ele almıştır. Kripto

<sup>45</sup> Kuru/Aydın, s. 137; Yılmaz, s. 111 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 41; Kurt Konca, s. 105; İsmail Kırcı, "Nispi Ticari Davaya Dair", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 33 (1), 2017, s. 56; Börü/Koçyiğit, s. 53.

<sup>46</sup> "6102 sayılı TTK'nun 4. maddesine göre; bir davanın ticari dava olabilmesi için uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğmuş bulunması veya anılan yasa maddesinde sayılan mutlak ticari davalardan sayılması gerekir. Eğer taraflardan biri tacir değilse veya tacir olmasına rağmen uyuşmazlığın ticari işletmeyle ilgisi yoksa ticari davanın varlığından söz edilemez. Yine, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 19/2. maddesi uyarınca, taraflardan biri için ticari iş sayılan bir işin diğeri için de ticari iş sayılması, davanın niteliğini ticari hale getirmeyecektir. Zira, Türk Ticaret Kanunu, kanun gereği ticari dava sayılan davalar haricinde, ticari davayı ticari iş esasına göre değil, ticari işletme esasına göre belirlemiştir. Hal böyle olunca, işin ticari nitelikte olması davayı ticari dava haline

varlıkların sehven mükerrer gönderilmesi iddiasına dayanan davanın, taraflar tacir olsa da sehven mükerrer kripto varlık gönderilmesi işlemi davacının ticari işletmesini ilgilendirmediğinden bahisle nispi ticari dava niteliği taşımadığı sonucuna varılmıştır. İstanbul BAM 19. Hukuk Dairesi de benzer bir davada, taraflardan birinin tacir sıfatı taşımaması nedeniyle nispi ticari dava bulunmadığına karar vermiştir.<sup>47</sup>

#### D. Tüketici Mahkemesi

Para formundaki kripto varlıklarla alakalı karşılaşılabilecek uyuşmazlıkların büyük bir bölümünün kripto para alım satımı işleminden kaynaklanan alacak davalarının oluşturduğu söylenebilir. Bu bağlamda, kripto para alıcısı/satıcısı ile kripto para alım ve satımına yönelik hizmet sunanlar arasında genellikle bir çerçeve sözleşme imzalanmakta ve bu sözleşme çerçevesinde alım/satım işlemleri gerçekleştirilmektedir. Buna göre, tarafların aralarında yaptıkları sözleşmenin ve bu sözleşmeden kaynaklanan alacak taleplerinin 6502 sayılı Tüketicinin

---

getirmez. Somut olayda tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları ile talebin ileri sürülüş biçimine göre; davalı gerçek kişi ...'nin para kazanmak için davacı şirketin sağladığı kripto para alım-satım işlerine girdiği ve davacının sistemine üye olduğu, yatırım ve kazanç amaçlı olarak kripto paralar satın aldığı, davacı şirketçe davalının sistemde kayıtlı hesabına sehven aynı gün içinde ve mükerrer olarak kripto para gönderildiğinin iddia edildiği, böylece davacı şirketin davalıdan fazladan gönderdiği miktar kadar alacağının bulunduğunu ileri sürdüğü, mevcut haliyle davacı şirketin davalıya sehven gönderdiği kripto paraların bedelinin tahsiline yönelik olarak başlattığı icra takibine konu alacağın davalının ticari işletmesiyle ilgisi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda taraflar arasındaki uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olmadığı açıktır. Diğer taraftan, para kazanma, mevcut birikimini artırma ve dijital (kripto) paralardan gelir elde etme amaçlı olarak hareket eden davalının tüketici olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. 6335 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değişik 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca "ticari davalar" Asliye Ticaret Mahkemelerince görülerek karara bağlanır. Somut olayda; davacı şirketin tacir olduğu sabit ise de davacı ...'nin tüketici ve tacir sıfatı bulunmamaktadır. Mevcut haliyle uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olmadığı, eldeki davanın nispi ticari dava olarak da kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Bu durumda taraflar arasındaki ilişki 6102 ve 6502 sayılı kanunların kapsamı dışında kalmaktadır." İstanbul 11. Asliye Ticaret Mahkemesi, 11.02.2022 T., 2021/602 E., 2022/131 K. (<https://emsal.uypap.gov.tr/#>) Erişim Tarihi: 21.02.2023.

<sup>47</sup> İstanbul BAM, 19. HD., 21.12.2021 T., 2021/3166 E., 2021/2411 K. (İstanbul BAM, 19. HD., E. 2021/3166 K. 2021/2411 T. 21.12.2021- Bölge Adliye Mahkemesi Kararı | LEXPERA) Erişim Tarihi: 22.02.2023. Benzer yönde başka bir karar için bkz., İstanbul BAM, 44. HD. 04.11.2021 T, 2021/1354 E., 2021/1325 K. (İstanbul BAM, 44. HD., E. 2021/1354 K. 2021/1325 T. 4.11.2021- Bölge Adliye Mahkemesi Kararı | LEXPERA) Erişim Tarihi: 24.02.2023.

Korunması Hakkında Kanun (TKHK) kapsamına girip girmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

TKHK m. 73, tüketici mahkemelerinin görevli olduğu uyuşmazlıkları, tüketici işlemleri<sup>48</sup> ile tüketiciye yönelik uygulamalardan<sup>49</sup> doğabilecek uyuşmazlıklar olarak düzenlemektedir. Öğretide tüketici uyuşmazlığı, taraflardan birinin tüketici, diğerinin satıcı veya sağlayıcı olduğu, tüketici işlemi veya tüketiciye yönelik uygulamalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar olarak tanımlanmaktadır.<sup>50</sup> Dolayısıyla tüketici uyuşmazlığından söz edebilmek için, tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında ya bir tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik bir uygulamanın bulunması gerekmektedir.

TKHK m. 3,1/k uyarınca tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden<sup>51</sup> gerçek veya tüzel kişidir. Tüketici tanımın-

<sup>48</sup> TKHK m. 3/1'e göre tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlemidir.

<sup>49</sup> TKHK m. 3'te tanımlar başlığı altında tüketiciye yönelik uygulamadan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte, kanunun kapsamının düzenlendiği maddenin gerekçesinde, tüketiciye yönelik uygulama kavramı açıklanmaya çalışılmıştır. TKHK m. 2'nin gerekçesinde, "... Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişilerin, tüketicilerle sözleşme imzalamadan önce, sözleşmenin kurulması esnasında ve sözleşme imzalandıktan sonra yaptıkları uygulamalar da Kanun kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin, tüketici kredisi vermeden önce tüketicilere verilmesi öngörülen sözleşme öncesi bilgi formu, devre tatil sözleşmesinin kurulması esnasındaki satış yöntemi veya bir malın satışından sonra o mala ilişkin satış sonrası hizmetler gibi uygulamalar konusunda çıkabilecek uyuşmazlıklara bu Kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu hüküm ile özellikle bir hukukî işleme veya sözleşmeye dayanmayan, tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamaların da Kanun kapsamında olduğu açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır" şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>50</sup> Mehmet Akif Tutumlu, *Tüketici Yargılaması Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 64, 139; Gökçen Topuz, *Tüketici Mahkemeleri*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 37; Murat Aydoğdu, *Tüketici Kılavuzu Hukuk Rehberi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 58; Seda Özmumcu, "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16 (Özel Sayı), 2014, s. 841.

<sup>51</sup> Hareket eden ifadesi sayesinde, bir kişi, mal veya hizmeti henüz satın almadan, kullanmadan veya yararlanmadan ve hatta sözleşme yapılmadan önce bile sözleşme görüşmelerinden doğan (culpa in contrahendo) tazminat talepleri bakımından da tüketici olarak kabul edilebilmektedir (Tutumlu, s. 66).

da esas itibariyle sübjektif unsurdan hareket edilmesi suretiyle amaç unsuru esas alınmıştır. Bunun sonucu olarak tüketiciden bahsedebilmek için, kişinin *ticari veya mesleki olmayan bir amaçla hareket* etmesi gerekmektedir.<sup>52</sup> Öğretide,<sup>53</sup> ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket etmeyi kanunun lafzına uygun olarak anlamak gerektiği belirtilmektedir.

TKHK m. 3/1/1 hükmüne göre sağlayıcı, *kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi* ifade etmektedir. Tanımdan hareketle, sağlayıcıdan bahsedebilmek için, hizmet sunma işinin devamlı, asgari bir örgütlenme içerisinde ivaz karşılığında ve ticari veya mesleki faaliyet şeklinde icra edilmesi gerekmektedir.<sup>54</sup>

Tüketici işlemi bakımından kanun koyucu TKHK m. 3/1’de örnek niteliğinde bir takım hukukî işlemlere yer vermiş ve bu bağlamda tüketici hukuku dışında başka hukuk alanlarına dahil olan sözleşmeleri tüketici hukuku kapsamına dahil edecek unsur olarak, sözleşmenin taraflarının tüketici ve satıcı/sağlayıcı olması esasını kabul etmiştir.<sup>55</sup> Kripto takas platformu olarak adlandırılan kripto para borsalarında<sup>56</sup> işlem yapılması ve bu işlem bakımından taraflar arasında akdedilen sözleşmenin, hukukî niteliğinin tüketici işlemi olup olmadığının ve bu bağlamda tüketici uyuşmazlığına vücut verip vermediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ülkemiz bakımından, kripto varlık hizmet sağlayıcılarını internet üzerinden kullanmak suretiyle diğer para cinslerine göre, kripto para fiyatlarının izlenebilmesi ve bu platformlardan Türk Lirası (TL)

<sup>52</sup> Tutumlu, s. 65; Topuz, s. 54; İ. Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, s. 2.

<sup>53</sup> Aydoğdu, s. 20, 21; Mustafa Alper Gümüş, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1 (Madde: 1-46), 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 17; Sezer Çabri, 6502 sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2016, s. 51.

<sup>54</sup> Gümüş, s. 15; Aydoğdu, s. 64; Topuz, s. 66; İ. Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2019, s. 6.

<sup>55</sup> Aydın Zevkliler ve Çağlar Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 80; Topuz, s. 42.

<sup>56</sup> Deniz Alp İmamoğlu, Kripto Para Birimleri ve Türk Hukukunda Düzenlenmesi, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 35.

ile kripto para birimi temin edilebilmesi mümkündür.<sup>57</sup> Kripto para borsası, kripto paralara “yatırım” yapma imkânını sağlamakta ve bu yatırım imkânı sayesinde yatırımcıların gözünde kripto paralar “yatırım yapılabilir bir araç”<sup>58</sup> hatta kısa yoldan zengin olmayı sağlayan bir araç haline gelmiştir.<sup>59</sup>

Kripto para borsaları/kripto takas platformları ise, kripto varlık hizmet sağlayıcısı olarak kabul edilmekle birlikte,<sup>60</sup> bunların hukukî niteliğiyle alakalı henüz mevzuatta herhangi bir düzenleme yapılmış değildir.<sup>61</sup> Söz konusu platformların TKHK m. 49’da düzenlenen finansal hizmetlere ilişkin<sup>62</sup> mesafeli sözleşmeler kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği üzerinde durulmalıdır. İlgili maddeye göre finansal hizmetler, her türlü banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım ve ödeme ile ilgili hizmetleri ifade etmektedir. Nitekim öğretilde,<sup>63</sup> finansal hizmetler ile sadece bankaların taraf olduğu sözleşmelerin kastedilmediği, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere, ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişilerle yapılan sözleşmelerin tamamının bu kapsama girdiği belirtilmektedir. Finansal hizmetlerin tanımına, her türlü banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, borsa, yatırım ve ödeme gibi tüm finansal hizmetler dahildir.<sup>64</sup> Bununla birlikte, ortada tüketicinin olmadığı yani tamamen

<sup>57</sup> İmamoğlu, s. 77.

<sup>58</sup> Hatta kullanıcıların çoğunluğunun amacı kripto paralara yatırım yaparak para kazanabilmek olduğundan hareketle, çok yanlış bir benzetme olsa dahi, yatırımcıların bakış açısıyla kripto paraların bir borsa hisse senedinden farksız olduğu da ifade edilmektedir (İmamoğlu, s. 94).

<sup>59</sup> İmamoğlu, s. 55, 56.

<sup>60</sup> İmamoğlu, s. 152.

<sup>61</sup> Mayıs 2021 tarihli MASAK tarafından Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları için Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörizmin Finansmanını Önlenmesine İlişkin Temel Esaslar adlı rehberde, söz konusu platformlar kripto varlık hizmet sağlayıcısı olarak ifade edilmiş olmakla beraber, bunlara lisans veya benzeri bir konuda herhangi bir düzenleme getirilmemiştir.

<sup>62</sup> Finansal hizmetlerin maddede sayılanlar ile sınırlı olmadığı, maddede belirtilmiş olan sözleşmelerin örnek niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Bkz., Ece Baş Süzel, “Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 35 (1), 2019, s. 132. Dolayısıyla kişilerin para formundaki kripto varlıklarını satın almak üzere, çeşitli şirketler ile yapmış olduğu sözleşmelerin finansal hizmet kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

<sup>63</sup> Sezer Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2021, s. 901.

<sup>64</sup> Aydoğdu, s. 296.

her iki taraf bakımından da ticari amaç güdülen işlemler maddenin uygulanmasının kapsamı dışında kalmaktadır.<sup>65</sup>

Aynı maddenin devamında ise, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme, finansal hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, sağlayıcı ile tüketici arasında uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmeler olarak tanımlanmıştır. Buna göre, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerin,<sup>66</sup> uzaktan iletişim araçları kullanılarak kurulması,<sup>67</sup> sağlayıcının finansal hizmetlerin pazarlanmasına yönelik oluşturduğu bir sistem çerçevesinde organize<sup>68</sup> olması gerekmektedir.<sup>69</sup>

2008 finansal krizinin etkisiyle, finansal hizmetler bağlamında gelişmiş ülkelerin çoğunda “finansal yatırımcı/bireysel yatırımcı” kavramı, yerini “finansal ürün ve hizmetlerin tüketicisi”, “küçük yatırımcı” “bireysel yatırımcı”, “ortalama yatırımcı” gibi kavramlara bırakmış ve böylece yatırımcı kavramı popülerliğini yitirip, söz konusu yatırımlar bağlamında tüketici anlayışı yerleşmiştir.<sup>70</sup> Finansal hizmetler bakımından, yatırımcıların yatırım hizmeti sunan kuruluşların müşterisi olmak suretiyle, onların sağlamış olduğu hizmetleri tükettiği söylenebilir.

Bu açıdan konuya bakıldığında, TKHK m. 3/1-k uyarınca, ticari veya mesleki olmayan bir amaçla hizmet alan kişinin tüketici sayılması esasından hareketle, finansal hizmetlerden yararlanmak suretiyle

<sup>65</sup> Aydoğdu, s. 296.

<sup>66</sup> Mesafeli sözleşmelerde, satıcı/sağlayıcı tüketici ile karşı karşıya gelmeden sözleşmeyi uzaktan iletişim aracıyla kurmaktadır (Çabri, s. 799).

<sup>67</sup> Maddenin gerekçesinde, tüketici ile sağlayıcı arasındaki sözleşmenin mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, internet gibi bir uzaktan iletişim aracının kullanılması suretiyle akdedilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, web sitesi veya elektronik posta, telefon, görüntülü görüşme veya kısa mesaj kullanılmak suretiyle sözleşme akdedilmiş olabilir (Çabri, s. 800).

<sup>68</sup> Maddenin gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “Öncelikle sağlayıcının hizmetlerini uzaktan pazarlamak üzere sistemini düzenlemiş olması gerekir. Yani uzaktan pazarlamaya yönelik bir organizasyonun var olması aranır. Sağlayıcının aynı zamanda banka şubesi, sigorta acentesi gibi mekanlarda hizmetlerini sunuyor olması bu noktada bir fark yaratmamaktadır. İki pazarlama tekniğinin birbirinin yanı sıra kullanılması mümkündür. Önemli olan uzaktan pazarlamanın tek seferlik, istisnai bir durum olmamasıdır”.

<sup>69</sup> Çabri, s. 799.

<sup>70</sup> H. Ebru Töremiş, “Yatırım Hizmet ve Faaliyetlerinden Yararlanan Yatırımcıların Tüketici Sifatının Belirlenmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24 (4), 2020, 231.

yatırım hizmet ve faaliyetlerinden ticari veya mesleki bir amaç dışında yararlanan yatırımcıların da tüketici sayılması gerektiği sonucuna varılabilir.<sup>71</sup> Burada para formundaki kripto varlıklara yatırım yapan kişinin esasında tüketim değil de yatırım amacıyla bir takım hizmetlerden yararlandığı söylenebilir de esasında para formundaki kripto varlıkların alım/satımı hizmetinden yararlanmak suretiyle onların yatırım yapabilmek noktasında sağladıkları hizmetleri bir açıdan tükettikleri gözden uzak tutulmamalıdır.<sup>72</sup> Para formundaki kripto varlıkların alım/satımı hizmeti sunanlar, hizmet sunma faaliyetlerini devamlı, asgari bir örgütlenme içerisinde ivaz karşılığında ve ticari veya mesleki amaçlarla yerine getirdikleri için, onlar TKHK m. 3/1/1 kapsamında sağlayıcı olarak kabul edilmelidir. Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde, kripto para alıcısı/satıcısı ile kripto para alım ve satımına yönelik hizmet sunanlar arasında yapılan sözleşmelerin, hukukî işlem bağlamında taraflarının tüketici ve sağlayıcı olmasından hareketle,<sup>73</sup> bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar bağlamında tüketici işlemi olarak nitelendirilmelidir. Bu işlemin finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme kapsamına girebilmesi için ise bu hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, sağlayıcı ile tüketici arasında uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulmuş olması gerekmektedir. Bu şart da gerçekleşecek olursa, taraflar arasında akdedilen sözleşmeden kaynaklanan alacak davalarında TKHK m. 73 çerçevesinde görevli mahkeme, tüketici mahkemesi olacaktır.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> Sermaye piyasası kurumları tarafından sağlanan hizmetlerinden yararlanan yatırımcılarının tüketici sıfatı açısından benzer yöndeki görüş için bkz., Töremiş, s. 233.

<sup>72</sup> Sermaye piyasası kurumları tarafından sağlanan hizmetlerinden yararlanan yatırımcılarının tüketici sıfatı açısından benzer yöndeki görüş için bkz., Töremiş, s. 233.

<sup>73</sup> TKHK m. 83/2'de, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez hükmü öngörülmüştür.

<sup>74</sup> Nitekim, İstanbul 21. Asliye Ticaret Mahkemesi de kripto para alım/satımıyla alakalı açılmış olan bir alacak davasında, görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğuna benzer yorumu yapmak suretiyle karar vermiştir. İstanbul 21. Asliye Ticaret Mahkemesi, 02.07.2020 T., 2019/915 E., 2020/278 K., (İstanbul 21. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2019/915 K. 2020/278,... - Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri Kararı | LEXPERA) Erişim Tarihi 20.02.2023.

İkinci olasılıkta genellikle şirket biçiminde faaliyet gösteren finansal hizmet sunanlarla çerçeve sözleşme akdederek hukukî ilişkiye giren müşterilerin tüketici sıfatı, bu şirketlerin alım/satım yapma hizmetlerinden yararlanmak suretiyle üçüncü kişilerle yapılan işlemler bakımından değerlendirilebilir. Buna göre, şirketin sağladığı hizmetle, üçüncü kişilerle yatırım aracı alım/satımı yapılmasıyla güdülen amacın niteliği, şirketin sunmuş olduğu hizmet dikkate alındığında müşterinin tüketici olma sıfatını etkilemez. Bu sebeple, para formundaki kripto varlıkların alım satımı için kurulmuş olan şirketin müşterisi, yatırım aracı olarak gördüğü para formundaki kripto varlıkları satın alarak, onu hemen satmak ve alım satım fiyatı arasındaki marjdan kâr elde etmek, yani tüketmek amacıyla değil, ticari olarak yatırıma konu etmek amacıyla almış da olsa, şirketten aldığı aracılık hizmeti dolayısıyla şirketle olan ilişkisinde tüketici sıfatını haiz olabilmektedir.<sup>75</sup> Bununla birlikte, tüketiciyi ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden kişi olarak kanun tanımlamaktadır. “Ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket etmekten” ne anlaşılması gerektiği ile ilgili öğretide,<sup>76</sup> söz konusu ifadeyi kanunun lafzına uygun yorumlayarak, kişi kazanç elde etmeye yönelik ticari veya mesleki amaçla hareket ediyorsa, tüketici sayılmaması gerektiği belirtilmektedir. Bunun sonucu olarak, amacın yorumunda, yapılan işlemin ticari veya mesleki faaliyetin dışında olduğu, yani sırf kendi kullanımı ve yararlanması amacıyla yönelik olduğu saptanırsa, TKHK kapsamında kabul edilip söz konusu Kanun uygulama alanı bulur; aksi halde genel hükümlerin (TBK, TTK vb.) uygulanması gerekir. Dolayısıyla bu görüş, sadece kişisel ve özel ihtiyaçları karşılamak amacıyla alım/satım yapmış olmayı aramaktadır. Konuya bu açıdan bakıldığında, para formundaki kripto varlığa yatırım yapan kişi, yapmış olduğu alım/satım işleminde aldığı veya sattığı kripto varlığın değer kazanması dolayısıyla kâr getirmesini hedeflemektedir. Yani o, kazanç elde etme amacıyla söz konusu kripto varlıklara yatırım yapan, belli vadede yatırımından kazanç elde etmeyi amaçlayan yatırımcıların amacının ticari olduğunun kabulü halinde, onun tüketici olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Böyle bir sonuçta ise, para formundaki kripto varlıkların alım/satımı için hizmet sunan kişiyle, bunların alım/satımıyla alakalı yapmış ol-

<sup>75</sup> Benzer yönde bkz., Töremiş, s. 234.

<sup>76</sup> Gümüş, s. 17; Çabri, s. 51; Aydoğdu, s. 20, 21



duğu sözleşme, tüketici işlemi olarak değerlendirilmeyecek ve genel hükümlere tabi olacaktır.<sup>77</sup>

Para formundaki kripto varlıklar, uygulamada havale amacıyla da kullanılabilir. Ancak buradaki havalenin hukukî anlamda havale olup olmadığının da ayrıca irdelenmesi gerekmektedir. Zira havaleyle havale eden, bir yandan havale edileni bir miktar para, kıymetli evrak ya da misli eşyayı kendi hesabına havale alıcısına teslim etmeye, öte yandan da havale alıcısını yapılan ödemeyi kendi adına kabul etmeye yetkili kılmaktadır (TBK m. 555-560).<sup>78</sup> Havalenin hukukî niteliği öğretide tartışmalı olmakla birlikte,<sup>79</sup> genel kabul gören görüş<sup>80</sup> çerçevesinde havale eden tarafından havale ödeyicisi ile havale alıcısına çift yönlü yetki verilmesine ilişkin tek taraflı bir hukukî işlem olduğu kabul edilmektedir.<sup>81</sup> Kural olarak kendisine yetki verilen havale

<sup>77</sup> Nitekim, İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesi verdiği bir kararda “27 Haziran 2013 tarih ve 28690 sayılı Resmî Gazete’de 6493 sayılı “Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun” yürürlüğe girdiği, ödeme ve elektronik para hizmetlerine bir mevzuat alt yapısı oluşturulmaya çalışıldığı belirtilmiş olup dava dilekçesi içeriğinden anlaşılmaktadır. Vergi müdürlüğünden celbedilen müzekkere cevabına göre davacı tacir değildir. Diğer yandan davacı tarafın işlemi dijital paralardan gelir elde etmeye yönelik olduğundan tüketici işlemi olarak kabul edilemez. Anılan hüküm uyarınca yatırım amaçlı işlem yapan davacı tüketici olarak kabul edilemeyeceği gibi, kripto para alım satım işlemine aracılık eden davalı şirket Banka olmadığından, işlem bankacılık işlemi olarak nitelendirilemeyecektir... Anılan kanun kapsamında tüketici işleminden söz etmek mümkün olmadığı, Türk Ticaret Kanunu’nun 4. maddesi gereğince ticari dava niteliği bulunmadığı da dikkate alınarak, dava genel mahkemede bakılması gerekmekte olup uyuşmazlığın çözümünde görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olup...” şeklinde karar vermiştir. İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesi 06.09.2021 T., 2021/469 E., 2021/704 K. (İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2021/469 K. 2021/704,... - Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri Kararı LEXPERA) Erişim Tarihi 20 Şubat 2023. Benzer yönde istinaf mahkemesinin verdiği bir karar için bkz., İstanbul BAM, 19. HD., 21.12.2021, 2021/3166 E., 2021/2411 K. (İstanbul BAM, 19. HD., E. 2021/3166 K. 2021/2411 T. 21.12.2021- Bölge Adliye Mahkemesi Kararı LEXPERA) Erişim Tarihi 20.02.2023.

<sup>78</sup> Aydın Zevkliler, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 374; Murat Doğan, “Havale” Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayınları 2023, s. 788.

<sup>79</sup> Havalenin hukukî niteliğiyle ilgili öğretideki tartışmalar için bkz., Arif B. Kocaman, “Havalenin Hukukî Niteliği Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 49 (1), 1994, s. 292 vd.

<sup>80</sup> Zevkliler, s. 376; Doğan, s. 788.

<sup>81</sup> Havale ile yaratılan üçlü ilişki çerçevesinde havale eden ile havale ödeyicisi arasındaki ilişkiye karşılık ilişkisi; havale ödeyicisi ile havale alıcısı arasındaki ilişkiye havale ilişkisi; havale eden ile havale alıcısı arasındaki ilişkiye ise, bedel ilişkisi

ödeyicisi ödeme konusunda herhangi bir ödeme yükümlülüğü altına girmemekle birlikte, bazı hallerde ödeme yükümlülüğü doğabilmektedir. Bunlardan birisi de havale eden ile havale ödeyicisinin yapacakları anlaşmayla ödemeyi kabul yükümlülüğü getirmeleri halidir.<sup>82</sup> Havale soyut bir hukukî ilişki olmakla birlikte, vekalet, eser, satış, hizmet sözleşmesi gibi bir sözleşmeye dayanabilmektedir. İşte böyle bir sözleşmeye rağmen, havale ödeyicisi ödemeyi kabul etmeyecek olursa, havale edenin bundan doğan zararını tazminle yükümlü hale gelir.<sup>83</sup>

Para formundaki kripto varlıklarla ödemelerin bir aracıya ihtiyaç duymadan, doğrudan bir taraftan diğerine gönderilmesine olanak sağlayan eşler arası işlem yapılmaktadır. Bireyler, kendi bilgisayarlarına veya mobil cihazlarına cüzdan kurulumunu yaparak, sonrasında bu cüzdanların özel anahtarla şifrelenen onaylamalarıyla transfer işlemlerini bir kurumun onayına gerek kalmadan gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla burada, eşler arası bir işlem yapılma durumu söz konusu olduğu için, havalede aranan çift yönlü yetki verme unsuru bulunmamaktadır.<sup>84</sup> Bunun yanı sıra, TBK m. 555'te, havalenin konusunun para, kıymetli evrak veya diğer misli eşyalar olabileceği düzenlenmiştir. Para formundaki kripto varlıkların para olarak nitelendirilmesi ile ilgili öğretideki görüşler ve ÖKVVDY m. 3/2 ve 3'teki düzenleme dikkate alındığında bunların para olarak kabul edilmediği görülmektedir. Bununla birlikte, öğretide, para formundaki kripto varlıkların menkul eşya niteliği taşıdığını savunan görüş kabul edilecek olsa bile, buna ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığı ve havalede aranan çift yönlü yetki verme işleminin para formundaki kripto varlıklar bağlamında gerçekleşmediği için yine hukukî anlamda havale işleminden bahsedilemeyecektir. Burada bir para aktarımı yapılmamakta, bir değer transferi işlemi yapılmakta, değer transferinin gerçekleştirilmesinden sonra ise, söz konusu değer para cinsine çevrilmektedir.<sup>85</sup>

Transfer işlemi sırasında, kripto varlık hizmet sağlayıcısının oluşturduğu sistem kullanılmaktaysa, tüketici işleminin varlığı söz konu-

---

denilmektedir (Zevkliler, s. 376; Doğan, s. 791).

<sup>82</sup> Doğan, s. 791.

<sup>83</sup> Doğan, s. 792.

<sup>84</sup> Gülşah İslamoğlu, "Havale", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14 (2), 2019, s. 536, 537.

<sup>85</sup> İslamoğlu, s. 537, 538.

su olabilir. Bu transfer sürecinde çıkacak uyuşmazlıklarda, TKHK m. 73'e bakmak suretiyle görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olup olmadığı belirlenmelidir. Yapılan transferde sistemin kullanılması işleminin, tüketici ile sağlayıcı arasında yapıldığı, uyuşmazlığın tüketici işlemi veya tüketiciye yönelik uygulamadan kaynaklandığı tespit edilirse, görevli mahkeme tüketici mahkemesi olarak kabul edilir.

### E. Aile Mahkemesi

Kripto varlıkların yaygın bir yatırım aracı haline gelmesi, aile hukuku alanında da çeşitli uyuşmazlıklar doğurabilir. Hayatımıza son on yılda giren kripto varlıkların, düğünlerde kültürümüzde bulunan takı merasimine konu olduğu görülmüştür; Karabük, Hatay ve Antalya'daki düğünlerde gelin ve damada kripto paranın düğün takısı olarak hediye edildiği haberlere yansımıştır.<sup>86</sup> Evliliğin sona ermesi halinde, düğünde takılan kripto varlıkların akıbeti Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun en son içtihatları<sup>87</sup> çerçevesinde değerlendirilebilir. Buna göre, erkeğe özgü olmayan takı ve paralar, kadına ya da erkeğe takıldığına bakılmaksızın, kadının kişisel malı sayılmakta; aksine bir anlaşma olmadığı veya örf ve âdet kuralı bulunmadığı takdirde düğünlerde takılan kripto paraların kadının kişisel malı sayılabilece-

<sup>86</sup> <https://www.ntv.com.tr/turkiye/dugunde-gelin-ve-damada-15-bin-adet-kripto-para-takildi,mzQWkJXAhUy06S03Mfqtg> (Erişim Tarihi: 24.02.2023); <https://www.yenimesaj.com.tr/dugunde-gelin-ve-damada-kripto-para-takildi-V133700.htm> (Erişim Tarihi: 24.02.2023);

<sup>87</sup> <https://sputniknews.com.tr/20211010/antalyada-bir-dugunde-gelinle-damada-kripto-para-takildi-1049694060.html> (Erişim Tarihi: 24.02.2023).

<sup>87</sup> "Mevzuatımızda, düğün sırasında takılan ziynet ile parasal değeri olan bütün eşyanın aidiyeti konusunda yazılı bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenledir ki, örf ve âdet hukuku uygulanmaktadır. Yargıtayın yerleşik uygulamasına, yaygın örf ve âdet ile ülke gerçeklerine göre kural olarak, düğün sırasında takılan ziynet eşyası ve paralar kim tarafından ve hangi eşe takılırsa takılsın aksine bir anlaşma ya da örf ve âdet kuralı olmadığı takdirde kadına bağışlanmış sayılır ve artık kadının kişisel malı kabul edilir. Yani erkeğe takılan ziynetler ve paraların da aksi kanıtlanmadığı müddetçe kadına ait olduğu kabulü vardır. Söz konusu ziynet eşyasının (altın vs.) evlenme sebebiyle gerek ailelerce ve gerek yakınlarca kadına geleceğinin güvencesi olarak takıldığı kabul edildiğinden emaneten (geçici olarak) takıldığı konusunda kadının bir kabulü olmadığı sürece genel kural kabul edilecektir. Artık, ziynetlerin geri istenmemek üzere verildiği iddia ve ispat edilmedikçe, bunları alan iade etmekle yükümlüdür." HGK 13.04.2021 T, 2017/1038 E., 2021/458 K. (HGK., E. 2017/1038 K. 2021/458 T. 13.4.2021- Yargıtay Kararı | LEXPERA) Erişim Tarihi 24.02.2023.

ği kabul edilmektedir.<sup>88</sup> Bu nevi aile hukuku uyuşmazlıklarında, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4 uyarınca, aile mahkemeleri görevlidir.

Kripto varlıkların edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda da tartışılması muhtemeldir. Evlilik birliği içinde, emek harcanarak edinilen gelirlerle alınan kripto varlıklar, edinilmiş mallara katılma rejiminin son bulması halinde tasfiyeye tabi olur. Ancak, kripto varlıkların merkeziyetsiz olmaları ve anonim işlemlere konu olmaları sebebiyle, eşlerin birbirlerinin kripto varlık sahibi olduğunu bilmesinde ve ispatlamasında çeşitli güçlükler bulunmaktadır. Boşanma halinde eşinden mal kaçırmak isteyen taraf, kripto para olarak esasen mal rejimine dahil olması gereken varlıklarını gizlemeyi tercih edebilmektedir. Bu durumun diğer ülkelerde yaşandığını belirtmek gerekir.<sup>89</sup> Ülkemiz bakımından da kripto varlıkların boşanmalarda mal varlığının gizlenmesi ve bu suretle kaçırılması için kullanılabileceği değerlendirilmektedir.<sup>90</sup>

Edinilmiş mallara katılma rejimi, TMK m. 225 uyarınca, eşlerden birinin ölümü, eşlerin başka bir mal rejimini kabul etmesi, mahkemece evliliğin sona erdirilmesi ve mahkeme tarafından mal ayrılığı rejimine geçilmesine karar verilmesi durumlarında sona ermektedir. Eşlerden biri ya da her ikisi, mal rejimi kapsamında kripto varlığa sahipse, boşanma, mal ayrılığına geçilmesi ya da eşlerce başka bir mal rejiminin kabul edilmesi halinde, mal rejiminin tasfiyesi konusunda mahkemeye başvurduklarında kripto varlık alacağına ilişkin uyuşmazlıklar ortaya çıkacaktır. Evlilik birliği içinde ve emek sarf edilerek edinilen gelirlerle satın alınan kripto varlıklar, mal rejimi sona erdiğinde, tasfiye yargılamasına konu olur.<sup>91</sup> 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4 uyarınca, TMK'nun

<sup>88</sup> Ömer Batuhan Uçmak, Dijital Dünyanın Getirdikleri: Düğünde Takılan Kripto Paralar ve Hukukî Durumu ([https://hukukvebilisim.org/dijital-dunyanin-getirdikleri-dugunde-takilan-kripto-paralar-ve-hukuki-durumu/#\\_ftn9](https://hukukvebilisim.org/dijital-dunyanin-getirdikleri-dugunde-takilan-kripto-paralar-ve-hukuki-durumu/#_ftn9)) Erişim tarihi 24.02.2023.

<sup>89</sup> Kripto para birimlerinin izlenmesi zor olduğu için, eşinden malvarlığını gizlemek isteyen tarafın kripto paralara yatırım yaptığı belirtilmektedir. Bkz. <https://www.cnbc.com/2021/06/01/divorcing-spouses-are-using-cryptocurrency-to-hide-money-how-experts-find-it.html> (Erişim tarihi 16.02.2023).

<sup>90</sup> Seda Kara Kılıçarslan, "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyesi Sorunu", *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 3 (1), 2023, s. 15.

<sup>91</sup> Kara Kılıçarslan, s. 21.

aile kitabından doğan uyuşmazlıklarda aile mahkemeleri görevli olduğu için edinilmiş malların tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklarda, aile mahkemeleri görevlidir. Bu uyuşmazlık esasen boşanma davası içinde görülebileceği gibi, ayrıca katılma alacağı davası olarak aile mahkemesine yansiyabilir.

## F. İcra Mahkemesi

Kripto varlıkların, hukukî niteliğine ilişkin tartışmalar ve taraflar arasındaki hukukî ilişki çerçevesinde icra mahkemesinin görev alanına giren çeşitli yargılamalara konu olabilmesi mümkündür. Bu halde özellikle alacaklının başlattığı takip türü ve bu takipte kripto varlıkların haczi açısından icra mahkemelerinin görevli olması söz konusu olabilir.

Para formundaki kripto varlıkların para niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin tartışmalar bir yana bırakılırsa, uygulama açısından düşünüldüğünde, kripto para alacağı için veya kripto para karşılığı olarak belirlenen TL alacağı için ilâmsız icra takibi başlatılması muhtemeldir. Bu hallerde, kripto varlıkların para niteliği taşımadığı gerekçesiyle ilâmsız icra takibinde alacağın konusunu oluşturamayacakları, bu sebeple takibin işleme konulmaması gerektiği iddiasıyla şikâyet yoluna başvurulabilir. İcra ve İflâs Kanunu (İİK) m. 16. uyarınca şikâyet incelemelerinde icra mahkemesi görevlidir. Dolayısıyla, icra mahkemeleri, kripto varlıkların para niteliği taşıyıp taşımadığını şikâyet yargılamalarında inceleyebilir. Özellikle, El Salvador ve Orta Afrika Cumhuriyeti'nin bir kripto parayı resmî para birimi kabul etmelerinin ardından, yabancı para alacağı olduğu iddiasıyla takip başlatılması halinde, icra mahkemesinin bu değerlendirmeyi yapması gerekecektir. Bu hususta yapılacak bir değerlendirmede Uluslararası Para Fonu (IMF)'in politikaları ve güncel gelişmeler dikkate alınmalıdır. Buna göre, Uluslararası Para Fonu, kripto varlıkların resmi para birimi olarak kullanılmaması hususunda uyarıda bulunarak; bir kripto varlık biriminin yasal ödeme aracı olarak benimsenmesinin finansal bütünlük, piyasa istikrarı ve tüketicinin korunması açılarından büyük riskler içerdiğini belirtmiştir.<sup>92</sup> Kanaatimizce, uluslararası açıdan finansal

<sup>92</sup> <https://www.imf.org/en/News/Articles/2022/01/25/pr2213-el-salvador-imf-executive-board-concludes-2021-article-iv-consultation>, Erişim Tarihi, 17.05.2023.

piyasa dengesinin dışına çıkılmaması için kripto varlıkların yabancı para birimi olarak kullanılmaması ve icra takipleri bakımından yabancı para olarak işlemlere konu edilmemesi uygun olacaktır.

Öte yandan, ilâmlı ve ilâmsız icra takiplerinde, kripto varlıklarının haczine ilişkin talepler karşısında, bu hususta verilecek olumlu veya olumsuz icra dairesi kararlarına karşı yapılacak şikâyet başvurularında icra mahkemeleri görevli olacaktır. Öğretide,<sup>93</sup> kripto varlıkların değeri para ile ölçülebildiğinden ve devredilebildiğinden haczi caiz malvarlığı değerleri arasında kabul edilmektedir. Nitekim, para formundaki kripto varlıkların haczedilemeyeceğine ilişkin bir şikâyet talebini yerel bir mahkeme reddetmiş;<sup>94</sup> neticede, Türkiye’de kripto varlıkların haczi uygulaması fiilen başlamıştır. Medyaya<sup>95</sup> yansımış olayda, icra dairesi, borçlunun üçüncü kişideki mal ve alacaklarının haczine ilişkin İİK m. 89 çerçevesinde, borçlunun bir kripto para borsasında bulunan kripto para hesabına bloke konulmasına dair ihbarname göndermiş; ilgili borsa ise, borçlunun hesabını kapatmıştır. Bunun üzerine borçlu vekili, şikâyet yoluyla, mevzuat yokluğu sebebiyle Türkiye’deki kripto para borsalarının aracı kurum, banka veya finans kuruluşu olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle ihbarnamenin iptalini talep etmiştir. Mahkeme, “Her ne kadar davacı, kripto paraların haczedilmeyeceğini iddia ederek şikâyetçi olmuş ise de bu tür paraların da emtia ve menkul kıymetler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bir çeşit dijital döviz veya sanal para olarak kabul edildiği, dolayısıyla haczedilebileceği anlaşıldığından şikâyetin reddine”<sup>96</sup> karar vermiştir. Yerel mahkeme kararı

<sup>93</sup> Yardımcı, s. 114; Bilgili/Cengil, İcra ve İflas Hukuku Yönüyle, s. 103; Özsoy, s. 72-74; Balıkcı, s. 300; Ömer Çon, “Kripto Varlıkların İcra ve İflas Kanunlarında Görünümüne Dair İsviçre Örneği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 51, 2022, s. 242; kripto paraların depolandığı cüzdan türlerine göre haczin şekline ilişkin olarak bkz. Sezgin, s. 116 vd.

<sup>94</sup> “Her ne kadar davacı, kripto paraların haczedilmeyeceğini iddia ederek şikâyetçi olmuş ise de bu tür paraların da emtia ve menkul kıymetler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bir çeşit dijital döviz veya sanal para olarak kabul edildiği, dolayısıyla haczedilebileceği anlaşıldığından şikâyetin reddine dair karar verilmiştir”. Anılan kaynaklarda kararın açık künyesine yer verilmemiştir. Bkz. Gökhan Türkmen /Ekrem Can Narin, Kripto Para Haczi ve Satışı, 2022, ([https://www.mondaq.com/turkey/fin-tech/1199712/kripto-para-haczi-ve-sat305351305#\\_ftn31](https://www.mondaq.com/turkey/fin-tech/1199712/kripto-para-haczi-ve-sat305351305#_ftn31)), Erişim Tarihi, 23.02.2023; Sezgin, s. 124 vd.

<sup>95</sup> <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/borclunun-kripto-parasi-haciz-islemi-icin-menkul-kiymet-olarak-sayildi/2214609> Erişim Tarihi, 26.02.2023.

<sup>96</sup> Türkmen/Narin, Kripto Para Haczi ve Satışı, 2022, ([https://www.mondaq.com/turkey/fin-tech/1199712/kripto-para-haczi-ve-sat305351305#\\_ftn31](https://www.mondaq.com/turkey/fin-tech/1199712/kripto-para-haczi-ve-sat305351305#_ftn31)), Erişim Ta-

her ne kadar bir içtihat niteliği taşımasa da kripto varlıkların haczine ilişkin uygulamadaki ilk örnek olması hasebiyle önem arz etmektedir.

İcra ve İflâs Kanunu'nda paraya çevirmeye ilişkin düzenlemeler (İİK m. 112 vd.; 123 vd.) esasen taşınır ve taşınmaz mal ayrımına göre yapılmıştır. Öğretideki, kripto varlıkların niteliğine ilişkin gayri maddi mal görüşü dikkate alınacak olursa, kripto varlıkların öncelikle taşınır mallar gibi paraya çevrilmesi düşünülebilir. Buna göre, İİK m. 112-119 hükümleri uygulanmak suretiyle, açık artırma ya da pazarlık suretiyle satışı mümkün olmalıdır. Ancak bu halde, sürekli değerleri değişen kripto varlıkların kıymet takdiri bakımından güçlüklerle karşılaşılması muhtemeldir. Böyle bir durumda, altın, gümüş gibi kıymetli madenlerin değerlerindeki anlık değişimlerin kıymet takdirine engel olmadığı dikkate alındığında, kripto varlıklar bakımından da kıymet takdirinin yapılabileceği düşünülebilir. Ancak, kripto varlıkların ilgili platformlardaki fiyat oynaklığı karşısında, paraya çevirme işlemlerinin en kısa sürede gerçekleştirilmesi amacıyla pazarlık suretiyle satışa ilişkin usulün uygulanması daha tercihe şayan olabilir.

Bundan başka İİK m. 121 hükmündeysen, "*intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi gibi yukardaki maddelerde gösterilmeyen başka nevi malların satılması*" düzenleme altına alınmıştır. Anılan hükümde, sınırlı sayı ilkesine göre bir sayma yapılmadığından, taşınır ve taşınmaz mallarla alacak hakları dışındaki tüm haczedilen malvarlığı değerlerinin paraya çevrilmesi İİK m. 121'e göre yapılmalıdır<sup>97</sup>. Kripto varlıkların bu kapsamda bir mal varlığı değeri olduğu göz önünde bulundurulduğunda paraya çevrilmesi yönteminin belirlenmesinde, icra dairesinin İİK m. 121'e göre icra mahkemesine sorması gerekir.<sup>98</sup>

rihi, 23.02.2023; Sezgin, s. 126.

<sup>97</sup> Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 406; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özeker, İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 9. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 241; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 317; Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 333; İbrahim Aşık/Yakup Oruç/Ozan Tok/Ömer Faruk Saçar, İcra ve İflâs Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 294.

<sup>98</sup> Gökmen, s. 122.

Paraya çevirme bakımından, hacizli kripto varlıkların İİK m. 111/a hükmü uyarınca, borçluya satış yetkisi verilmesine konu olması bakımından da değerlendirme yapılabilir. Borçlu, satış yetkisinin verilmesini, hacizli taşınır ya da taşınmaz malların yanı sıra niteliğine uygun düştüğü ölçüde diğer hacizli malvarlığı değerleri için de talep edebilir.<sup>99</sup> Para formundaki kripto varlıkların değeri anlık olarak değiştiği için kıymetlerinde hızlı yükselmeler ya da düşmeler yaşanabilmektedir. Bu durum karşısında, değerleri sürekli değiştiğinden<sup>100</sup> kripto varlıkların rızai satışa uygun olmadıkları kanaatindeyiz. Ancak, bu hususta herhangi bir mevzuat ya da uygulama bulunmadığından aksi yönde talepler söz konusu olabilir. Dolayısıyla, İİK m. 111/a uyarınca, borçlunun, icra dairesinden rızai satış için kendisine yetki verilmesini talep etmesi ihtimal dahilindedir. Bu talebe ilişkin icra dairesinin verdiği kararlara karşı, şikâyet yoluyla icra mahkemesine gidildiğinde, icra mahkemesinin kripto varlıkların rızai satışa uygun niteliklere haiz olup olmadığını değerlendirmesi gerekir. Keza, icra dairesi kripto varlıklar için rızai satış talebini, kabul eder; rızai satış yapılır ve onaylama için bu durum yine İİK m. 111/a, 3 uyarınca icra mahkemesinin önüne gelebilir.

Kripto varlıklar, ayrıca hacizde ve iflâsta istihkak davalarına konu olabilirler. Özellikle soğuk cüzdanda depo edilen kripto varlıklar bakımından istihkak davaları gündeme gelebilir. Hacizde istihkak davaları bakımından görevli mahkeme İİK m. 97, 6 uyarınca icra mahkemesidir. İflâs prosedüründe ise, kripto varlıklar hakkındaki istihkak iddiasının iflâs idaresi tarafından reddedilmesi halinde, açılacak davada görevli mahkeme, İİK m. 228'e göre tasfiyenin yapıldığı yerdeki icra mahkemesidir.<sup>101</sup> Ancak istihkak iddia edilen kripto varlıkların üçüncü kişinin elinde bulunması halinde, İİK m. 228 uygulanmayacağından, iflâs idaresinin, üçüncü kişiye karşı genel mahkemede, genel hükümlere göre dava açması gerekir.

<sup>99</sup> Burçin Yazıcı, "İcra ve İflas Kanunu m. 111/a Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12 (2), s. 1119-1147 s. 1131.

<sup>100</sup> Değeri sürekli değişen malvarlığı değerlerinin paraya çevrilmesinde İİK m. 113 ve 119 hükümleri çerçevesinde paraya çevrilmesi düşünülebilir. İİK m. 119 bakımından bkz. Bilgili ve Cengil, s.105; Balıkçı, s. 304.

<sup>101</sup> Çon, s. 249.



#### IV. SONUÇ

Bilgi toplumundan veri topluma geçiş sürecinde blok zincir uygulaması gelişerek kripto varlıklar oluşmuştur. Türkiye’de kripto varlıklar, başta yatırım amacı olmak üzere, ödeme veya tahsilat amaçlarıyla da farklı hukukî ilişkilerde kullanılabilir. Bu durum çeşitli uyuşmazlıklara yol açmaktadır. Özellikle bu husustaki mevzuatın bulunmaması, bu uyuşmazlıklarda görevli mahkemelerin belirlenmesi gereğini doğurmaktadır.

Asliye hukuk mahkemesi genel görevli mahkeme olduğu için, aksine bir düzenleme olmadıkça, kripto varlıklarla ilgili uyuşmazlıklarda görevlidir. Sulh hukuk mahkemeleri ise kripto varlıklara ilişkin sınırlı görev alanına sahiptir. Kira sözleşmesinde, mevzuata göre yasağın olmasına rağmen ödeme aracı olarak kripto varlıkların tayin edilmesinden kaynaklı uyuşmazlıklarda; soğuk cüzdanda saklanan kripto varlıkların gaspına dayalı zilyetlik davalarında; kripto varlıklara ilişkin tevdi mahalli tayinine ilişkin taleplerde; terekeye dahil kripto varlıkların miras hukuku çerçevesinde korunmasına ilişkin çekişmesiz yargı işlerinde sulh hukuk mahkemeleri görevlidir. Asliye ticaret mahkemeleri ise, kripto varlıkların sermaye olarak şirkete getirilmesinin taahhüt edilmesinden kaynaklı davalarda ve tacir olan tarafların ticari işletmelerini ilgilendiren nispi ticari davalarda görevlidir. Uygulama bakımından kripto varlık borsaları ticaret hukuku anlamında borsa niteliği taşımadığı için bu borsalarla ilgili uyuşmazlıklar mutlak ticari davaya vücut vermez.

Kripto varlıkların alım/satımından kaynaklanan uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinin görev alanında kalabilmesi için, uyuşmazlığın taraflarının tüketici ile sağlayıcı olarak nitelendirilmesi gerekir. Bu durum, en çok kripto varlık hizmet sağlayıcılarının sundukları hizmetle ilgili uyuşmazlıklarda ortaya çıkabilir.

Aile mahkemeleri ise, düğün hediyesi olarak verilen kripto varlıkların evlilik sona erdiğinde hangi eşe ait olacağına dair uyuşmazlıklar ile evlilik birliği içinde edinilmiş kripto varlıkların, mal rejimine uygun olarak tasfiyesinde görevlidir. Kripto varlıkların merkeziz olmaları ve anonim işlemlerle devredilebilmesinin bir sonucu olarak malvarlığını gizlemek isteyen eşin bu yola başvurusunun muhtemel olduğu değerlendirilmektedir.

İcra mahkemeleri, para formundaki kripto varlıklarla ilâmsız icra takibi yapılıp yapılamayacağı; kripto varlıkların haczinin caiz olup olmadığına ilişkin uyuşmazlıklarda şikâyetleri incelemekle görevlidir. Bunun dışında borçluya satış yetkisi verilmesi, istihkak davalarında görevli olabilmesi söz konusudur.

Kripto varlıklara ilişkin mevzuat eksikliği giderilse dahi, yukarıda sayılan uyuşmazlıklar daha ziyade tarafların sıfatına ve/veya aralarındaki hukukî ilişkiye göre yapıldığından görevli mahkeme değişmeyecektir. Bunun temel istisnası, kripto varlık hizmet sağlayıcılarının yatırım işlemleri bakımından yapmış oldukları faaliyetlerin mutlak ticari dava kapsamına alınmasıdır. Bu durum esasen tüketici mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki görev ayrımında etkili olabilir. Kanaatimizce küçük yatırımcılar açısından kripto varlık hizmet sağlayıcılarının faaliyetinin tüketici uyuşmazlıkları kapsamında değerlendirilmesi küçük yatırımcının korunması gereğine uygun olacaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Altay Oğuzhan, Para İktisadı Teori ve Politika, 1. Baskı, Palme Yayıncılık, Ankara 2015.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Aslan Ali Çetin, Medeni Usul Hukukunda Görev, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022 (Aslan, Görev).
- Aslan Ümmühan/Ayanoğlu Yıldız/Özcan Enes, “Kripto Varlıkların Muhasebeleştirilmesi ve Raporlanması”, Blockchain Teknolojisi ve Kripto Varlıklar Eko Sistemi, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2022, s. 25-44.
- Aslan İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019 (Aslan, Tüketici)
- Aşık İbrahim/Oruç Yakup/Tok Ozan/Saçar Ömer Faruk, İcra ve İflâs Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/ Erdoğan Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

- Aydoğdu Murat, Tüketici Kılavuzu Hukuk Rehberi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Börü Levent/Koçyiğit İlker, Ticari Dava, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Ciğer, Ayşegül, Kripto Varlıklar ile İlgili Uluslararası ve Ulusal Yaklaşımlar, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2021
- Çabri Sezer, 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2016. (Çabri, Tüketici)
- Çabri Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2021. (Çabri, Şerh)
- Sezer Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (Milli Şerh), (1. Baskı, Aristo 2016)
- Çağlayan Aksoy Pınar, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Çarkacıoğlu Abdurrahman, Kripto-Para Bitcoin, 1. Baskı, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi Araştırma Raporu, Ankara 2016.
- Doğan Murat, "Havale" Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.
- Doğancı Doğa Ekrem, Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukukî Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Hukukî Uygulamalar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Görgün Şanal/Börü Levent/Kodakoğlu Mehmet, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Gümüş Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1 (Madde: 1-46), (1. Baskı, Vedat 2014)
- İmamoğlu Deniz Alp, Kripto Para Birimleri ve Türk Hukukunda Düzenlenmesi, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- Kahraman Abdüssamed, Türk ve Avrupa Birliği Düzenlemeleri Işığında Elektronik Para, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2020.
- Karakaya Ali, "Blok Zincir Teknolojisi Hakkında Genel Bilgiler ve Çeşitli Uygulama Alanları" Blokzinciri, Kripto Paralar ve Akıllı Sözleşmelerde Güncel Gelişmeler, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2021, s. 25-37.
- Kuru Baki/ Aydın Burak, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Özbilen Şevki, Para Teorisi, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2015.
- Parasız İlker, Para Teorisi ve Politikası, 3. Baskı, Ezgi Kitabevi, Bursa 2016.
- Paya Merih, Para Teorisi ve Para Politikası, 6. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2013.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 10. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/ Özekes, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

- Sezgin Gökmen, Takibin ve Haczin Konusu Bakımından Kripto Paralar, 1. Baskı Adalet Yayıncılık, Ankara 2023.
- Tanrıver Süha, Medeni Usul Hukuku, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2020
- Topuz Gökçen, Tüketici Mahkemeleri, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Tutumlu Mehmet Akif, Tüketici Yargılaması Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014
- Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Şerhi, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 33
- Yurtçiçek Mehmet Sıddık, Hukukî Açından Elektronik Para, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
- Zevkliler Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- Zevkliler Aydın/Özel Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

## Makaleler

- Balıkçı Eylül, "Dava ve Takip Konusu Olabilmesi Bakımından Kripto Paralar" *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16 (2), 2021, 273-312. Baş Süzel, Ece, "Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 35 (1), 2019, s. 119-167.
- Bilgili Fatih/Cengil M. Fatih: "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23 (3), 2019, s. 3-23. (Sermaye Olarak Getirilme)
- Bilgili Fatih/Cengil Fatih, "İcra ve İflas Hukuku Yönüyle Kripto Paralara İlişkin Bazı Meseleler", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7 (1), 2019, s. 99-109 (İcra ve İflas Hukuku Yönüyle)
- Çağlayan Aksoy Pınar/Özkan Üner Zehra, "NFTs and copyright: challenges and opportunities", *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 16 (10), 2021, s.1115-1126.
- Çon Ömer, "Kripto Varlıkların İcra ve İflas Kanunlarında Görünümüne Dair İsviçre Örneği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 51, 2022, s. 229-258.
- Dülger Murat Volkan, "Dijital Çağda Dijital Ödeme Aracı: Bitcoin ve Dijital Para" *Hukuk ve Daha Fazlası Dergisi* 7, 2019, s. 4-9.
- Güçlütürk Osman Gazi, "Türk hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi", *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi* 4 (3), 2019, s. 383-408.
- Güngör Ali İhsan, "Düzenleme Arayışına Devletin Bakış Açısı", Kripto Varlıklarda Düzenleme Arayışı Çalıştayı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2022, s. 25-35.
- İslamoğlu Gülşah, "Havale" *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14 (2), 2019, s. 525-552.
- Kara Kılıçarslan Seda, "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyesi Sorunu", *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 3 (1), 2023, s. 1-27.

- Kaya Mustafa İsmail/Tatlı Burçak, "Ticaret Şirketlerinde Sermaye Borcunun İfası Talepli Davaların Dava Şartı Arabuluculuk Açısından Değerlendirilmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 12 (Özel Sayı), 2022, s. 36-76.
- Kırca İsmail, "Nispi Ticari Davaya Dair", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 33 (1), 2017, s. 55-64.
- Kocaman Arif B., "Havalenin Hukukî Niteliği Üzerine", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 49 (1), 1994, s. 291-301.
- Kurt Konca Nesibe, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 4 (15), 2013, s. 79-126.
- Küçükali Canan, "Telif Koruması Anlamında (Takas Edilemez Jeton) NFT'ler", *Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Adalet Yayınları*, Ankara 2021, s. 561-583.
- Özdemir Gençer, "Kripto Paraların Eşya Niteliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11 (1), 2021, s. 289-306.
- Özkan Üner Zehra "Non-Fungible Tokens (NFT)'lerin Telif Haklarına Yansımaları", *Fikri Mülkiyet Hukukçuları Toplantısı Yargıtay ve Avrupa Birliği Adalet Divanları Kararları Hakkında Karşılaştırmalı Perspektifler, Türkiye Adalet Akademisi*, Ankara 2023, s. 223-258.
- Özümücü Seda, "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16 (Özel Sayı), 2014, s. 831-871.
- Sarıdağ Orhan Gazi, "Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 13.11.2020 Tarihli Kararı Çerçevesinde Dijital Terekenin Kapsamının İncelenmesi", *Bilişim Hukuku Dergisi* 2 (4), 2022, s. 191-232.
- Şahin Ayşe, "Bitcoin" Örneği Üzerinden Kripto Varlıkların Anonim Şirketlere Sermaye Getirilme Olanacağı", *Terazi Hukuk Dergisi* 16 (182), 2021, s. 1984-1998.
- Tevetoğlu Mete, "Ticaret Hukuku Açısından Kripto Varlıklar", *Kripto Varlıklarda Düzenleme Arayışı Çalıştayı*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2022, s. 203-215.
- Töremiş H. Ebru, "Yatırım Hizmet ve Faaliyetlerinden Yararlanan Yatırımcıların Tüketici Sifatının Belirlenmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24 (4), 2020, s. 227-262.
- Turanboy Asuman, "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukukî Nitelikleri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 35 (3), 2019, s. 47-62.
- Yardımcı Taner Emre, "İcra Takibi Yoluyla Bitcoin Alacağının İleri Sürülmesi ve Borçlunun Bitcoinin Haczedilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23 (3), 2019, s. 97-128.
- Yazıcı Burçin, "İcra ve İflas Kanunu m. 111/a Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12 (2), s. 1119-1147.

### İnternet Kaynakları

- Bilgili Fatih/Cengil Fatih, "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu" ([https://www.academia.edu/40037816/BITCOIN\\_%C3%96ZEL%4%BONDE\\_KR%4%B0PTO\\_PARALARIN\\_E%C5%9EYA\\_N%C4%B0TEL%4%B0%4%9E%](https://www.academia.edu/40037816/BITCOIN_%C3%96ZEL%4%BONDE_KR%4%B0PTO_PARALARIN_E%C5%9EYA_N%C4%B0TEL%4%B0%4%9E%))

C4%B0\_SORUNU\_THE\_QUESTION\_OF\_PROPERTY\_QUALIFICATION\_OF\_CRYPTOCURRENCIE S\_SPECIFIC\_TO\_BITCOIN) Erişim Tarihi 30.01.2023.

Türkmen Gökhan /Narin, Ekrem Can, Kripto Para Haczi ve Satışı, (2022), ([https://www.mondaq.com/turkey/fin-tech/1199712/kripto-para-haczi-ve-sat305351305#\\_ftn31](https://www.mondaq.com/turkey/fin-tech/1199712/kripto-para-haczi-ve-sat305351305#_ftn31)), Erişim Tarihi, 23.02.2023

<https://www.ntv.com.tr/turkiye/dugunde-gelin-ve-damada-15-bin-adet-kripto-para-takildi,mzQWkJXAhUy06S03Mfqotg> (Erişim Tarihi: 24.02.2023). <https://sputniknews.com.tr/20211010/antalyada-bir-dugunde-gelinle-damada-kripto-para-takildi-1049694060.html> (Erişim Tarihi: 24.02.2023). <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/borclunun-kripto-parasi-haciz-islemi-icin-menkul-kiymet-olarak-sayildi/2214609> Erişim Tarihi, 26.02.2023.

<https://www.cnbc.com/2021/06/01/divorcing-spouses-are-using-cryptocurrency-to-hide-money-how-experts-find-it.html> (Erişim tarihi 16.02.2023).

<https://www.imf.org/en/News/Articles/2022/01/25/pr2213-el-salvador-imf-executive-board-concludes-2021-article-iv-consultation> (Erişim Tarihi, 17.05.2023).

# GERÇEK VE TÜZEL KİŞİLERE AİT ÖZEL KOLEKSİYONLARA KAYITLI TAŞINIR KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARININ HACZİ

## SEIZURE OF MOVABLE CULTURAL AND NATURAL ASSETS REGISTERED IN PRIVATE COLLECTIONS BELONGING TO REAL PERSONS AND LEGAL ENTITIES

Ayşe Ece ACAR\*

**Özet:** Gerçek ve tüzel kişilere ait özel koleksiyona kayıtlı taşınır kültür ve tabiat varlıklarının mülkiyetleri belirli sınırlamalarla koleksiyonculara aittir. Bu varlıklar, devlet mallarının haczedilmezliği kuralına tâbi değildirler. Dolayısıyla, haczi mümkündür. Ancak bunların satılabilmesi için öngörülmüş olan sınırlamaların, ihale aşamasında da dikkate alınması gerekir.

**Anahtar Kelimeler:** Kültür Varlığı, Tabiat Varlığı, Özel Koleksiyon, Haciz, Koleksiyoner

**Abstract:** The property of movable cultural and natural assets registered in private collections belonging to real and legal persons belongs to the collectors with certain restrictions. These assets are not subject to the rule of indispensability of state property. Hence, seizure of these assets is possible. However, the limitations foreseen for their sale must also be taken into account during the tender phase.

**Keywords:** Cultural Property, Natural Property, Private Collection, Seizure, Collector

\* Dr. Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ecedelipinar@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4529-5434, Makalenin Gönderim Tarihi: 15.03.2023, Kabul Tarihi: 11.05.2023

## 1. Giriş

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu uyarınca gerçek ve tüzel kişiler her çeşit kültür varlığından oluşan koleksiyonlar meydana getirebilir. Korunması gerekli olan taşınır kültür ve tabiat varlıklarına sahip olanlar ile koleksiyoncuların uymaları zorunlu usûl ve esaslar ve bu kişilerin gözetim ve denetim ilkeleri, Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu Ve Denetimi Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 5'te yer alan, devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının devlet malı niteliğinde olduğu düzenlemesi dolayısıyla, koleksiyona kayıtlı korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarının mülkiyetinin devlete mi yoksa koleksiyoncu kişilere mi ait olduğu sorusu öğretilerde tartışılmaktadır. Bu sorunun cevabı, bir koleksiyonda yer alan taşınır kültür ve tabiat varlıklarının haczedilip haczedilemeyeceği noktasında belirleyici olacaktır. Zira İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesi uyarınca, devlet malları ile özel kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar haczedilemez. Çalışmamızda öncelikle korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarının neler olduğu, koleksiyon ve koleksiyoncu kavramları ve mevzuatımızda bu alanda yer alan düzenlemeler üzerinde durulacaktır. Sonrasında ise koleksiyona kayıtlı korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarında mülkiyetin kime ait olduğu incelenecektir. Taşınır kültür ve tabiat varlıklarının mülkiyetine dair öğretilerdeki görüşleri değerlendirirken, Asar-ı Atika Nizamnameleri'ndeki düzenlemeleri de göz önünde bulundurma ihtiyacı hasıl olmuştur. Zira 1906 tarihli Nizamname'de yer alan düzenleme 1973 yılına kadar uygulanmaya devam edilmiş olup, 1973 yılından itibaren geçerli olan Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'na yer alan hükmün yorumlanması bakımından önem teşkil etmektedir. Bu kapsamda ayrı bir başlık altında ve kısaca nizamnamelere değinilmiştir. Son olarak özel koleksiyona kayıtlı taşınır kültür ve tabiat varlıklarının haczinin mümkün olup olmadığı ve bunların satışı üzerinde durulacaktır.



## 2. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu

### a. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları

Kültür varlığı kavramı ile insanlığın geçmişten bugüne gelişimini, sosyo kültürel yaşamını, inanç yahut ibadet faaliyetlerini yansıtan eserlerin tümü ifade edilmektedir.<sup>1</sup> Mevzuatımızda kültür varlığına dair düzenlemelere Anayasa'da, Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda ve Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik'te yer verilmiştir.

Anayasamızın 63. maddesinde tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıkları ve değerlerinin korunmasını sağlar ve bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır. Kültür ve tabiat varlıkları ve değerlerinden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu sınırlamalar nedeniyle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler, kanunla düzenlenir. Korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili tanımlar, yapılacak işlem ve faaliyetler, ilgili teşkilatın kuruluş ve görevleri, 1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile düzenlenmiştir.<sup>2</sup>

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 3. maddesinde kültür varlıkları, *"tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi*

<sup>1</sup> Kahraman Berk, "Türkiye'de Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Hukuki Rejimi İle Uygulama Sorunları", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 19, S. 1-2, s. 183; Semih Sırrı Özdemir/Mehmet Mert Özyıldırım, "Anonim Şirketlere Getirilebilecek Bir Aynı Sermaye Unsuru Olarak Özel Mülkiyete Tabi Taşınır Kültür Varlıklarının Değerlendirilmesi", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2022, C. 12, S. 1, s. 294; Sibel Özel, "Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, s. 216; Mehmet Mert Özyıldırım, "Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Hukuka Uygun Bir Biçimde Devredilebilmeleri Açısından Türk Hukukunda Kabul Edilen Yöntemler", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXVI, Y. 2022, S. 3, s. 394.

<sup>2</sup> Kabul Tarihi: 21.07.1983, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarih: 23.07.1983, Sayı: 18113. Almanya'da ise kültür varlıklarının korunması, Alman Kültür Varlıklarının Korunması Kanunu (Kulturgeschutzgesetz (KGSG)) ile düzenlenmiştir. 2016 yılında kültür varlıklarının korunması hususunda kapsamlı bir reform yapılmış ve Alman Kültür Varlıklarının Korunması Kanunu özellikle 1970 tarihli Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması için Alınacak Tedbirlerle ilgili UNESCO Sözleşmesi ile uyumlu hâle getirilmiştir. Kültür Varlıklarının Korunması Kanunu, 6 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

*devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklar*” olarak tanımlanmıştır. Yine aynı maddede tabiat varlıklarının tanımına da yer verilmiştir. Buna göre tabiat varlıkları, *“jeolojik devirlerle, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli, yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan değerler”*dir.<sup>3</sup>

Taşınır tabiat varlıklarının tanımına Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik’te (Tasnif ve Tescil Yön.) ayrıca yer verilmiştir. Buna göre taşınır tabiat varlıkları *“Jeolojik devirlerden zamanımıza intikal eden, özellikleri ve eskilik ölçüleri bakımından korunması gerekli insan yapısı olmayan taşınırlar”*dır.

Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik’in 4. maddesinde, taşınır kültür ve tabiat varlıkları, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 23. maddesinde belirtilen korunması gerekli varlıklar olarak tanımlanmıştır. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu madde 23 uyarınca korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları şunlardır:

*“a) Jeolojik, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait, jeoloji, antropoloji, prehistorya, arkeoloji ve sanat tarihi açılarından belge değeri taşıyan ve ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özellikleri ile seviyesini yansıtan her türlü kültür ve tabiat varlıkları;*

*Her çeşit hayvan ve bitki fosilleri, insan iskeletleri, çakmak taşları (sleks), volkan camları (obsidyen), kemik veya madeni her türlü aletler, çini, seramik, benzeri kab ve kacaklar, heykeller, figürinler, tabletler, kesici, koruyucu ve vurucu silahlar, putlar (ikon), cam eşyalar, süs eşyaları (hülliyyat), yüzük taşları, küpeler, iğneler, askılar, mühürler, bilezik ve benzerleri, maskeler, taçlar (diadem), deri, bez, papirus, parşümen veya maden üzerine yazılı veya tasvirli belgeler, tartı araçları, sikkeler, damgalı veya yazılı levhalar, yazma veya tezhipli kitaplar, minyatürler, sanat değerine haiz gravür, yağlıboya veya sulu-*

<sup>3</sup> Alman Kültür Varlıklarının Korunması Kanunu’nda kültür varlığı, sanatsal, tarihi veya arkeolojik değeri olan veya kültürel mirasın diğer alanlarında, özellikle paleontolojik, etnografik, nümizmatik veya bilimsel alanlarda değeri olan, herhangi bir taşınabilir nesne ya da nesnelere topluluğu anlamına gelir (KGSG, § 2).

*boya tablolar, muhallefat (relique'ler), nişanlar, madalyalar, çini, toprak, cam, ağaç, kumaş ve benzeri taşınır eşyalar ve bunların parçaları,*

*Halkın sosyal heyetini yansıtan, insan yapısı araç ve gereçler dahil, bilim, din ve mihaniki sanatlarla ilgili etnografik nitelikteki kültür varlıkları.*

(...)

*b) Milli tarihimizdeki önemleri sebebiyle, Millî Mücadele ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşuna ait tarihi değer taşıyan belge ve eşyalar, Mustafa Kemal Atatürk'e ait zati eşya, evrak, kitap, yazı ve benzeri taşınırlar".*

Kanun'un 23. maddesinde yer alan kültür ve tabiat varlıkları örnek kabilinden olup, sınırlı bir sayım yapılmamıştır.<sup>4</sup> İlgili düzenleme uyarınca korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının kapsamı, jeoloji, antropoloji, prehistorya, arkeoloji, sanat tarihi ve millî tarih olmak üzere geniş tutularak ülkemizde izinli kültür varlığı koleksiyonculuğunun gelişmesine de zemin hazırlanmıştır.<sup>5</sup>

Kültür varlıkları, tabiat varlıklarından farklı olarak, insanlar tarafından oluşturulmuştur.<sup>6</sup> Taşınır kültür varlıklarına örnek olarak arkeolojik objeler, tablolar ve heykeller gibi sanat eserleri ve halı/kilim gibi etnografik eserler gösterilebilir.<sup>7</sup> Taşınır tabiat varlıklarına örnek olarak ise hayvan fosilleri ve bitki fosilleri gösterilebilir.

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu madde 23'te millî tarihimizdeki önemleri sebebiyle, millî mücadele ve ülkemizin kuruluşuna ait tarihi değer taşıyan belge ve eşyalar ve Atatürk'e ait eşyaların taşınır kültür varlığı olduğu ayrıca vurgulanmıştır. Yine aynı maddede

Osmanlı padişahlarından Abdülmecit, Abdülaziz, V. Murat, II. Abdülhamit, V. Mehmet Reşat ve Vahdettin ve aynı çağdaki sikkelerin bu Kanun kapsamında tescile tabi olmadan yurt içinde alınıp satılabileceği ayrıca düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında son altı padişah

<sup>4</sup> Ahmet Kürşat Ersöz, Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 19; Özyıldırım, s. 398, 399.

<sup>5</sup> Barış Şenol, Türkiye'de Arkeolojik Eser Koleksiyonculuğu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Arkeoloji Anabilim Dalı Arkeoloji Bilim Dalı, Bursa, 2021, s. 21.

<sup>6</sup> Oğuz Sadık Aydos, "Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 66, S. 4, Güz 2008, s. 64.

<sup>7</sup> Özel, s. 219.

dönemine girmeyen sikkelerin ise Kanun'un genel hükümlerine tabi olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Dolayısıyla Kanun'da sayılmış olan altı padişah öncesi döneme ait sikkeler, bu Kanun kapsamında korunması gerekli taşınır kültür varlıklarıdır.<sup>8</sup> Son altı padişah dönemine ait sikkeler ise korunması gerekli kültür varlığı kapsamına dahil olmayıp bu sikkeler yurtiçinde olmak şartıyla el değiştirebilir.<sup>9</sup> Askeri kültür varlığı koleksiyonu yapılması ise Askeri Müzeler Yönetmeliği uyarınca, Koleksiyonculuk Yönetmeliği'ne tâbidir.

### **b. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi ve Tescili**

Bir varlığın yalnızca eski olması korunması gereken kültür varlığı olması bakımından yeterli olmayıp, bu varlığın korunmasında kamu yararının bulunması da gerekir.<sup>10</sup> Bir taşınır varlığın korunması gereken taşınır kültür ve tabiat varlığı olup olmadığı Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili Ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik uyarınca belirlenir.<sup>11</sup> Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda yer alan "koruma"nın kapsamına, taşınır kültür varlıkları bakımından, muhafaza, bakım, onarım ve restorasyon işleri dahildir (m. 3, 4).

Kişilerin, buldukları kültür ve tabiat varlıklarını bildirmeleri yükümlülüğü 2863 sayılı KVTVKK'da açıkça düzenlenmiştir. Bu kapsamda bir taşınır kültür ve tabiat varlığı bulan kimse, bunu en geç üç gün içinde, en yakın müze müdürlüğüne, köyde ise muhtara, diğer yerlerde ise mülki idare amirlerine bildirmek yükümlülüğü altındadır (m. 4). Bu bildirim üzerine ilgili taşınır kültür ya da tabiat varlığı müze idaresince emanete alınır ve söz konusu varlıkları getirenlere, müze idaresince taşınır geçici alındısı verilir (Tasnif ve Tescil Yön. m. 4). İlgili taşınırın KTVKK kapsamında kültür ve tabiat varlığı olup olmadığının tespiti, ilgili müze müdürlüklerince oluşturulan değerlendirme komisyonları tarafından yapılacaktır (Tasnif ve Tescil Yön. m. 5).

<sup>8</sup> Özel, s. 219. Söz konusu düzenleme hakkında eleştiriler için bkz. Ersöz, s. 19.

<sup>9</sup> Özel, s. 219.

<sup>10</sup> Bilge Umar, Ahmet Çilingiroğlu, Eski Eserler Hukuku, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1990, s. 20; Oğuz Sancakdar/Pınar Yağcı/Şükür Taşyıldız/Ezgi Çırak, Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 859.

<sup>11</sup> Askeri kültür varlıklarının tasnif ve tesciline dair ise Askeri Müzeler Yönetmeliği'nde özel düzenleme yer almaktadır (Askeri Müzeler Yönetmeliği m. 9).

Komisyon tarafından korunması gerekli görülmeyerek tescil dışı bırakılan kültür ve tabiat varlıkları, sahiplerine “Tescil Dışı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi” ile iade edilir (Tasnif ve Tescil Yön. m. 9). Bu kapsamda iade edilen varlıklar, korunmasına gerek görül-meyen kültür varlıkları olup, KTVKK’nın koruma kapsamı dışındadır. Dolayısıyla bunlar üzerinde eşya hukukunun genel hükümlerine göre tasarruf edilebilir.<sup>12</sup>

### c. Mevzuata Göre Koleksiyon ve Koleksiyoncu Kavramları

Koleksiyon, sözlük anlamı olarak, “*Öğrenme, yarar sağlama veya zevk amacıyla bir araya getirilmiş ve özelliklerine göre sınıflara ayrılmış nes-nelerin bütünü, derlem*” anlamına gelmektedir.<sup>13</sup>

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nda Ba-kanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ve va-kıfların kendi hizmet konularının veya amaçlarının gerçekleştirilmesi için her çeşit kültür varlığından oluşan koleksiyonlar meydana getirebileceği açıkça düzenlenmiştir. Ancak bu husus, Kültür ve Turizm Bakanlığı’ndan izin alınması şartına tâbidir. Dolayısıyla gerçek ve tü-zel kişiler ancak Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından verilecek izin belgesiyle korunması gerekli taşınır kültür varlıklarından oluşan ko-leksiyonlar meydana getirebilirler (KVTVKK m. 26).

Kanun’da her çeşit kültür varlığından oluşan koleksiyonlar mey-dana getirilebileceği ifadesinin yer alması ancak tabiat varlıklarından oluşan bir koleksiyon meydana getirilip getirilemeyeceğine dair bir ifadenin yer almamasının bilinçli bir tercih olmadığı, dikkatsizlikten kaynaklandığı görüşü, öğretilerde ifade edilmiştir.<sup>14</sup> Kanaatimizce de Kanun’da tabiat varlıklarından bahsedilmemiş olması, tabiat varlık-larından oluşan bir koleksiyon meydana getirilemeyeceği anlamına gelmez. Zira Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik’te (Koleksiyon-culuk Yön.) koleksiyon ve koleksiyoncu kavramları tanımlanırken, hem taşınır kültür varlıklarına hem de taşınır tabiat varlıklarına deği-nilmiştir.

<sup>12</sup> Özdemir/Özyıldırım, s. 296.

<sup>13</sup> Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>

<sup>14</sup> Umar/Çilingiroğlu 224; Aydos, 70.

Korunması gerekli olan taşınır kültür ve tabiat varlıklarına sahip olanlar ile koleksiyoncuların uymaları zorunlu usul ve esaslar ve bu kişilerin gözetim ve denetim ilkeleri, Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik<sup>15</sup> ile düzenlenmiştir.<sup>16</sup> Koleksiyonculuk Yönetmeliği'nde, koleksiyon, söz konusu Yönetmelik'te belirtilen şartlarda sınıflandırılan, saklanan korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarından oluşan grup olarak tanımlanmıştır (m. 4, d).

Koleksiyoncu ise Koleksiyonculuk Yönetmeliği'nde, *"kültürel ve doğal mirasın taşınabilir özellikteki yapıtlarının mevzuat çerçevesinde toplanması, arşivlenmesi, korunması, bilimsel yayınlarla tanıtılarak yayınlanması ve sergilemesini gerçekleştiren kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişiler"* olarak tanımlanmıştır (m. 4, e). Düzenlemeden de açıkça görüleceği üzere, yalnızca taşınabilir kültürel ve doğal miras yapıtlarının bir koleksiyona dahil olması mümkündür. Bu husus ayrıca Yönetmelik'te 7. maddede, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve bunlara ait parçaların koleksiyona dahil edilemeyeceği ve envanter defterine kaydedilemeyeceği şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

Bir gerçek ya da tüzel kişinin koleksiyoncu olabilmesi için, en yakın müze müdürlüğüne başvurarak koleksiyon izin belgesi alması gerekir. Taşınır kültür ve tabiat varlığı koleksiyon izin belgesi alabilmek için, koleksiyoncu olmak isteyen kişiler Yönetmelik'te aranan belgelerle birlikte başvuruda bulunmalıdır.<sup>17</sup> Başvuru üzerine, komisyon tarafından, koleksiyonun bulunduğu veya bulundurulacağı yerin taşınır kültür ve tabiat varlıklarının muhafazasına uygun olup olmadığı, gerekli her türlü güvenlik tedbirinin alınıp alınmadığı, başvuruda belirtilen hususların yerine getirilip getirilmediği ve başvuranın koleksiyonculuk yapıp yapamayacağı incelenir (Koleksiyonculuk Yön. m.

<sup>15</sup> Resmî Gazete Sayı: 27530, Tarih: 23.03.2010.

<sup>16</sup> Bu Yönetmeliğin dayanağı, 21.07.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 24., 26. ve 30. maddeleridir (Koleksiyonculuk Yön. m. 3). Almanya'da ise koleksiyoncular Alman Kültür Varlıklarının Korunması Kanunu'na tâbidir.

<sup>17</sup> Yönetmelik m. 5 uyarınca, taşınır kültür ve tabiat varlığı koleksiyon izin belgesi almak isteyenlerin başvurusunda aranacak belgeler şunlardır: T.C. kimlik numarası beyanı, ikametgâh beyanı, sicil beyanı ve arşiv kaydı, üç adet vesikalık fotoğraf, koleksiyonun bulundurulacağı yerin adresi, varsa ellerinde bulunan taşınır kültür ve tabiat varlıklarının envanter bilgilerini belirtir liste. Kamu kurum ve kuruluşları ile tüzel kişilerden, koleksiyon izin belgesi almak için bu belgelere ek olarak, koleksiyondan sorumlu kişinin kimlik bilgileri, karar ve yetki belgesi de istenir.

6). Koleksiyona dahil edilecek taşınır kültür ve tabiat varlıkları, müze müdürlüğünce verilecek iki adet envanter defterine müze ihtisas elemanlarının gözetimi altında koleksiyoncu tarafından kaydedilir ve bu envanter defterinin bir adedi müzede saklanır.<sup>18</sup> Bir envanter numarasına ancak bir kültür ve tabiat varlığı kaydedilebilir (Koleksiyonculuk Yön. m. 7, 2).

Koleksiyoncular faaliyetlerini, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bildirmeli ve taşınır kültür varlıklarını envanter defterine kaydetmelidir. Koleksiyoncuların eserleri kendi aralarında değiştirebilmeleri ya da satabilmeleri ancak ilgili müzeye tescil ettirerek ve on beş gün önce Kültür ve Turizm Bakanlığı'na haber verilmek şartıyla mümkündür. Satın almada, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın önceliği vardır (KVTVKK m. 26). Aynı şekilde Yönetmelik'te de koleksiyoncuların koleksiyonlarındaki her türlü taşınır kültür ve tabiat varlığını on beş gün önceden bağlı oldukları müze müdürlüğüne haber vermek şartıyla kendi aralarında değiştirebilecekleri, Bakanlık denetimindeki özel müzelere ve koleksiyonculara devredebilecekleri ya da öncelik Bakanlığa ait olmak üzere satabilecekleri düzenlemesi yer almaktadır (Koleksiyonculuk Yön. m. 9).

### **3. Koleksiyona Kayıtlı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarında Mülkiyet ve Bu Taşınırın Haczi Kabil Olup Olmadığı Bakımından Değerlendirme**

#### **a. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu Öncesi Düzenlemeler**

Osmanlı Devleti döneminde, Osmanlı topraklarından çıkan eski eserlerin korunmasına dair düzenlemeler Âsâr-ı Atıka Nizamnamele-

<sup>18</sup> Kültür ve Turizm Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından yayımlanan Müzecilik Kılavuzu uyarınca envanter işlemleri şu şekilde yapılır: "Envanter edilecek kültür ve tabiat varlıkları için öncelikle ayniyat tesellüm makbuzu kesilir, ayniyat/ambar memuru tarafından ilgili seksiyonun ihtisas elemanına imza karşılığı teslim edilir, müze ön envanter defterine kaydedilir. İhtisas elemanı tarafından Müzeler İç Hizmetler Yönetmeliği'nin 19.ve 20. maddeleri gereğince, yıllar itibarıyla müteselsil sıra numarası verilir ve eserin türünü belirtmek için de Arkeolojik eser ise (A), Etnografik eser ise (E), sikke ise (S) harfleri envanter numarasının sonuna yazılarak (2001/1(A), 2001/1(E),2001/1/(S) gibi), envanter kaydı yapılır, Envanter fişleri hazırlanır. Envanter işlemleri tamamlandıktan sonra, envanter numarası ayniyat/ambar memuruna bildirilerek tesellüm makbuzuna kaydedilmesi sağlanır. Ayniyat tesellüm makbuzunun tarihi ve seri numarası envanter defterindeki müzeye geldiği gün/tarih karşısına yazılır. Ayrıca repertuar defterine gerekli bilgiler kaydedilir. Envanter kaydı yapılmamış eserler teşhire konulmayacak ve depoda saklanacaktır".

ri ile yapılmıştır. “Âsâr-ı atıka”nın günümüz Türkçesindeki karşılığı “eski eser” olup, bu terim 1970’li yıllara kadar kullanılmıştır<sup>19</sup>. Âsâr-ı atıkanın korunması amacıyla Osmanlı Döneminde 1869, 1874, 1884 ve 1906 tarihlerinde dört nizamname hazırlanmıştır.<sup>20</sup>

13 Şubat 1869 yılında yürürlüğe giren ilk nizamname, Osmanlı Devleti’nde yapılan kazılardan çıkarılan tarihi eserlerin başka ülkelere kaçırılması üzerine ve Fransa’daki düzenlemeler örnek alınarak hazırlanmış olup, yedi maddeden oluşmaktaydı.<sup>21</sup> Bu nizamname ile eski eserlerin yurtdışına çıkarılması yasaklanmıştı.<sup>22</sup> Mülkiyet konusunda ise açık bir düzenleme bulunmayıp özel mülkiyet kabul edilmişti.<sup>23</sup> 1869 nizamnamesinin eski eserleri korumak bakımından yeterli gelmemesi üzerine 1874 tarihinde hazırlanan nizamnamede, yapılan kazılar neticesinde elde edilen eserlerin 1/3’ünün kazı yapanlarca alınabileceği maddesi nedeniyle yurt dışına çok sayıda eser kaçırılmıştı.<sup>24</sup> Osman Hamdi Bey’in 1881 yılında Müze-i Hümayun müdürü olarak göreve gelmesi üzerine başlattığı çalışmalarla hazırlanan 1884 tarihli nizamnamede, tüm eski eserler devlet malı sayılmıştı.<sup>25</sup>

Osmanlı Devleti’nin son Âsâr-ı Atıka Nizamnamesi 1906 tarihli- dir. 1906 yılında yürürlüğe giren Âsâr-ı Atıka Nizamnamesi için kısaca 1884 tarihli Âsâr-ı Atıka Nizamnamesi’nin içeriği daha detaylı olarak düzenlenmiş hâlidir denilebilir.<sup>26</sup> Bu nizamnamede de devlet mülkiyeti kabul edilmişti.<sup>27</sup> 1906 tarihli nizamname, Cumhuriyet döneminde de “Eski Eserler Nizamnamesi” adıyla ve içeriği korunarak, 1973 yılına kadar kullanılmıştır.<sup>28</sup>

<sup>19</sup> Mustafa Önge, “Kültür Mirasını Tanımlamak İçin Türkiye’de Kullanılan İlk Özgün Terim: Âsâr-ı Atıka”, *Avrasya Terim Dergisi*, 2018, 6 (1): s. 9; Aydos, s. 63, dn. 6.

<sup>20</sup> Önge, s. 11; Şükrü Ünar, “Osmanlı Devleti’nde Eski Eser Anlamının Doğusu ve Gelişimi”, *Asya Studies Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2019, S. 8, s. 69; Biray Çakmak, “Osmanlı Taşrasında Âsâr-ı Atıka Bilincinin Gelişimi: Gediz Kazasında Bulunan Eski Eserler”, *Cumhuriyet Tarihi Araştırmaları Dergisi*, Y. 15, S. 30, Güz 2019, s. 172; Evindar Yeşilbaş/ Cüneyd Altıparmak, Uygulamaya yönelik, Disiplinlerarası Bir Yaklaşımla Kültürel Miras (Kültür Varlıkları) Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022s. 80.

<sup>21</sup> Ünar, s. 70; Yeşilbaş/Altıparmak, s. 79. Bu nizamname 1869 yılının Şubat ayında yayımlanmıştır (Çakmak, s. 171).

<sup>22</sup> Berk, s. 188; Ünar, s. 70; Yeşilbaş/Altıparmak, s. 79.

<sup>23</sup> Berk, s. 188.

<sup>24</sup> Berk, s. 189; Ünar, s. 71; Özel, s. 216.

<sup>25</sup> Berk, s. 189; Aynı zamanda bu eserlerin yurtdışına çıkarılması da yasaklanmıştı (Ünar, s. 71; Çakmak, s. 172).

<sup>26</sup> Ünar, s. 72.

<sup>27</sup> Berk, s. 189; Ünar, s. 72.

<sup>28</sup> Berk, s. 189; Önge, s. 12; Ünar, s. 72.



## b. Koleksiyona Kayıtlı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarında Mülkiyet

1983 tarihli Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 5'te yer alan, devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tâbi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının devlet malı niteliğinde olduğu düzenlemesi, koleksiyona kayıtlı korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarının mülkiyetinin devlete mi yoksa koleksiyoncu kişilere mi ait olduğu sorusunu da beraberinde getirmiştir.<sup>29</sup>

İlk olarak ifade etmek gerekir ki, kültür ve tabiat varlığı kavramı ile kültür ve tabiat varlıklarının üzerindeki mülkiyet hakkı farklı kavramlardır.<sup>30</sup> Korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının mülkiyetinin devlete mi yoksa koleksiyoncu kişilere mi ait olduğu sorusu, kültür ve tabiat varlıkları kavramı ile kamu malı kavramının karıştırılıyor olmasından ortaya çıkmıştır<sup>31</sup>.

Bir malın kamu malı olarak tanımlanabilmesi için malın kamu tüzel kişinin elinde bulunması ve kamu yararına tahsis edilmesi gerekir.<sup>32</sup> Bir mal devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde olsa dahi kamu yararına tahsis edilmemişse, kamu malı niteliğinde olmaz, idarenin özel malı olur.<sup>33</sup> Özel kişilere ait mallar kamu hizmetinin asli unsuru dahi olsa kamu malı sayılamaz.<sup>34</sup> Özel koleksiyona kayıtlı taşınırlar bakımından ne kamu tüzel kişinin elinde bulunma ne de kamu yararına tahsis edilme unsurlarının varlığından bahsedilemez.

Kanaatimizce, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 12. maddesinde yer alan, özel hukuka tâbi "gerçek ve tüzel kişilerin mül-

<sup>29</sup> Özel nitelikleri dolayısıyla ayrı statüye tabi tutulan mazbut ve mülhak vakıf malları ise bu hükmün dışında tutulmuştur. Bu hususta uluslararası düzenlemelerle karşılaştırmalı bir inceleme için bkz: Kelvin D Collado., "A Step Back For Turkey, Two Steps Forward In The Repatriation Efforts Of Its Cultural Property", *Journal of Law, Technology & the Internet*, Vol. 5, 2014, s. 4 vd.

<sup>30</sup> Özel, s. 216.

<sup>31</sup> Özel, s. 224.

<sup>32</sup> Ali Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Ankara, 2021, s. 652; Özel, s. 224.

<sup>33</sup> Özel, s. 224-225.

<sup>34</sup> Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/Nur Kaman/Eyüp Özdemir/Gül Üstün/Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2021, s. 366; Özel, s. 224, dn. 45.

*kiyetinde bulunan*” korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının korunması, bakımı ve onarımı için Kültür ve Turizm Bakanlığı’nca aynı, nakdi ve teknik yardım yapılacağı düzenlemesi ile de kültür ve tabiat varlıklarının özel hukuka tabi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunabileceği açıkça ifade edilmektedir.

Bu noktada değinilebilecek bir diğer düzenleme Kanun’un 24. maddesinde devlet malı niteliğini taşıyan korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarından gerçek ve tüzel kişilerin ellerinde bulunanların değeri ödenerek Bakanlık tarafından satın alınabileceği düzenlemesidir. Devlet, kendi mülkiyetinde bulunan bir malı para ödeyerek satın almayacağına göre, bu düzenleme de taşınır kültür ve tabiat varlıklarının doğrudan devlet malı olarak kabul edilmediğini göstermektedir.

Taşınır Kültür Ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik’te de, koleksiyonculuk yapan şahsın ölümü halinde koleksiyonun mirasçılara intikal edeceği açıkça düzenlenmiştir (m. 10).<sup>35</sup> Bunun yanı sıra Yönetmeliğin koleksiyonculuktan vazgeçmeyi düzenleyen 14. maddesinde koleksiyonculuktan vazgeçmek isteyenlerin, bağlı oldukları müze müdürlüğüne yazılı olarak başvurarak müzelik değerdeki kültür ve tabiat varlıklarının bağış veya satış yoluyla müzelere mal edilmesini isteyebilecekleri düzenlemesi yer almaktadır. Yönetmelik’te yer alan bu düzenlemeler de koleksiyonda yer alan taşınırın koleksiyoncunun mülkiyetinde olduğunu göstermektedir.

Bu noktada dikkate alınması gereken bir diğer husus, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nda söz konusu malların devlet malı olarak değil devlet malı niteliğinde kabul edilmiş olmasıdır.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Bu noktada kısaca Türk Medeni Kanunu’nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 33’e değinmekte de fayda vardır (Bakanlar Kurulu Kararı Tarihi: 21.07.2003, No: 2003/5960 Dayandığı Kanunun Tarihi: 22.11.2001, No: 4721, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi: 10.08.2003, No: 25195). Mirasa dair defter tutma ve mühürlenmeyi düzenleyen bu maddede, kütüphane veya pul koleksiyonu gibi tespiti uzun zamana ihtiyaç duyan taşınırlardan oluşan malların, mühürlenerek veya kasa gibi güvenilir bir yere konularak muhafaza altına alınacağı düzenlemesi yer almaktadır.

<sup>36</sup> Gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde olan taşınır kültür ve tabiat varlıkları, 1906 tarihli Asar-ı Atika Nizamnamesi’nin yürürlüğe girmesinden önce mülkiyete konu olanlar, 2863 sayılı Kanun m. 25 uyarınca yapılan tasnif neticesinde korunması gerekli görülüp tescili yapılan ancak müzelere alınmayıp iade edilenler ve mülkiyeti yurt dışında edinilip yurda getirilenler olarak ayrılacak incelenmiştir (Aydos, s. 69). Buna bağlı olarak kişilerin elinde bulundurduğu arkeolojik eserlerin devletin malı olduğu ve ancak 1906 yılından önce Osmanlı topraklarında bulunan ve üzerinde hukuka uygun özel mülkiyet kurulduğunu

Dikkat edilmelidir ki, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 5'te yer alan "devlet malı" ifadesi, kamu malı anlamında kullanılmıştır.<sup>37</sup> Devletin, kamu malı ile arasındaki ilişki özel hukuk anlamında mülkiyet ilişkisi olmayıp, devletin kamu malını koruma, gözetme ve denetleme yetkisidir.<sup>38</sup> Dolayısıyla devletin, koleksiyoncuların koleksiyonlarında yer alan kültür ve tabiat varlıkları bakımından rolü, bunların korunması bakımından denetim görevini yerine getirmekle sınırlıdır.<sup>39</sup>

Bu hususta Anayasa Mahkemesi, 2022 yılında, özel koleksiyona kayıtlı olan taşınmaz kültür varlıklarının bedelsiz olarak müzeye tesliminin istenmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlâl edildiği iddiasına dayanan bireysel başvuru üzerine verdiği kararda, Türk hukuk sisteminde taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının özel mülkiyete konu edilmesinin yasaklanmadığı ve taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının devlet malı niteliğinde olmasının bunların özel mülkiyete konu olmasına engel teşkil etmediği esaslarına değinmiştir.<sup>40</sup>

belgeledikleri arkeolojik eserler için mülkiyet iddiasında bulunabilecekleri, bunların dışındaki bütün Osmanlı-Türkiye menşeli arkeolojik objelerin mülkiyet hakkının devlete ait olup, gerçek veya tüzel kişilerin yalnızca zilyet durumunda olduğu ileri sürülmüştür (Özel, Sibel: "Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, s. 232; Sibel Özel, "Kültür Varlığı Koleksiyoncuları Lehine Getirilen Yönetmelik Değişikliğinin Danıştay Kararı Eşliğinde İncelenmesi", *Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, MÜHF-HAD Armağan Özel Sayısı*, 2006, s. 662.). Bu görüşe göre "devlet malı niteliğindedir" ifadesi, arkeolojik eserler için devlet mülkiyetinden vazgeçildiği anlamına gelmemekte, bu ifade ilgili eserlerin devlet malı olması ile aynı anlama gelmektedir (Özel, Kültür Varlıklarının Mülkiyeti, s. 235). İlgili madde uyarınca devletin mülkiyetinde olan taşınır, yalnızca arkeolojik nitelikteki taşınır kültür varlıklarıdır (Özyıldırım, s. 401). Burada dikkat edilmelidir ki bu görüşe göre yalnızca yeni bulunan arkeolojik eserler devlet malı olup, arkeolojik eserler haricindeki sanat eserleri, etnografik eserler gibi kültür varlıkları üzerinde gerçek ve tüzel kişiler tarafından özel mülkiyet kurulabilir (Ersöz, s. 171; Özyıldırım, s. 402; Özel, s. 228). Zira 1906 yılında yürürlüğe giren Asar-ı Atika Nizamnamesi ile getirilen yasaklama hükmü gereği, taşınır nitelikteki kültür ve tabiat varlıklarının özel mülkiyete konu olabilmesi için 1906 yılı öncesinde bulunması ve üzerinde özel mülkiyet kurulmuş olması gerekir. Bir diğer görüşe göre ise kültür ve tabiat varlıklarının teknik anlamda bir mülkiyet hakkına konu olması mümkün değildir (Umar/Çilingiroğlu, Eski Eserler Hukuku, s. 69). Bir diğer görüşe göre kültür ve tabiat varlıkları, "ara rejimleri olan özel mallar"dır ve Kanun'daki devlet malı ibaresi, bu malların devletin mülkiyetinde olması değil, değerlerini ve önemlerini belirleyen tarihi niteliklerinin aidiyetini vurgulamak üzere kanunda yer almaktadır (Aydın Gülan, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, Alfa Yayınları, 1999, s. 22).

<sup>37</sup> Ersöz, s. 171.

<sup>38</sup> Umar/Çilingiroğlu, Eski Eserler Hukuku, s. 69; Peksöz, s. 953; Şenol, s. 35.

<sup>39</sup> Ersöz, s. 172.

<sup>40</sup> "...2863 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının devlet malı niteliğinde olduğu hükme bağ-

Danıştay 6. Dairesi de 2021 yılında vermiş olduğu bir kararında kültür ve tabiat varlığı koleksiyonlarının Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülk teşkil ettiği ve koleksiyonculuk izin belgesi ile bu taşınır kültür ve tabiat varlıklarının mülkiyetinin kazanıldığı ifadelerine yer vermiştir.<sup>41</sup>

Sonuç olarak, taşınır kültür varlıklarının özel mülkiyete konu olabileceği açıktır.<sup>42</sup> Bir koleksiyona tabi olan taşınır kültür ve tabiat varlıkları, ilgili koleksiyoncunun mülkiyetindedir. Pek tabii burada, ilgili Kanun ve Yönetmelik kapsamında sınırlandırılmış bir mülkiyetten söz etmek mümkündür.<sup>43</sup>

### c. Koleksiyona Kayıtlı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Haczi Kabil Olup Olmadığı

İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesi uyarınca, devlet malları ile özel kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar haczedi-

---

lanmıştır. Belirtilmelidir ki taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının devlet malı niteliğinde olması bunların özel mülkiyete konu olmasına engel teşkil etmemektedir. Nitekim 2863 sayılı Kanun'un çeşitli maddelerinde taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarıyla ilgili olarak maliklerin yetkilerini kısıtlayan, devlete gözetim ve denetim yetkisi veren birtakım hükümler sevk edilmekle birlikte bunların hâlihazırda özel mülkiyette bulunanların üzerindeki özel mülkiyetin kalkmasını öngören veya kamu mülkiyetinde bulunanların özel mülkiyete geçmesini engelleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun koyucu kültür varlıklarının daha iyi korunabilmesi için bunlara devlet malı statüsü vermiş ise de özel mülkiyeti yasaklamış değildir. Devlet malı niteliği özel bir statü olup kamu mülkiyetini zorunlu kılmamaktadır. Devlet malı niteliğindeki varlıklara ilişkin olarak birçok kanunda devlete geniş gözetim ve denetim yetkisi bahşeden hükümler sevk edilmiştir. Devlet malı niteliğinde olma devletin denetim ve gözetim yetkisini genişleten bu hükümleri harekete geçiren bir statüden ibarettir. Dolayısıyla Türk hukuk sisteminde taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının özel mülkiyete konu edilmesinin yasaklanmadığı anlaşılmıştır...", AYM 2018/20732 B., 13.01.2022 T. (Lexpera).

<sup>41</sup> "...Dava konusu uyuşmazlıkta, koleksiyonculuk izin belgesi iptal edilen davacının, kendisine taşınır kültür ve tabiat varlığı niteliğindeki eserlerin mülkiyetinin kazanımını sağlayacak olan yeni bir koleksiyonculuk izin belgesinin verilmesi yönündeki talebinin zımnen reddi işleminin gerekçesi (...) Dolayısıyla, davacının koleksiyonundaki taşınır kültür ve tabiat varlıklarının belirli koşullar dâhilinde değiştirilebilmesi veya satılabilmesi mümkün olduğu gibi intikali de mümkündür. Bu durumda ekonomik bir değer ifade ettiği anlaşılan söz konusu koleksiyonun davacı açısından Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülk teşkil ettiği kuşkusuzdur...". 6. D., 2021/4979 E., 2021/8000 K., 09.06.2021 T., (Lexpera).

<sup>42</sup> Özel, Kültür Varlıkları, s. 58, 68; Özel, Değişiklik, s. 662; Peksöz, s. 942, 955, 956; Murat Volkan Dülger, "Kültür Varlıklarının ve Sanat Eserlerinin Hukuki Açından Korunması", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1), 2014; 129. Ayrıca Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik uyarınca değerlendirme komisyonu tarafından korunması gerekli görülmemekle tescil dışı bırakılan kültür ve tabiat varlıkları üzerinde de gerçek ya da tüzel kişilerin mülkiyet hakkına sahip olması mümkündür. Bu durumda ilgili taşınır, sahibine Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek-1 sayılı Tescil Dışı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi verilerek iade edilir.

<sup>43</sup> Ersöz, s. 184.

lemez.<sup>44</sup> İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan bu düzenlemenin amacı, kamu hizmetinin aksatılmaması ve kesintiye uğramamasını temin etmektir.<sup>45</sup> Devlet mallarının haczedilmezliğinde diğer sebepler devletin borçlarını ödeyeceğinin kabulü ve cebri icrayı yürüten devletin bunu kendisine karşı kullanamamasıdır.<sup>46</sup> Devlet mallarının haczedilmezliğine ilişkin hüküm kamu düzeninden olup, ihlâlî hâlinde süresiz şikâyete tâbidir.<sup>47</sup>

Koleksiyona kayıtlı taşınır kültür ve tabiat varlıklarının haczedilip haczedilemeyeceği yönünde bir sonuca varabilmek için, bunların İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesi uyarınca haczedilemez olan devlet malları kapsamında olup olmadıklarının tespiti gerekir. Bir malın icra hukuku anlamında devlet malı kabul edilip devlet mallarının haczedilmezliği kuralına tâbi olabilmesi için, kamu hizmetinin yürütülmesine tahsis edilmesi gerekir.<sup>48</sup> Gerçek kişi veya tüzel kişi koleksiyoncunun koleksiyonunda bulunan taşınır kültür ve tabiat varlıkları bakımından ise kamu hizmetinin yürütülmesine tahsis edilmeden bahsedilemez. Dolayısıyla bu mallar cebri icra hukuku anlamında da devlet malı değildir.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Bir malın haczi caiz olup olmadığı icra memuru tarafından re'sen dikkate alınır. İcra memurunun bu işlemine karşı şikâyet yoluna başvurulabilir (Kuru, Haczi Caiz Olmayan Şeyler, s. 324).

<sup>45</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 341; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 199; Akil, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bir Kararı Vesilesiyle Devlet Mallarının Haczedilmezliği Kuralı Üzerine Düşünceler, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/2, s. 107; Yağcı, s. 611. Bu kapsamda haczedilemeyen devlet malları kapsamına yalnızca sadece devletin kamu malları dahil olup, devletin özel malları ise haczedilebilmelidir (Akil, s. 107; Yağcı, s. 615). Bir diğer görüşe göre ise devlete ait özel mallar da haczedilememelidir (Gülen, s. 147).

<sup>46</sup> Kuru, Haczi Caiz Olmayan Şeyler, s. 283; Kuru, İcra El Kitabı, s. 503; İlhan E. Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, 4. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 366; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 341; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 199; Akil, s. 107-108; Aydos, s. 72; Peksöz, s. 946.

<sup>47</sup> "...devlet malının hazine yönelik 1. bende dayalı haczedilmezlik şikâyeti kamu düzeninden olup süresizdir. Bunun yanında özel kanunlar ile haczedilemeyeceği hüküm altına alınan hak ve alacakların hâzinde ise haczedilmezliğe ilişkin hüküm emredici nitelikte ve kamu düzeniyle ilgili ise şikâyetin süresiz olacağı düşünülmelidir...", Y. 12. HD., 2011/24810 E., 2011/26803 K., 06.12.2011 T., (Lexpera).

<sup>48</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 341; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 200-201; Ulusoy, s. 652.

<sup>49</sup> Korunması gerekli taşınır kültür varlıkları devlet malı sayan görüşe göre dahi bazı hâllerde özel mülkiyet söz konusu olabilir (Berk, s. 183; Aydos, s. 65). Zira kültür varlıklarının korunmasında amaç, bu varlıkların gelecek nesillere aktarılabilmesini sağlamak olup bu husus kamu menfaatiyle ilgilidir (Aydos, s. 66). Taşınır kültür mallarının devlet malı sayılmasının gerekçelerinden biri de kamu menfaatidir (Aydos, s. 66, dn. 38). Devletin bu mallar üzerindeki mülkiyeti "kendine özgü kamu mülkiyeti"dir zira bu devletin bu malları satma ve yok etme gibi yetkileri bulunmamaktadır (Aydos, s. 68. Öğretide Umar da devletin eski eserler üzerinde gerçek bir mülkiyet hakkı olmadığını vurgulamıştır (Umar, "Öneri", s. 10)). Ancak

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de 2022 yılında verdiği bir kararında, kültür varlığı niteliğindeki taşınırın haczinin mümkün olduğu ifadelerine yer vermiştir.<sup>50</sup> Bu nedenle gerçek veya tüzel kişilere ait özel koleksiyona kayıtlı olan taşınır kültür ve tabiat varlıklarının, koleksiyonunun borcu için haczedilebilmesi mümkündür.<sup>51</sup>

Koleksiyona kayıtlı bir kültür veya tabiat varlığının haczedilebilmesi için ayrıca bu varlıkların ekonomik bir değere sahip olması gerekir. Ekonomik bir değeri olmayan kültür veya tabiat varlığı ise haczolunmayacaktır.<sup>52</sup>

---

bu görüşe göre dahi, kültür ve tabiat varlıklarının tamamı devlet malı değildir, gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde olan taşınır kültür ve tabiat varlıkları da bulunmaktadır (Aydos, s. 69). Dolayısıyla kültür ve tabiat varlıklarının tamamının devlet mülkiyetinde olduğu söylenemez (Özel, s. 225). Kanun'un 23. maddesinde belirtilen taşınır kültür ve tabiat varlıkları ve 25. maddesi uyarınca tasnif ve tescil dışı bırakılan ve müzelerle alınması gerekli görülmeyen taşınır kültür ve tabiat varlıkları üzerinde de özel mülkiyet kurulabilir (Ersöz, s. 71).

<sup>50</sup> "...2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 24 ve devamı maddelerinde; Devlet malı niteliğini taşıyan korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarının Devlet elinde ve müzelerde bulundurulması ve bunların korunup değerlendirilmelerinin Devlete ait olduğunu belirttikten sonra gerçek kişilerin Bakanlıktan izin almak ve müze envanter defterine kaydetmek koşulu ile taşınır kültür varlığını edinebilecekleri ve bu malları yasadaki belirtilen prosedüre uymak suretiyle tasarruf edebilecekleri düzenlenmiştir.

Aynı Kanun'un 26/2. maddesinde ise, "Gerçek ve tüzel kişiler, Kültür ve Turizm Bakanlığınca verilecek izin belgesiyle korunması gerekli taşınır kültür varlıklarından oluşan koleksiyonlar meydana getirebilirler. Koleksiyoncular faaliyetlerini, Kültür ve Turizm Bakanlığınca bildirmek ve yönetmelik gereğince, taşınır kültür varlıklarını envanter defterine kaydetmek zorundadırlar. Koleksiyoncular, ilgili müzeye tescil ettirerek, koleksiyonlarındaki her türlü eseri on beş gün önce Kültür ve Turizm Bakanlığınca haber vermek şartı ile kendi mallarında değiştirebilir veya satabilirler. Satın almada öncelik Kültür ve Turizm Bakanlığınca aittir" şeklinde düzenlemesine yer verilmiştir. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinde ise "Koleksiyonculuk yapan şahsın ölümü halinde koleksiyon mirasçılara intikal eder. Koleksiyoncu adına envanter defterine kayıtlı olup da koleksiyonunun borcu nedeniyle haczedilen taşınır kültür ve tabiat varlıkları, icra müdürlüğünün satış kararı üzerine ilgili müze müdürlüğüne haber vermek şartıyla ve önceliği Bakanlığa ait olmak üzere başka koleksiyonculara ve özel müzelerle satılabilir" düzenlemesi yer almıştır. Somut olayda, dava konusu menkullerin kültür varlığı niteliğinde olduğu anlaşılınca birlikte 2863 sayılı Kanun ve yönetmelikte yer alan düzenlemelere uygun olarak haczi mümkün olduğu...", Y. 12. HD. 2021/10146, 2022/1024, 02.02.2022 (Lexpera).

<sup>51</sup> Aydos, s. 72; Şenol, s. 232.

<sup>52</sup> "...Borçlunun borcunu rızaen ifa etmemesi (örneğin para borcunu ödememesi) halinde alacaklı cebri icra yoluna başvurur; icra dairesi borçlunun mallarını haczedip satarak bedelini alacaklıya öder ve bu yolla alacaklının tatmini sağlar. Bu anlamda borçlunun malvarlığı -kural olarak- alacaklının alacağı için teminat fonksiyonu taşır. Ne var ki borçlunun bütün mallarının haczi kabil değildir. Gerçekten de borçlunun manevi değer taşıdığı halde ekonomik değeri bulunmayan eşyası haczedilemez..." , Y. HGK., 2017/329 E., 2017/912 K., 03.05.2017 (Lexpera).

#### 4. Koleksiyona Kayıtlı Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Haczedilmesinde İzlenecek Usûl

Haciz, bir para alacağının elde edilebilmesi amacıyla borçlunun mallarına, haklarına ve alacaklarına icra dairesince hukuken el konulmasıdır.<sup>53</sup> Haczin konusu, borçluya ait ve maddi bir değer ifade eden tüm malvarlığıdır.<sup>54</sup> Borçluya ait ve maddi değer ifade eden malvarlığına, borçlu koleksiyoncu ise koleksiyonu da dahil olur.

Gerçek ve tüzel kişilere ait özel koleksiyona kayıtlı taşınır kültür ve tabiat varlıkları, bu kişilerin borçları nedeniyle haczedilebilir.<sup>55</sup> Zira gerçek ve tüzel kişilere ait özel koleksiyona kayıtlı taşınır kültür ve tabiat varlıklarının mülkiyetleri devlete değil, belirli sınırlamalarla koleksiyoncu kişilere aittir ve İcra ve iflas Kanunu'nun haczi caiz olmayan malları düzenleyen 82. maddesindeki devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin kural, bu mallar bakımından uygulama alanı bulmaz. Özel bir kanun hükmüyle de bu mallara haczedilmezlik vasfı tanınmamıştır. Gerçek ve tüzel kişilere ait özel koleksiyona kayıtlı taşınır kültür ve tabiat varlıkları bir müzede teşhir ediliyor olsa dahi bu onların hazine engel teşkil etmez.<sup>56</sup>

Yargıtay kararlarında da taşınır kültür varlıklarının hazine Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kanunu ve ilgili yönetmelik hükümlerinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>57</sup> Bu kapsamda

<sup>53</sup> Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bs., İstanbul, Adalet Yayınevi, 2013, s. 410; Postacıoğlu, İcra, s. 290; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 296; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, 6. bası, C. I, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 505; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, 6. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, s. 181; Abdurrahim Karşlı, İcra ve İflâs Hukuku, 4. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2022, s. 335.

<sup>54</sup> Karşlı, s. 337; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 181.

<sup>55</sup> Özdemir/Özyıldırım, s. 312, dn. 110. Ayrıca şirket kurucularının koleksiyonlarında bulunan ve belirli bir değere sahip kültür varlıklarını anonim şirkete aynı sermaye olarak getirebileceğine dair bkz. Özdemir/Özyıldırım, s. 306.

<sup>56</sup> Peksöz, s. 958; Özdemir/Özyıldırım, s. 312, dn. 110.

<sup>57</sup> "...863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 24 ve devamı maddelerinde; gerçek kişilerin Bakanlıktan izin almak ve müze envanter defterine kaydettirmek koşulu ile taşınır kültür varlığını edinebilecekleri ve bu malları yasa da belirtilen prosedüre uymak suretiyle tasarruf edebilecekleri düzenlenmiştir. 2863 sayılı Kanun'un "Yönetim ve Gözetim" başlıklı 24. maddesi; devlet malı niteliğini taşıyan korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarının devlet elinde ve-müzelerde bulundurulması ve bunların korunup değerlendirilmelerinin Devlete ait olduğunu belirttikten sonra; alımı, satımı serbest bırakılacak etnografik eserlerin hangi devirlere ait olacağı ve diğer nitelikleri ile kayıt ve tes-cil şartlarının bir yönetmelikle belirleneceğini hüküm altına almıştır. Aynı Kanun'un 26/2. maddesinde ise gerçek ve tüzel kişilerle vakıfların, Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan izin almak şartıyla, kendi hizmet konularının veya amaçlarının gerçekleştirilmesi için her çeşit kültür varlığından oluşan koleksiyonlar meydana getirebilecekleri, müzeler kurabilecekleri

koleksiyona kayıtlı taşınır kültür ve tabiat varlıklarının haczedilmesi, bu varlıkların koleksiyon kayıtlarına (envanter defterine) kayıt konulmasını da gerektirir.<sup>58</sup> Zira kültür ve tabiat varlığı koleksiyonları, koleksiyoncu envanter defterine kayıtlı olunan müzenin denetimindedir.

Borçlu koleksiyoncunun borcu için koleksiyonun tamamına değil, takibi başlatan alacaklının alacağına yetecek kadarı haczedilmelidir. Zira taşınır ve taşınmaz malların haczini düzenleyen İİK m. 85 uyarınca, alacaklının alacağına yetecek miktardan daha fazla mal ve hakkı haczedilmemelidir.<sup>59</sup> Koleksiyona kayıtlı taşınır kültür ve tabiat varlıklarının haczinde icra hukukunun genel ilkelerinin yanı sıra bu varlıkların korunmasına dair özel düzenlemelerin de gözetilmesi gerekir.<sup>60</sup>

Taşınır malların haczini yapan memur, sicile kayıtlı mallar hariç olmak üzere haczedtiği malın kıymetini takdir eder. Gerek görmesi durumunda bilirkişiye müracaat edebilir (İİK m. 87). Sicile kayıtlı taşınır malların kıymet takdirinin ise bilirkişilik bölge kurulu listesinde kayıtlı ve bu konuda Adalet Bakanlığı'na izin verilen bilirkişilere, bu kişiler yoksa listede kayıtlı diğer bilirkişilere yaptırılması zorunludur. Kolek-

düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin son fıkrasında, koleksiyoncuların, ilgili müzeye tescil ettirerek, koleksiyonlarındaki her türlü eseri on beş gün önce Kültür ve Turizm Bakanlığı'na haber vermek şartı ile kendi aralarında değiştirebilecekleri ve satabilecekleri, satın almada öncelik hakkının Kültür ve Turizm Bakanlığı'na ait olduğu belirtilmiştir. Bu konu ayrıca yönetmeliğin "El değiştirme" başlıklı 12. maddesinde de kapsamlı olarak düzenlenmiştir. İcra mahkemesince: haczin yukarıda açıklanan yasa ve yönetmelik hükümlerine uygun yapıp yapılmadığının denetlenerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ve haciz işleminin iptaline dair hüküm tesisi isabetsizdir...", Y. 12. HD., 2007/4285 E., 2007/7248 K., 12.04.2007 T., (Lexpera).

<sup>58</sup> "...Borçlu hakkında kambyo senetlerine mahsus yolla yapılan takip nedeniyle, alacaklı vekilinin talebi ile borçlu R. Ç. adına kayıtlı bulunan taşınır kültür varlıklarının, tarihi eserlerin kaydına haciz konulmasına, adı geçen adına kayıtlı eserlere ait envanter bilgilerinin birer sureti ile bu eserlerin bulunduğu adreslerin bildirilmesine karar verilmiştir...", Y. 12. HD., 2007/4285 E., 2007/7248 K., 12.04.2007 T. (Lexpera).

<sup>59</sup> Kudret Aslan, "Hacizde Sıra", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 2, 2005, s. 283-284; Nilüfer Boran Güneysu, "İcra Hukukunda Aşkın Haciz", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 4, 2016, s. 27; Acar, s. 171. Bu hükme aykırı olarak yapılan hacizlere "aşkın haciz" veya "aşkın haciz" denilmektedir (Boran Güneysu, s. 27; Aslan, s. 259). İcra memurunun İcra ve İflâs Kanunu m. 85'te yer alan bu esaslara aykırı hareket etmesi durumunda, şikâyet yoluna başvurulabilir. Bu durumda icra mahkemesinin vereceği karar, İcra ve İflâs Kanunu m. 363, f. 1 hükmü gereği kesindir ve bu karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulamaz (Acar, s. 172).

<sup>60</sup> Örnek olarak koleksiyona kayıtlı taşınır kültür ve tabiat varlıkları haczedilirken icra hukukunda borçlu ve alacaklı arasındaki dengenin korunması kuralına hizmet eden hacizde tertip kuralı dikkate alınmalıdır (Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 196-198; Acar, s. 172). Taşınır teslimine dair bir ilamın icrası kapsamında bir kültür ya da tabiat varlığının tesliminin söz konusu olması hâlinde ise, icra memurunun ilamı yorumlama ya da değiştirme gibi bir yetkisi olmadığı için, bu hususta icra emrinin hazırlanması gerekir. Borçlu, süresi içinde söz konusu taşınır(ları) teslim etmezse zorla alınarak alacaklıya teslim edilmesi söz konusu olur.



siyona kayıtlı kültür ve tabiat varlıklarının kıymet takdiri ise herhâlde bilirkişiye yaptırılmalıdır. Zira bu varlıkların kıymeti, ancak ilgili varlık alanında uzman bilirkişilerce tespit edilebilir.

Koleksiyona kayıtlı korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının haczedilmesi ile İcra ve İflas Kanunu m. 86'da yer alan neticeler doğacaktır. Bu kapsamda borçlu/koleksiyoncu, alacaklının muvafakati ve icra memurunun izni olmadan mahcuz taşınır mallarda tasarruf edemez.<sup>61</sup> Aksi hâlde cezaî sorumluluğu söz konusu olur.

Koleksiyona kayıtlı korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının haczedilmezliği ileri sürülmek isteniyorsa, bu husus şikâyet yoluyla icra mahkemesinde ileri sürülebilir. Bu varlıkların haczedilmezliğine dair şikâyet, İcra ve İflas Kanunu uyarınca şikâyetin genel hükümlerine tâbidir.<sup>62</sup> Dolayısıyla bu şikâyeti yapabilecek kişiler icra takibinin tarafları ile sınırlı değildir. Şikâyete, ilgili haciz işleminden hukukî yararı olumsuz etkilenen alacaklı, borçlu veya üçüncü kişiler ve alacaklının ve borçlunun küllî ve cüz'î halefleri de başvurabilir.<sup>63</sup>

Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması için Alınacak Tedbirlerle ilgili 1970 UNESCO Sözleşmesi madde 4 (b)'ye göre, ülke egemenlik sahasında bulunan bütün kültür varlıkları o ülkenin ulusal/millî kültür mirasının bir parçasıdır. Bu kapsamda, koleksiyona kayıtlı korunması gerekli kültür ve tabiat varlığının devlet tarafından koruma altında olması sebebiyle devletin de bu işleme karşı şikâyet yoluna başvurabilmesi mümkündür. Zira bu durumda devletin bu işlemin iptalinde hukukî yararı bulunmaktadır.

Borçlu koleksiyoncunun mallarının haczi sırasında, koleksiyona kayıtlı olmayan bir kültür ya da tabiat varlığı bulunması durumunda ise bu husus en yakın müze müdürlüğüne, köyde ise muhtara, diğer

<sup>61</sup> İcra ve İflas Kanunu m. 86 uyarınca haczedilmiş olan taşınır mal üzerinde üçüncü kişilerin zilyedlik hükümlerine dayanarak iyi niyetle kazandığı haklar saklıdır. Ancak iyi niyet kurallarına aykırı olarak mahcuz taşınır mal üzerinde üçüncü kişilerin iktisap ettiği haklar, alacaklının haklarını ihlâl ettiği oranda geçersizdir.

<sup>62</sup> "...Haczedilmezlik ilkesinin doğal sonucu haczi (tamamen veya kısmen) kabil olmayan bir mal veya hakkın icra müdürünce haczedilmesi halinde borçluya tanınan haczedilmezlik şikâyetidir. Bu şikâyet İcra ve İflas Kanunu'nun şikâyete ilişkin genel hükümlerine (m.16-18) tâbidir ve şikâyetin kabulü halinde icra müdürünce haczedilen mal veya hak üzerindeki haciz kalkar..." , Y. HGK., 2017/329 E., 2017/912 K., 03.05.2017 T., (Lexpera).

<sup>63</sup> Üstündağ, s. 50; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz s. ,77; Muşul, s. 93.

yerlerde ise mülki idare amirlerine bildirilmelidir.<sup>64</sup> Bu bildirim üzerine ilgili taşınır kültür ya da tabiat varlığı müze idaresince emanete alınır ve KTVKK kapsamında kültür ve tabiat varlığı olup olmadığının tespiti, ilgili müze müdürlüklerince oluşturulan değerlendirme komisyonları tarafından yapılır (Tasnif ve Tescil Yön. m. 4 ve m. 5).

İcra ve İflas Kanunu'nun 102. maddesi uyarınca, taşınır mallar haczedilirken haciz mahallinde bir tutanak tutulur.<sup>65</sup> Taşınır kültür ve tabiat varlıklarının haczinde de bu tutanak tutulur ve ayrıca haciz envanter kaydına da işlenir. Ancak burada haciz, envanter kaydına işlendiği tarihte değil, İİK m. 102'ye göre düzenlenecek tutanakta yer alan gün ve saatte gerçekleşmiş olur.

### **5. Koleksiyona Kayıtlı Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Haczi Hâlinde Muhafaza Tedbirlerinin Uygulanması**

Mahcuz taşınırlar hakkında muhafaza tedbirlerini düzenleyen İİK m. 88 uyarınca, haczolunan paralar, banknotlar, hamiline ait senetler, poliçeler ve sair cirosu kabil senetler ile altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyler, icra dairesince muhafaza edilir. Diğer taşınır mallar ise masrafı peşin olarak alacaklıdan alınarak muhafaza altına alınır. Ancak alacaklı muvafakat ederse, istenildiği zaman verilmek şartıyla, geçici olarak borçlunun yedinde veya üçüncü şahıs nezdinde bırakılabilir. Bu düzenleme kapsamında koleksiyona kayıtlı kültür ve tabiat varlıklarının haczedilmesi durumunda birkaç ihtimal söz konusu olabilecektir: muhafaza altına alınmaları, borçlunun yedinde bırakılmaları ya da üçüncü şahıs nezdinde bırakılmaları.

İlk ihtimal bu malların muhafaza altına alınmasıdır. Mahcuz mallar, Adalet Bakanlığı tarafından yetki verilmiş kişilere ait olan lisanslı yediemin depolarında muhafaza edilir. Muhafaza altına alınmasına karar verilen malların muhafaza edileceği lisanslı yediemin depolarının kuruluşu, bu depoların asgarî nitelikleri ve malların muhafaza işlemlerine ilişkin usul ve esaslar Lisanslı Yediemin Depoları Yönet-

<sup>64</sup> Koleksiyoncu olmayan bir borçlunun elinde haciz sırasında bir kültür ya da tabiat varlığı bulunması durumunda da aynı prosedür söz konusu olacaktır.

<sup>65</sup> Bu tutanakta alacaklı ve borçlunun isimleri, alacağın miktarı, haczin hangi gün ve saatte yapıldığı, haczedilen mallar ve takdir edilen kıymetleri ve varsa üçüncü şahısların iddiaları yazılır ve haczi icra eden memur tarafından imzalanır.

meliği ile düzenlenmiştir. Eğer mahcuz, koleksiyona tâbi bir kültür veya tabiat varlığı ise yediemin deposunda muhafaza edilmesi yerine borçlu nezdinde bırakılması ya da bir müzede muhafaza edilmesinin sağlanması yerinde olacaktır kanaatindeyiz. Zira korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları, muhafazası özel tedbirler gerektiren varlıklardır. Bu varlıkların gereği gibi muhafaza edilmemesi yalnızca alacaklı ve borçlunun değil, bir anlamda tüm insanlığın zarara uğraması sonucunu doğurur. Çünkü bu varlıklar aynı zamanda insanlığın kültürel mirasına dahildir. Ayrıca koleksiyoncu olmak isteyen bir kişinin taşınır kültür ve tabiat varlığı koleksiyon izin belgesi almak için yapacağı başvuru üzerine komisyon tarafından incelenecek hususlar arasında, koleksiyonun bulunduğu veya bulundurulacağı yerin taşınır kültür ve tabiat varlıklarının muhafazasına uygun olup olmadığı ve her türlü güvenlik tedbirinin alınıp alınmadığı da bulunmaktadır (Koleksiyonculuk Yön. m. 9).

Eğer haczedilen kültür veya tabiat varlığının borçlu elinde bırakılması yahut bir müzede muhafaza edilmesi mümkün değilse, ancak o zaman bu varlığın bir depoda muhafaza edilmesi söz konusu olmalıdır. Ancak bu deponun mutlaka Koleksiyonculuk Yön. hükümlerine göre, taşınır kültür ve tabiat varlıklarının muhafazasına uygun ve zarar görmemesi yönünde gerekli önlemlerin ve her türlü güvenlik tedbirinin alındığı bir depo olması gerekir.

Koleksiyona tâbi taşınır kültür ve tabiat varlığının haczedilmesi hâlinde alacaklı muvafakat ederse, istenildiği zaman verilmek şartıyla, geçici olarak borçlunun yedinde bırakılması da mümkündür. Bu şekilde borçlu koleksiyoncunun yedinde bırakılması durumunda, ilgili müzeye bu husus yazılı olarak bildirilerek, kültür ya da tabiat varlığının envanter bilgileri istenmeli ve envanter kaydına da haciz işlenmelidir. Bu husus, varlığın üçüncü şahıs nezdinde bırakılmasında da geçerlidir.

Hacizli taşınır malların muhafaza şekline dair icra memurunun vereceği karara karşı icra mahkemesine şikâyet yoluna başvurulabilir. Bu şikâyet üzerine icra mahkemesinin vereceği kararlar İcra ve İflâs Kanunu m. 363 uyarınca kesindir, dolayısıyla bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz.<sup>66</sup>

<sup>66</sup> Acar, s. 154.

## 6. Koleksiyona Kayıtlı Korunması Gerekli Taşınır Kültür Ve Tabiat Varlıklarının Satışı

Koleksiyona kayıtlı korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarının satışı, İcra ve İflas Kanunu'nun taşınurların satışını düzenleyen hükümlerine göre yapılacaktır. Taşınır mallar, satış talebinden itibaren 2 ay içinde satılır (İİK m. 112). Mahcuz taşınurların satışı kural olarak açık artırma ile yapılır.<sup>67</sup> Satış hazırlık işlemleri, İcra ve İflas Kanunu'nun 114. maddesine göre yapılacaktır.

İcra ve İflâs Kanunu kapsamında yapılacak açık artırma suretiyle satış işlemlerinin Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine (UYAP) entegre Elektronik Satış Portalı üzerinden yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar, İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik (Elektronik Satış Yön.) ile belirlenmiştir.<sup>68</sup>

Koleksiyona kayıtlı korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarının satışında, ihaleye herkesin katılıp katılmayacağını özel olarak ele almak gerekir. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda açıkça, koleksiyoncuların koleksiyonlarındaki eserleri ancak kendi aralarında değiştirebilecekleri veya satabilecekleri düzenlenmiştir (m. 26). Buna paralel olarak Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu Ve Denetimi Hakkında Yönetmelik'te de koleksiyoncu adına envanter defterine kayıtlı olup da koleksiyoncunun borcu nedeniyle haczedilen taşınır kültür ve tabiat varlıklarının, icra müdürlüğünün satış kararı üzerine ilgili müze müdürlüğüne haber vermek şartıyla ve önceliği Bakanlığa ait olmak üzere başka koleksiyonculara ve özel müzelere satılabileceği düzenlemesi yer almaktadır (m. 10). Dolayısıyla, Kanun'da ve Yönetmelik'te öngörülen bu kişiler dışındaki kişilerin ihaleye katılamaması gerekir. Bu da artırma şartnamesine bu hususta konulacak bir hüküm ile mümkün olabilir.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Ancak Kanun bazı hâllerde pazarlık yoluyla satışın da yapılabileceğini düzenlemiştir. Bu hâller: Bütün alakadarların istemesi, borsa veya piyasada fiyatı bulunan kıymetli evrak veya diğer mallar için o günün piyasasında mukarrer fiyat teklifi verilmesi, artırmada maddenin ikinci fıkrasında gösterilen hâllerin bulunması ve mahcuz malın tahmin edilen değerinin Kanun'da gösterilen sınırın altında kalmasıdır.

<sup>68</sup> 08.03.2022 tarihli ve 31772 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bu Yönetmelik, 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 111/b maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

<sup>69</sup> Aydos, s. 72. İhaleye katılmak isteyen kişilerin ilgili kriterleri sağlayıp sağlamadığı hususunda icra dairesine sunacakları belgelerin de ihale öncesinde icra dairesince kontrol etmesi

Bu hususta benzer bir düzenleme, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Yönetmelik'te yer almaktadır. Bu Yönetmeliğin ruhsatlı silahların devrini düzenleyen 2. maddesi uyarınca, taşıma veya bulundurma ruhsatlı silaha sahip olanlar, silahlarını bu Yönetmelik hükümlerine göre silah taşıma veya bulundurma ruhsatı verilebilecek olan kişilere satış veya hibe yoluyla devredebilir ya da Türk Silahlı Kuvvetleri'ne, Genel Komutanlığa, Sahil Güvenlik Komutanlığı'na veya Genel Müdürlüğe hibe edebilirler. Ruhsatlı silahların başka bir kişiye devrinin yapılabilmesi için devir almak isteyen kişinin silah taşıma veya bulundurma ruhsatı almasında herhangi bir engel halinin bulunmadığının tespit edilmiş olması gerekir. Silah devrini öngören sözleşme noterce düzenlenir. Silah ve mermiler, ruhsat düzenlenmeden devredilen şahsa teslim edilemez.

Yargıtay kararlarında da ruhsatlı silahların haczedilmesi durumunda, bu silahlara ilişkin ihalelere yalnızca kanun gereği silah buldurmaya engeli olmayan kişilerin katılabileceği vurgulanmıştır.<sup>70</sup> Silah buldurmaya engeli olmayan kişiler, taşıma ya da bulundurma ruhsatı alma koşullarına sahip kişilerdir.<sup>71</sup>

Taşınır malların satışı kural olarak açık artırma yoluyla yapılır. Elektronik Satış Yönetmeliği uyarınca taşınırın açık artırma şartnamesine yazılacak bilgiler şunlardır: dosya numarası, alacaklı ve borçlunun adı ve soyadı, birinci ve ikinci artırmının yapılacağı gün ve saat aralığı, taşınırın cinsi, taşınırın muhammen kıymeti, artırmaya katılacakların taşınırın muhammen kıymetinin yüzde onu oranında nakit teminat veya banka teminat mektubunu tevdi etmeleri gerektiği, artırmaya çıkarılan taşınır üzerinde hakkı olan alacaklı veya ilgiliden

gerekir.

<sup>70</sup> "...Gerek bu kanunda, gerekse 6136 sayılı Kanun'da, şahısların mülkiyetlerindeki silahların haczedilemeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. İcra müdürlüğüne haczi yapılan bu tür menkullerin satışı özellik arz eder. İhaleye yasaca silah buldurmaya engeli olmayan kişilerin katılması mümkündür..." , Y. 12. HD., 2004/26334 E., 2005/2231 K., 10.02.2005 T., (E-Uyar).

<sup>71</sup> "...Hakiki şahıslara yasal koşulların oluşması halinde silah buldurmaları ya da taşıyabilmeleri için yetkili kurumca ruhsat verilmesi halinde alınacak silah, adı geçenin kişisel malıdır. Devlet tarafından kolluk kuvveti sıfatını taşıyanlara ya da uygun görülenlere verilip onların kullanımına tahsis edilen silahlar dışında ve yukarıda açıklanan nitelikte olanların haciz ve satışı olanaklıdır. Sadece, icradaki ihaleye katılacakların taşıma ya da bulundurma koşullarına sahip olmaları gerekir..." , Y. 12. HD., 1785/4001, 03.03.2003 T. (E-Uyar). Taşıma ruhsatı, ateşli silah taşımalarına izin verilen kişiler adına düzenlenen belge, bulundurma ruhsatı ise ateşli silah buldurmalarına izin verilen kişiler adına düzenlenen belgedir (Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Yönetmelik m. 2).

teminat aranıp aranmayacağı, hangi giderlerin alıcıya ait olacağı ve diğer gerekli bilgiler. Satışa katılanlar, bütün ekleriyle birlikte şartnameyi görmüş ve içeriğini kabul etmiş sayılırlar (İİK m. 114, Elektronik Satış Yön. m. 6)

Elektronik Satış Yönetmeliği m. 5 uyarınca, taşınır şartnamesine yazılacak gerekli bilgiler kapsamında, ilgili ihaleye yalnızca başka koleksiyoncular, özel müzeler veya Bakanlık tarafından katılabileceği yazılabilir. Böylece, koleksiyona kayıtlı kültür ve tabiat varlıkları, mevzuatımızda öngörüldüğü şekilde, başka koleksiyoncular ya da özel müzeler arasında el değiştirmiş olacaktır.<sup>72</sup> Koleksiyona kayıtlı kültür ve tabiat varlıklarına dair ihaleye katılmak isteyenlerin bu taşınırların ihalesine katılma imkânı olan kişilerden olup olmadığının denetimini icra memurları yapacaktır. Koleksiyona kayıtlı kültür ve tabiat varlıklarının tescil ve teslim işlemleri, ihalenin kesinleşmesi üzerine yapılır.

## 7. Sonuç

Taşınır kültür ve tabiat varlıkları, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 23. maddesinde belirtilen korunması gerekli varlıklardır. Gerçek ve tüzel kişiler, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından verilecek izin belgesiyle, korunması gerekli taşınır kültür varlıklarından oluşan koleksiyonlar meydana getirebilirler (KVTVKK m. 26). Koleksiyoncu kavramı mevzuatımızda, kültürel ve doğal mirasın taşınabilir özellikteki yapıtlarının mevzuat çerçevesinde toplanması, arşivlenmesi, korunması, bilimsel yayınlarla tanıtılarak yayınlanması ve sergilemesini gerçekleştiren kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır.

Gerçek ve tüzel kişilere ait özel koleksiyona kayıtlı taşınır kültür ve tabiat varlıklarının mülkiyetleri devlete değil, belirli sınırlamalarla koleksiyoncu kişilere aittir. Bu varlıklar, kamu hizmetine tahsis edilmiş olmadığından, devlet mallarının hacedilmezliği kuralına tâbi değildirler. Özel bir kanun hükmüyle de bu mallara hacedilmezlik vasfı tanınmamıştır. Dolayısıyla, koleksiyona tabi olan taşınır kültür ve tabiat varlıklarının, ilgili koleksiyoncunun borcu nedeniyle haczi mümkündür.

<sup>72</sup> Aydos, s. 72.

Koleksiyona tâbi taşınır kültür ve tabiat varlığının haczedilmesi hâlinde alacaklı muvafakat ederse, istenildiği zaman verilmek şartıyla, geçici olarak borçlunun yedinde bırakılması da mümkündür. Bu şekilde borçlu koleksiyoncunun yedinde bırakılması durumunda, ilgili müzeye bu husus yazılı olarak bildirilerek, kültür ya da tabiat varlığının envanter bilgileri istenmeli ve envanter kaydına da haciz işlenmelidir. Eğer haczedilen kültür veya tabiat varlığının borçlu elinde bırakılması yahut bir müzede muhafaza edilmesi mümkün değilse, ancak o zaman bu varlığın bir depoda muhafaza edilmesi söz konusu olmalıdır. Ancak bu deponun mutlaka Koleksiyonculuk Yön. hükümlerine göre, taşınır kültür ve tabiat varlıklarının muhafazasına uygun ve zarar görmemesi yönünde gerekli önlemlerin ve her türlü güvenlik tedbirinin alındığı bir depo olması gerekir.

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 26 ve Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik m. 10 uyarınca koleksiyona dahil taşınır kültür ve tabiat varlıkları önceliği Bakanlığa ait olmak üzere ancak başka koleksiyonculara ve özel müzelere satılabilir. Bu düzenlemelerin özel düzenleme mahiyetinde olması nedeniyle cebri icra usulüyle yapılacak satışlar bakımından da Kanun'da ve Yönetmelik'te öngörülen bu kişiler dışındaki kişilerin ihaleye katılamaması gerekir. Bu husus artırma şartnamesine konulacak bir hüküm ile sağlanabilir. Koleksiyona kayıtlı kültür ve tabiat varlıklarına dair ihaleye katılmak isteyenlerin bu taşınırların ihalesine katılma imkânı olan kişilerden olup olmadığının denetimini icra memurları yapar ve bu varlıklarının tescil ve teslim işlemleri, ihalenin kesinleşmesi üzerine yapılır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Acar Ayşe Ece, İcra Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Kanun Yolu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.
- Ersöz Ahmet Kürşat, Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

- Gülân Aydın, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabii Olduğu Hukuki Rejim, Alfa Yayınları, 1999.
- Karslı Abdurrahim, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2022.
- Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bs., İstanbul, Adalet Yayınevi, 2013.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bs., C. I, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Postacıoğlu İlhan E., İcra Hukuku Esasları, 4. Bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Sancakdar Oğuz/Yağcı Pınar/Taşyıldız Şükür/Çırak Ezgi, Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Ulusoy Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara, 2021.
- Umar Bilge/Çilingiroğlu Altan, Eski Eserler Hukuku, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1990.
- Yeşilbaş Evindar/Altıparmak Cüneyd, Uygulamaya yönelik, Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Kültürel Miras (Kültür Varlıkları) Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Yıldırım Turan/Yasin Melikşah/Kaman Nur/Özdemir Eyüp/Üstün Gül/ Okay Te-kinsoy Özge, İdare Hukuku, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2021.

#### Makaleler

- Akil Cenk, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bir Kararı Vesilesiyle Devlet Mallarının Haczedilmezliği Kuralı Üzerine Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/2, s. 97-119.
- Aslan Kudret, "Hacizde Sıra", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 2, 2005, s. 269-318.
- Aydos Oğuz Sadık, "Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 66, S. 4, Güz 2008, s. 62-75.
- Berk Kahraman, "Türkiye'de Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Hukuki Rejimi ile Uygulama Sorunları", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 19- Sayı: 1-2, s. 183-212.
- Boran Güneysu Nilüfer, "İcra Hukukunda Aşkın Haciz", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. XX, S. 4, 2016, s. 25-60.
- Collado Kelvin D., "A Step Back For Turkey, Two Steps Forward In The Repatriation Efforts of Its Cultural Property", *Journal of Law, Technology & the Internet*, Vol. 5, 2014, s. 1-24.
- Çakmak Biray, "Osmanlı Taşrasında Âsâr-ı Atıka Bilincinin Gelişimi: Gediz Kazasında Bulunan Eski Eserler", *Cumhuriyet Tarihi Araştırmaları Dergisi*, Y. 15, S. 30, Güz 2019, s. 169-188.
- Dülger Murat Volkan, "Kültür Varlıklarının ve Sanat Eserlerinin Hukuki Açından Korunması", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1), 2014; 107-161.
- Kuru Baki, "Haczi Caiz Olmayan Şeyler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 1, 1962, s. 277-326.
- Önge Mustafa, "Kültür Mirasını Tanımlamak İçin Türkiye'de Kullanılan İlk Özgün Terim: Âsâr-I Atıka", *Avrasya Terim Dergisi*, 2018, 6 (1): s. 8 - 14.
- Özdemir Semih Sırrı/Özyıldırım Mehmet Mert, "Anonim Şirketlere Getirilebilecek



- Bir Aynı Sermaye Unsuru Olarak Özel Mülkiyete Tabi Taşınır Kültür Varlıklarının Değerlendirilmesi”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2022, C. 12, S. 1, s. 291-324.
- Özel Sibel, “Kültür Varlığı Koleksiyoncuları Lehine Getirilen Yönetmelik Değişikliğinin Danıştay Kararı Eşliğinde İncelenmesi”, *Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, MÜHF-HAD Armağan Özel Sayısı*, 2006, s. 661-672,
- Özel Sibel, “Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, s. 215-238.
- Özyıldırım Mehmet Mert, “Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Hukuka Uygun Bir Biçimde Devredilebilmeleri Açısından Türk Hukukunda Kabul Edilen Yöntemler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXVI, Y. 2022, S. 3, s. 394.
- Peksöz Vildan, “Spor Kulüplerinin Özel Müzelerinde Yer Alan Kültür Varlığı Niteliğindeki Mallarının Haczi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 3, 2020, s. 941- 964.
- Umar Bilge, “Yeni bir “Eski Eserler Kanunu” Metni Önerisi ve Gerekçesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 1981, s. 3-59.
- Ünar Şükrü, “Osmanlı Devleti’nde Eski Eser Anlamının Doğusu ve Gelişimi”, *Asya Studies Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2019, S. 8, s. 67-75
- Yağcı Pınar, “Mülkiyet Hakkı Kapsamında Kamu Mallarının Haczedilmezliği Üzerine Bir Değerlendirme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2): 600-616 (2020), s. 600-616.

### İnternet Kaynakları

E-Uyar, <https://www.e-uyar.com/>

Kültür ve Turizm Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı: Müzecilik Kılavuzu, <https://teftis.ktb.gov.tr/TR-13998/muzecilik-klavuzu.html>

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, <https://www.lexpera.com.tr>

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>

### Diğer Kaynaklar

Şenol Barış, Türkiye’de Arkeolojik Eser Koleksiyonculuğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Arkeoloji Anabilim Dalı Arkeoloji Bilim Dalı, Bursa, 2021.



# SİGORTACILIKTA TAHKİMDE İTİRAZ HAKEM HEYETİNİN DİRENME HAKKI

## TRIBUNAL'S RIGHT OF INSISTENCE IN INSURANCE ARBITRATION

Bahadır KÖKSAL\*

**Özet:** Sigortacılıkta tahkim uygulaması, sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde büyük önem arz etmektedir. Sigortacılıkta tahkimin, iç tahkimle benzerlikleri olsa da iç tahkimden ayrılan noktaları daha fazladır. Bu ayrık noktalar, sigortacılıkta tahkime karakteristik birtakım özellikler yüklemektedir. Bunlardan birisi de hakem kararına karşı başvurulabilecek kanun yoludur. Yargıtay'ın ağırlıklı görüşüne göre hakemler direnme kararı veremezler. Ancak Sigortacılık Kanunu m. 30 uyarınca sigortacılıkta tahkimin karakteristik özellikleri de dikkate alınarak itiraz hakem heyetince direnme kararının verilip verilemeyeceği değerlendirilmelidir.

**Anahtar Kelimeler:** Tahkim, Sigortacılıkta Tahkim, Direnme Kararı

**Abstract:** Insurance arbitration is significant in resolving disputes arising from insurance contracts. However, although insurance arbitration has similarities with domestic arbitration, it has various exceptional points. These unique points attribute some to insurance arbitration characteristic features. One of them is the legal remedy that can be applied against tribunal's decision. According to the weighted opinion of the Supreme Court, arbitral tribunals cannot make a decision of insistence. However, in the Insurance Law Art. 30, considering the characteristics of insurance arbitration, it should be evaluated whether tribunal have the right of insistence.

**Keywords:** Arbitration, Insurance Arbitration, Decision of Insistence

\* Doktora Öğrencisi, Hamburg Üniversitesi, bahadirkoksal@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0963-3165, Makalenin Gönderim Tarihi: 20.03.2023, Kabul Tarihi: 05.05.2023

## GİRİŞ

Sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için, Sigortacılık Kanunu m. 30 uyarınca alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak sigortacılıkta tahkim yargılaması öngörülmüştür. Sigortacılıkta tahkim yargılaması, Sigorta Tahkim Komisyonu bünyesinde gerçekleştirilmektedir. Sigortacılıkta tahkim, bazı konularda iç tahkime benzerlik göstermekte ise de birtakım önemli noktalarda iç tahkimden ayrılmaktadır. Bu ayrık noktalar, sigortacılıkta tahkime karakteristik özellikler yüklemektedir. Bu çalışmada, öncelikle sigortacılıkta tahkim uygulamasından hareketle, bu karakteristik özelliklere değinilecektir. Sigortacılıkta tahkimin niteliği tam olarak ortaya konulduktan sonra Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) döneminden de bahsedilerek, mevcut kanun olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) kapsamında ve Sigortacılık Kanunu kapsamında hakem kararlarına karşı başvurulacak yollar ve farkları incelenecektir. Buna istinaden, ilgili içtihadı birleştirme kararları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları da dikkate alınarak hakemlerin yerel mahkemeler ile karşılaştırılması yapılacak ve hakem kararlarına ilişkin Yargıtay bozma kararlarında hakemlerin direnme hakkının bulunup bulunmadığı incelenecektir. Sonuç itibariyle, yapılan tüm incelemeler ışığında, sigortacılıkta tahkimin karakteristik unsurları ışığında, itiraz hakem heyeti tarafından Yargıtay bozma kararına karşı direnme kararı verilip verilemeyeceği sorusuna cevap aranacaktır.

## I. SİGORTACILIKTA TAHKİM

### A. GENEL OLARAK SİGORTACILIKTA TAHKİM

Sigorta hukuku, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) m. 1401 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. TTK m. 1401'de sigorta sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Buna göre sigorta sözleşmesi: "...sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir" şeklinde tanımlanmıştır. TTK'da tanımı yapılan sigorta sözleşmelerinin geliştirilmesinin sağlanması, tarafların hak ve menfaatlerinin korunması ve sigorta sözleşmelerinden doğan

uyuşmazlıkların çözülmesi dahil olmak üzere ülkemizde sigortacılığın geliştirilmesini sağlamak amacıyla, 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu yürürlüğe girmiştir.<sup>1</sup>

Sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için ise sigortacılıkta tahkim uygulaması öngörülmüştür. Sigortacılık Kanunu kapsamında kalan tahkim, kendine özgü nitelikleri olan bir ihtiyari tahkim olarak ifade edilebilir.<sup>2</sup> Bu doğrultuda sigortacılıkta tahkim, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 30 ile düzenlenerek alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak hukuk sistemimizde yerini almıştır. Bu madde kapsamında, yani tek bir madde içerisinde; ne tür uyuşmazlıkların ele alınabileceği, kimlerin sigortacılıkta tahkimde yer alabileceği, tahkim yargılamasının bünyesinde yürütüleceği komisyon olan Sigorta Tahkim Komisyonu’nun idari olarak kuruluş ve işleyişi, Komisyon’un görevleri, hakemlerin nitelikleri, heyetin oluşumu, yargılama süresi, yargılama sonucunda ödenecek vekalet ücreti, hakemlikten yasaklılık halleri, sır saklama yükümlülüğü, hüküm bulunmayan hallerde 6100 sayılı HMK hükümlerinin uygulanacağı ve sigortacılıktan doğan uyuşmazlıklar için HMK uyarınca yapılacak tahkim yargılamasında seçilecek hakemlerin de bu maddede belirtilen nitelikleri haiz olması gerektiği kaleme alınmıştır. Bu doğrultuda, sigortacılıkta tahkimin

<sup>1</sup> Sigorta tahkiminin ortaya çıkışına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Mehmet Özdamar, “Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 2, s. 833 vd., <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/789305>, Erişim Tarihi: 09.12.2022.

<sup>2</sup> Tartışmalar için bkz. Özdamar, s. 839 vd.; Tuğçe Nimet Yaşar, “Sigorta Hukukunda Tahkim”, *TAAD*, S. 39, 2018, dipnot 67, s. 221. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/980757>, Erişim Tarihi: 06.12.2022; Ecehan Yeşilova Aras/Bilgehan Yeşilova, “Sigortacılık Tahkimi – Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırmedici Özellikleri (Sigortacılık Kanunu m. 30)”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, S. 8, 2013, s. 288. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179436>, Erişim Tarihi: 06.12.2022.

Dursun Saat, “Tüketici İşlemi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmeleri ve Bu Kapsamda Sigorta Tahkim Komisyonunun Rolü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 2461 vd., <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/373253>, Erişim Tarihi: 09.12.2022; Habib Yıldız, “Sigortacılıkta Tahkimin Tahkim Türleri Arasındaki Yeri”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 13, 2022, s. 619 vd., <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2679347>, Erişim Tarihi: 15.12.2022; Mehmet Çağrı Bağatur/Hande Öge, *Sorularla Sigorta Tahkim*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 12 vd., <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/giris-978-605-152-537-2/1>, Erişim Tarihi: 15.12.2022

uygulanmasına yönelik olarak 17.08.2007 tarihli ve 26616 sayılı Resmî Gazete’de Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik yayımlanmıştır.

Sigortacılıkta tahkim kapsamında yargılaması yapılabilecek olan uyuşmazlıkların çerçevesi, Sigortacılık Kanunu’nun m. 30’un ilk fıkrasında: “*Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Birlik nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulur*” şeklindeki düzenleme ile çizilmiştir. Benzer yönde Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik’in ilk maddesi de: “*Bu Yönetmeliğin amacı, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nda öngörülen tahkim sistemine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir*” biçiminde kaleme alınmıştır. Bu hükümlerden hareketle ifade edilebilir ki; sigorta şirketi ile sigorta ettiren veya menfaat sağlayan arasında, sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar, Sigortacılık Kanunu çerçevesinde -münhasır bir görev veya zorunlu tahkim hususu gündeme gelmeyecek şekilde- Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde tahkimle çözülebilecektir.<sup>3</sup>

Sigortacılık Kanunu m. 30/1 uyarınca tahkim yargılamasında, taraflardan birisi sigortacılıkta tahkim sistemine üye olan sigorta şirketi olacaktır. Ancak yine aynı maddenin aynı fıkrasında belirtilmiş olduğu üzere, mevzuat ile zorunlu tutulan sigortalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar konusunda, üye olmayan sigorta şirketleri aleyhine de Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde tahkim başvurusu yapılabilir.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Tahkime elverişlilik konusunda detaylı bilgi için bkz. Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medenî Usul Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 840; Süha Tanrıver, Medenî Usul Hukuku, Cilt 2, Yetkin Yayınları, 2021, s. 343; Süleyman Yılmaz/Gökçe Filiz Çavuşoğlu, “Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik Kavramı ve Taşınmaz Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi”, *İÜHFD*, C. 10, S. 2, 2019, s. 601, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuhfd/issue/46923/630553>, Erişim Tarihi: 07.12.2022; Gökçe Kurtulan, “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, *TBB Dergisi*, 131, 2017, s. 241 vd., <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-131-1676>, Erişim Tarihi: 07.12.2022; Mustafa Cemre Can, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk”, *Marmara Üniversitesi HFHAD*, C. 26, S. 2, 2020, s. 1351, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/58488/777630>, Erişim Tarihi: 07.12.2022.

<sup>4</sup> Sigorta şirketleri dışında; emeklilik şirketlerinin hayat sigortası yapabilmesi ve Doğal Afet Sigortaları Kurumu gibi kurumların da varlığına istinaden Kanun’un

Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde tahkim yargılamasına başlanmadan önce m. 30/13 uyarınca öncelikle ilgili sigorta şirketine başvuru yapılması gerekir. Talebin kısmen veya tamamen olumsuz sonuçlanması veya on beş gün içerisinde hiç cevap alınamaması neticesinde tahkim başvurusu yapılabilir.

## B. SİGORTACILIKTA TAHKİM SÜRECİ

Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde yürütülecek tahkim yargılaması, Sigortacılık Kanunu'nda belirtildiği üzere yalnızca “sigorta ettiren” veya “sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler” tarafından sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı aleyhine başlatılabilecektir. Ancak tahkim yoluna başvuru için Sigortacılık Kanunu m. 30/13 uyarınca özel bir başvuru (dava) şartı getirilmiştir.<sup>5</sup> Bu kapsamda, öncelikle sigorta şirketine zararın giderilmesi için yazılı başvuru yapılması gerekmektedir. Başvuran ancak başvurunun kısmen veya tamamen olumsuz sonuçlanması veya başvurudan itibaren on beş iş günü içerisinde talebe hiç cevap verilmemesi durumunda tahkim yoluna başvurulabilecektir.

TTK m. 5/A uyarınca, davaların açılmasından önce zorunlu arabuluculuk şartı öngörülmüştür. TTK kapsamında, zorunlu arabuluculuk bir dava şartı olarak öngörülmüş olmasına rağmen, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18A/18: “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” şeklindedir. Do-

---

geniş bir tanımlama alanı bulunduğuna ilişkin bkz. Yeşilova Aras/Yeşilova, Tahkim Usulü, s. 293; Acentelerin, riski üstlenen taraf olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. Özdamar, s. 846; Yaşar, s. 221; Rauf Karasu, “Sigorta Tahkim ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *TAAD*, S. 26, 2016, s. 57, <https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php>, Erişim Tarihi: 10.12.2022.

<sup>5</sup> 09.10.2020 tarih ve 31269 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi’nin 2019/40E - 2020/40K sayılı ve 17.07.2020 tarihli kararı uyarınca, “sigorta ettiren” veya “sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler”, tahkim yoluna değil de görevli ve yetkili mahkemede dava yoluna gitmek niyetinde iseler, sigorta şirketine yapılacak olan başvuru, özel dava şartı olarak kabul edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Vural Seven, “Mahkemeye-Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğunda Sunulacak Belgelerin (Özellikle Sağlık Kurulu Raporu) Dava Şartı ve Temerrüt İlişkisi”, *Hacettepe HFD*, S. 12 (Özel Sayı), 2022, s. 162 vd. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2700359>, Erişim Tarihi: 09.12.2022.

layısıyla tahkim yoluna gidilmesi öngörüldüğü zaman, bir dava şartı olarak kabul edilen zorunlu arabuluculuğa başvurulması gerekmektedir.<sup>6</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2021/3476E - 2021/3999K sayılı ve 30.06.2021 tarihli kararında da sigortacılıkta tahkim konusunda bu yönde hüküm kurmuştur.<sup>7</sup>

Başvuru sahibi tarafından, Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde yapılan başvuru ile raportör incelemesinden geçen başvuru dosyaları için öncelikle “*uyuşmazlık hakemi*”<sup>8</sup> yargılaması süreci başlatılır. Sigortacılık Kanunu m. 30/16 uyarınca hakemlere, uyuşmazlığın çözümü için dört ay süre tanınmıştır. Ancak tarafların açık ve şartsız muvafakati ile bu süre uzatılabilir. İtiraz sınırının<sup>9</sup> üzerinde kalan uyuşmazlıklar için ise yine Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde itiraz yoluna başvurulabilir. “*İtiraz hakem heyetine*” tevdi edilen uyuşmazlıklar ise m. 30/12 uyarınca iki aylık süre öngörülmüştür. Bu süre de yine tarafların açık ve şartsız muvafakati ile uzatılabilir. İtiraz hakem heyetine

<sup>6</sup> Alper Tunga Küçük, “The Issue of whether It Is Mandatory to Apply to Mediation Before Reaching The Insurance Arbitration Commission”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 1, 2022, s. 308 vd, 315 vd., <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2123041>, Erişim Tarihi: 11/12/2022; Setenay Yağmur, “Sigorta Şirketleri Açısından Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması”, Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu 11-12 Ekim 2019, Editörler: Uğur Orhan/Ece Göztepe/M. Emir Göka, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 664, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/derleme-makaleler/sigorta-sirketleri-acisindan-ticari-davalarda-zorunlu-arabuluculuk-uygulamasi-kaynakca-668-670-1/1>, Erişim Tarihi: 11.12.2022.

<sup>7</sup> Arabuluculuk Kanunu’nda “Dava Şartı Olarak Arabuluculuk” başlığı altında düzenlenen 18/A maddesinde: “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.” hükmü yer almıştır. Sigortacılık Kanunu’nun 30/13. maddesi: “Komisyona gidilebilmesi için, sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşa gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması gerekir. Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden itibaren on beş iş günü içinde yazılı olarak cevap vermemesi de Komisyona başvuru için yeterlidir” düzenlenmesine yer vermektedir. Sigorta Tahkim Komisyonu’na başvuru için dava şartı olarak sigorta şirketine başvuru şartı düzenlenmiş olup ayrıca arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığı hususu dikkate alınarak karar verilmesi gereklidir”. Yargıtay 4. HD, 2021/3476E - 2021/3999K, T. 30.06.2021.

<sup>8</sup> 28.02.2023 tarih ve 32118 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tebliğ’e göre, heyet oluşturulması için sınır elli bin Türk Lirası olarak belirlenmiştir.

<sup>9</sup> 28.02.2023 tarih ve 32118 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tebliğ’e göre, itiraz sınırı on beş bin Türk Lirası olarak belirlenmiştir.



incelenen uyuşmazlıklar, temyiz sınırının<sup>10</sup> altında ise itiraz hakem heyeti kararı ile kesinleşir.<sup>11</sup>

Dolayısıyla belirtmek gerekir ki Sigorta Tahkim Komisyonu nezdindeki tahkim yargılamalarında, itiraz sınırının üzerinde kalan uyuşmazlık hakemi tarafından verilen kararlara karşı komisyonun kendi içerisinde bir itiraz yolu öngörülmüştür.<sup>12</sup> İtiraz sınırı üzerinde kalan uyuşmazlık dosyaları için itiraz hakem heyeti tarafından yürütülen yargılama, bir nevi istinaf kanun yolu olarak değerlendirilebilecektir.<sup>13</sup> Söz konusu yargılama, uyuşmazlık hakem kararının esasına ve usulüne yönelik bir kanun yolu incelemesi gibidir. Zira 11.11.2020 tarih ve 31301 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen 2019/4E - 2020/1K sayılı ve 19.06.2020 tarihli kararı<sup>14</sup> ile bu durum netlik kazanmıştır.<sup>15</sup>

Yine Sigorta Tahkim Komisyonu bünyesinde yürütülen tahkim yargılamalarında, hakem kararlarının icraya konu edilmesi yönünden de HMK’da bulunan iç tahkimden ayrılan bir husus bulunmaktadır.

<sup>10</sup> 28.02.2023 tarih ve 32118 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tebliğ’e göre, temyiz sınırı iki yüz otuz sekiz bin yedi yüz otuz Türk Lirası olarak belirlenmiştir.

<sup>11</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 19.06.2020 tarih, 2019/4E - 2019/1K sayılı kararı ile itiraz hakem heyeti kararları için öngörülen kanun yolunun, istinaf değil temyiz olacağı belirlenmiştir. Bu konu detaylı olarak aşağıda işlenecektir.

<sup>12</sup> İtiraz yoluna ilişkin detaylı eleştiriler için bkz. Yeşilova Aras/Yeşilova, Tahkim Usulü, s. 365 vd.

<sup>13</sup> Benzer bir iç denetim/ iptal prosedürü, 02.06.1988 tarih ve 19830 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan ve 27.05.1988 tarih ve 3460 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ICSID Konvansiyonu m. 52 uyarınca öngörülmüştür. Ancak buradaki iptal prosedürü, ICSID’in karakteristik özellikleri bağlamında kendine özgü bir durum arz etmektedir. Zira ICSID Konvansiyonu m. 54 uyarınca “Rules of Arbitration”a göre verilen kararlar, taraf ülkeler için doğrudan bağlayıcı ve tanıma-tenfiz işlemine gerek duyulmaksızın uygulanabilir bir niteliği haizdir. Bu husus; ICSID Konvansiyonu Rules of Arbitration uyarınca verilen hakem kararlarının, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration m. 34, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 15 ve HMK m. 439 çerçevesinde bir iptal davasına konu edilemeyeceği anlamına gelmektedir. Kaldı ki iptal davası, itiraz hakem heyetininin yargılamasının aksine, esasa yönelik olmayıp yalnızca belli usurlara yönelik usule dair bir incelemeyi içermektedir. Detaylı bilgi için bkz. Ömer Başar, “ICSID Hakem Kararlarının İptali”, *Public and Private International Law Bulletin*, C. 39, S. 2, 2019, s. 588 vd. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/833192>, Erişim Tarihi: 09.12.2022.

<sup>14</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/11/20201111-3.pdf>, Erişim Tarihi: 09.12.2022.

<sup>15</sup> Belirtilen karar aşağıda detaylı olarak değerlendirilecektir.

6456 sayılı Kanun m. 45 ile yapılan değişiklikle, Sigortacılık Kanunu m. 30/12'ye: "...İtiraz üzerine hakem kararının icrası durur..." hükmü getirilmiştir. Dolayısıyla uyuşmazlık hakemi tarafından lehine karar verilen tarafından icra takibi başlatılmış olması halinde, aleyhine karar verilen tarafından itiraz yoluna başvurulması durumunda, başlatılan takip, kanun hükmüne istinaden kendiliğinden duracaktır. Bunun dışında herhangi bir tehir-i icra prosedürünün işletilmesine gerek bulunmamaktadır. Bu durumun aksine HMK m. 439/4: "...Hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz. Ancak taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurulabilir..." şeklinde olup sigortacılıkta tahkim uygulamasından farklı olarak iptal davası açılması durumunun kararın icrasını kendiliğinden durdurmayacağı, yalnızca tehir-i icra prosedürünün işletilmesi ile icra takibinin durdurulabileceği ifade edilmiştir.

### C. HAKEM KARARINA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

İç tahkim yargılamasında, hakem tarafından verilen karara karşı yalnızca iptal davası yoluna gidilebileceği, HMK m. 439'da düzenlenmiştir. İptal davasında, görevli ve yetkili mahkeme, tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir. İlgili madde kapsamında iptal nedenleri açıkça sayılmıştır. Sayılan iptal nedenleri ise, uyuşmazlığın esasına yönelik bir kanun yolu incelemesi gibi olmayıp daha çok usule yönelik aykırılıkları esas almaktadır.<sup>16</sup> Bu durumun nedeni madde gerekçesinde; tahkimin amacı, niteliği ve uyuşmazlık çözümündeki sürati dikkate alınarak detaylıca ifade edilmiştir.<sup>17</sup> Yine madde gerekçesinde, hakem

<sup>16</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 850; Tanrıver, s. 452; Fikret Yıldırım, "Tahkimde İptal Davası ve İptal Davasının Amaçları Bakımından Bazı Değerlendirmeler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 3010, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/373673>, Erişim Tarihi: 11.12.2022.

<sup>17</sup> "...tahkimin amacı, niteliği, tarihsel gelişimi gereği ve tahkimde sürati temin etmek için, hakem kararlarının iptali sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır. Şu husus ifade edilmelidir ki, hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesi bir iptal sebebi değildir. Tahkim, sözleşmesel bir kurumdur. Yukarıda belirtilen riskin var olduğunu düşünen taraf öncelikle tahkim yolunu seçmez. Ayrıca, tahkimde hakem veya hakemlerin seçilmesi usulü, taraf serbesisine bırakılmıştır. Uyuşmazlık konusunda, uzman kişilerin hakem seçilmesi suretiyle var olduğu düşünülen riskin de ortadan kaldırılması imkânı taraflara ta-

veya hakem kurulunun taraflarca seçilebileceği imkanının da varlığı gözetilerek konusunda uzman olan hakemlerce verilecek kararın esasına ilişkin bir incelemenin iptal davası kapsamında yapılmayacağı açıkça belirtilmiştir. Ancak, iptal sebepleri arasında yer alan kamu düzeni ve tahkime elverişlilik halleri içerik denetimi yapılmasına olanak sağlamaktadır.<sup>18</sup> Bunun dışında, taraflar anlaşarak iptal sebeplerini genişletemezler, yeni bir iptal sebebi öngöremezler veya esasa ilişkin denetim yapılmasına karar veremezler.<sup>19</sup> İptal nedenleri çerçevesinde bölge adliye mahkemesi tarafından yapılacak olan yargılama sonucunda verilecek olan karar, HMK m. 439/6 uyarınca temyiz yoluna tabidir. Ayrıca HMK m. 443 uyarınca, yargılamanın iadesine ilişkin hükümler, uygun düştüğü ölçüde, iç tahkimde de uygulama alanı bulmaktadır.

İptal davası bakımından dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, tahkim yoluyla çözülen uyuşmazlığın miktarının herhangi bir önem arz etmemesidir. Bir diğer ifadeyle, iptal davası yoluna başvurulması için miktar bakımından bir alt sınır bulunmamaktadır. Kaldı ki yukarıda açıklandığı üzere, iptal davasının hukuki niteliği gereği esasa yönelik bir inceleme yapılmadığından, herhangi bir miktar sınırı gözetmenin de bir önemi bulunmamaktadır.

HMK m. 439'da bahsedilen ve hakem kararlarına karşı gidilebilecek tek yol olarak ifade edilen iptal davası, Sigortacılık Kanunu m. 30 kapsamında düzenlenen sigorta tahkim yargılamasında uygulanmamaktadır. Bu noktada, sigortacılıkta tahkimin iç tahkimden ayrıldığı bir husustan bahsedilebilir. Sigortacılık Kanunu m. 30/12'de itiraz hakem heyeti tarafından verilen karara karşı başvurulabilecek kanun yolu belirtilmiştir. İlgili kanun maddesi uyarınca, temyiz sınırı üzerinde kalan uyuşmazlıklar için, itiraz hakem heyeti tarafından verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir.

İtiraz hakem kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yolunun, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete başladığı 20.07.2016 tarihinden sonra, istinaf kanun yolu mu yoksa temyiz kanun yolu mu olduğuna

nınmıştır". Gerekçenin tam metni için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>, Erişim Tarihi: 11.12.2022.

<sup>18</sup> Tanrıver, s. 452.

<sup>19</sup> Tanrıver, s. 452.

dair Yargıtay 11 ve 17. Hukuk Daireleri arasında görüş ayrılığı yaşanmıştır. Bu husustan doğan görüş ayrılıklarının giderilmesi konusunda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından 2019/4E - 2020/1K sayılı ve 19.06.2020 tarihli,<sup>20</sup> kapsamlı bir içtihadı birleştirme kararı verilmiş ve görüş aykırılıkları ortadan kaldırılmıştır. Kararda, sigorta tahkimdeki uygulamanın, istisnai bir durum olan “*atlamalı temyize*” örnek teşkil ettiğinden bahisle, kanun koyucunun istinaf kanun yolunu öteleyerek kendine özgü itiraz ve temyiz sistemini kurduğu ve “*hak arama özgürlüğü*” çerçevesinde temyiz sınırının üzerindeki uyuşmazlıklar için temyiz kanun yolunu açık tuttuğu kabul edilerek itiraz üzerine verilen kararların temyiz yoluna tabi olacağına hükme-dilmiştir.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=ibgk-2019-4.htm&kw=2019/4&cr=yargitay#fm>, Erişim Tarihi: 12.12.2022.

<sup>21</sup> “...Esasen sigorta tahkiminin genel karakteristik yapısı, kapsamı, işleyişi, öngör-düğü kurumsal yapı bakımından da HMK’nın 407. ve devamı maddelerinde düzenlenen iç tahkimden farklı olması, istinaf kanun yolunun uygulanması hâlinde HMK’nın 439. maddesindeki istinaf kanun yolunda hakem kararlarının iptali nedenleri olarak öngörülen nedenler ile 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 30. maddesinde düzenlenen temyiz nedenlerinin farklı olması karşısında kanunların çatışması ve hangi hükümlerin uygulanacağı sorununu ortaya çıkaracağı gibi dört aşamalı bir inceleme sonucunu doğuracaktır.

Bu durumda kanun koyucunun gerekçe kısmında açıkça belirttiği, sigorta sözleş-mesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların hızlı, çabuk ve ekonomik bir şekilde ve bu için uzmanlarınca çözümünü imkân ve ihtimali ortadan kalkacaktır.

6100 sayılı HMK’nın “genel kanun”, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun ise “özel kanun” olduğu hususu hiçbir kuşku ve duraksamaya yol açmayacak ölçüde açıktır. Bu şekilde bir özel düzenleme varken genel yollama kuralının uygulanması ise hukuk metodolojisi ile de bağdaşmayacaktır.

Bu konuda ilgili maddenin sonraki düzenlemelerinde kanun koyucunun istinaf kanun yolunu esastan ve içerik olarak da denetime tabi tutmak amacıyla kasten ve özellikle devre dışı bıraktığı, kendi özel itiraz ve temyiz sistematiğini kurduğu belirgindir.

İstisnai bir düzenleme olan bu durum öğretide “*atlamalı temyiz*” olarak isimlendirilerek, istinaf incelemesi yapılmadan doğrudan temyize tabi işlere örnek gösterilmektedir.

Kanun koyucunun istinaf incelemesi yerine itiraz hakem heyeti incelemesini tercih ettiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi ile bağlantılı olan ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 36. maddesinde güvence altına alınan “hak arama özgürlüğünü” korumak bakımından belirli miktarların üzerindeki uyuşmazlıklara karşı temyiz kanun yolunu açık tuttuğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 30. maddesi ile kurulan Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyetinin bölge adliye mahkemelerinin faaliyete başladığı 20.07.2016 tarihinden sonra itiraz üzerine verilen kararları temyiz kanun yoluna tabidir...”

Dolayısıyla itiraz incelemesinden sonra temyiz kanun yoluna tabi olan kararlar, Yargıtay ilgili dairesi tarafından ele alınarak incelenecektir. Yapılacak olan bu inceleme, daha önce bahsetmiş olduğumuz iç tahkimdeki iptal davasından daha farklıdır. Yargıtay tarafından yapılacak olan temyiz incelemesi, yerel mahkemelerdeki temyiz kanun yolu gibi olacaktır. Bu durum, sigortacılıkta tahkimin, iç tahkimden ayrılan karakteristik özelliklerindedir. Dolayısıyla şu sonuca varılabilir ki, Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde uyuşmazlık ve itiraz hakem heyeti tarafından yürütülen yargılamada, uyuşmazlık temyiz sınırının üzerinde ise, içtihadı birleştirme kararına göre, ilk derece ve istinaf mahkemeleri aşamaları tüketilmişçesine, bunlar atlanarak doğrudan temyiz yoluna başvurulabilecektir.

Temyiz yoluna başvuru hakem kararları hakkında, Yargıtay ilgili dairesi tarafından bozma kararı verilmesi halinde, karar tekrar itiraz hakem heyetine gönderilir. Aşağıda, Yargıtay ilgili dairesi tarafından bozulan hakem kararının itiraz hakem heyetine gönderilmesi üzerine, itiraz hakem heyetinin vermiş olduğu kararda direnme direneceği incelenecektir.

## II. SİGORTACILIKTA TAHKİMDE DİRENME KARARI

### A. TAHKİM YARGILAMASINDA HAKEMLERİN DİRENME KARARI

Temyiz kanun yolu kapsamında Yargıtay ilgili dairesi tarafından yapılan inceleme sonucunda onama, düzelterek onama ve bozma kararı verilebilir. Bozma kararı üzerine dosya ilgili mahkemesine gönderilir. Mahkeme tarafından, bu aşamada iki türlü karar verilebilir: Bunlardan ilki bozmaya uyma, diğeri ise direnme kararıdır.

Direnme kararı, HMK'da temyiz bölümündeki hükümler içerisinde m. 373/5'te düzenlenmiştir. Terminolojik olarak direnme kararı; mahkeme tarafından verilen ve Yargıtay ilgili dairesince bozulan kararın, doğru ve isabetli olduğu düşüncesiyle, mahkemenin kendi kararında ısrar etmesidir. Direnme kararı, bozmaya uyma kararı gibi ara kararı niteliğinde değil, nihai karar niteliğini haiz ve özünde eski kara-

rın tekrarı olmasına rağmen şeklen yeni bir karardır.<sup>22</sup> Direnilen karar için, taraflarca temyiz yoluna başvurulmadığı takdirde karar kesinleşir.<sup>23</sup> Ancak taraflarca temyiz yoluna başvurulur ise karar yine bozma kararını veren aynı daireye gidecektir. Daire, direnme kararını yerinde görürse, kararını buna göre değiştirecektir. Ancak direnme kararı, ilgili Yargıtay dairesi tarafından yerinde görülmezse, dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na gönderilir. HMK m. 373/7 uyarınca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen karara uyulmak zorunludur.

Mülga 1086 sayılı HUMK m. 533 uyarınca, hakem kararlarına karşı başvurulacak yol olarak temyiz kanun yolu benimsenmiştir. Dolayısıyla mülga kanun döneminde, hakem kararlarına karşı iptal davasından bahsedilemez. Ancak madde içeriği incelendiğinde ise yine hakem kararlarının esasına yönelik bir inceleme değil, biçimsel bir incelemenin varlığı gözlemlenebilecektir. Bu noktada ise Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 1993/4E - 1994/1K sayılı ve 28.01.1994 tarihli kararının<sup>24</sup> değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır. Bu kararda Yargıtay; tahkim sözleşmesinde taraflarca uyuşmazlığa uygulanacak hukukun seçilmesi durumunda, seçilen bu hukuka hakemler tarafından aykırı davranılarak karar verilmesi halini, HUMK m. 533/3 uyarınca bir tür yetki dışına çıkma olarak kabul etmiştir.<sup>25</sup> Buradan hareketle, tahkim sözleşmesi ile uygulanması kararlaştırılan maddi hukuk kurallarına hakemlerce uyulmaması hali de bir temyiz nedeni olarak kabul edilmiştir.<sup>26</sup> Dolayısıyla bu kurallara uyulmadığı hususu taraflarca temyiz nedeni olarak ileri sürülebileceği ve Yargıtay ilgili dairesi tarafından da bu talebin mahkeme kararları gibi temyizen

<sup>22</sup> Tanrıver, 104.

<sup>23</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 693.

<sup>24</sup> <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ictihatleri-birlestirme-hgk-e-1993-4-k-1994-1-t-28-01-1994>, Erişim Tarihi: 13.12.2022.

<sup>25</sup> "...Özellikle hakemlerce, İçtihadı Birleştirmenin konusunu oluşturan veya uyuşmazlıkta uygulanması öngörülen maddi hukuk kuralları bir yana bırakılarak karar verilmesi veya bu kurallara aykırı karar oluşturulması da bir tür yetki dışına çıkılması sayılmalıdır..." Yargıtay İBHGK 1993/4E - 1994/1K, T. 28.01.1994.

<sup>26</sup> "...Hal böyle olunca, hakem sözleşmesi veya şartının taraflarına, bu sözleşme veya şartla öngörülen maddi hukuk kurallarına uyulmaması halini, hakem kararları bakımından bir temyiz nedeni olarak kabul etmek gerekir..." Yargıtay İBHGK 1993/4E - 1994/1K, T. 28.01.1994.

incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>27</sup> Tüm bunlardan hareketle, sonuç olarak: “...Yukarıda açıklanan nedenlerle, taraflar, tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin, uyuşmazlığı maddi hukuk kurallarına göre çözümlemelerini öngördükleri taktirde, hakemlerin bu kurallar çerçevesinde karar vermek zorunda olduklarına, aykırı karar vermenin temyiz sebebi oluşturacağına...” karar verilmiştir. Bu karara dayanılarak, özellikle Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından, seçilen maddi hukuk uyarınca işin esasına girilmek suretiyle çok sayıda karar verilmiştir.<sup>28</sup>

Mülga HUMK döneminde verilen bu içtihadı birleştirme kararı çerçevesinde, Yargıtay ilgili dairesi tarafından yapılan temyiz incelemesi sonucu verilen bozma kararı üzerine hakemlerin hangi kararları verebileceği hususu tartışılmıştır. Zira yukarıda ifade edildiği üzere, bozma kararından sonra mahkemeler tarafından verilebilecek iki türlü karar olup bunlardan birisi bozmaya uyma, diğeri ise direnme kararıdır. Bu noktada hakemlerin de mahkemeler gibi direnme kararı verip veremeyeceği gündeme gelmiştir.

Daha eski tarihli olan ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından verilen 1972/2E - 1972/12K sayılı ve 23.10.1972 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı,<sup>29</sup> hakemlerin direnme kararı verip veremeyeceği konusunda önem arz etmektedir. Verilen kararda, HUMK m. 533'te sayılan temyiz sebeplerinin ilki dışında kalan sebeplerden birine dayanılarak bozma kararı verildiği takdirde, bozmadan sonra hakemler, sadece bozulan kısım ile ilgili yargılama yapmak zorunda olduğu, bozma dışında kalan ve lehine karar verilen taraf için usulü müktesep

<sup>27</sup> “...Hakemlerin öngörülen bu maddi hukuk kurallarına uymadığı hususu tarafların herhangi biri tarafından ileri sürülerek bir temyiz nedeni yapılabilir. Ve bu temyiz isteminin de Yargıtay’ca mahkeme kararları gibi temyizen incelenmesi gerekir...” Yargıtay İBHGK 1993/4E - 1994/1K, T. 28.01.1994.

<sup>28</sup> Yargıtay HGK 1995/15-111E - 1996/302K, T. 24.04.1996; Yargıtay 15. HD, 2015/4261E - 2016/354K, T. 21.01.2016; Yargıtay 15. HD, 2015/2280E - 2015/4009K, T. 07.07.2015; Yargıtay 15. HD, 2015/1149E - 2015/3897K, T. 02.07.2015; Yargıtay 15. HD, 2015/1158E - 2015/3898K, T. 02.07.2015; Yargıtay 15. HD, 2013/3837E - 2013/5411K, T. 03.10.2013; Yargıtay 15. HD, 2010/370E - 2010/2504K, T. 29.04.2010; Yargıtay 15. HD, 2007/2163E - 2007/5035K, T. 20.07.2007; Yargıtay 15. HD, 2004/5489E - 2005/3141K, T. 24.05.2005, <https://www.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi: 13.12.2022.

<sup>29</sup> <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=ibgk-1972-2.htm&kw=`1972/2`&cr=yargitay#fm>, Erişim Tarihi: 13/12/2022.

hak teşkil eden hususlar hakkında tekrar karar verilemeyeceği ifade edilmiştir.<sup>30</sup> Ancak kararda, hakemlerin direnme kararı verip veremeyeceği yönünde bir açıklık bulunmamaktadır.<sup>31</sup>

Bu içtihadı birleştirme kararı temel alınarak verilen ve hakemlerin direnemeyeceği sonucuna ulaşılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu<sup>32</sup> kararları bulunmaktadır.<sup>33</sup> Bu kararlara temel gerekçe olarak ise; HUMK m. 429 uyarınca direnmenin mahkemelere ait bir hukuksal kurum olduğu, hakemlik müessesesinin kanunda ayrı bir kısım olduğu ve bu kısımda direnmeye yollama yapılmadığı gösterilmiştir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2005/15-728E - 2006/1K sayılı ve 25.01.2006

<sup>30</sup> “Hakem kararı HUMK 533. maddesinin 1. bendine göre bozulmuşsa tahkim sözleşmesi artık sona erer. Bu takdirde, taraflar bundan sonra, hakeme değil, vazifeli ve salahiyetli mahkemeye gitmek zorundadırlar. Şayet, hakem kararı söz konusu maddenin diğer bentlerine göre bozulmuşsa, o zaman taraflar hakemleriyle tahkim süresini yeniden tespit ve tayin ederler. (HUMK m. 533/son fıkra) Zira, hakemler kendilerine intikal eden uyuşmazlığı nihai karara bağlamak suretiyle kazai yetkilerine son vermiş olurlar. Hakem kararı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533. maddesinin birinci bendi dışında kalan diğer üç sebepten herhangi birisiyle bozulmuşsa, bozmadan sonra seçilen hakemler ki bunlar eski hakemler de olabilirler, artık bozmanın kapsamı içinde kalmak, sadece bozulan kısım ile ilgili hususta inceleme yapıp karar vermek zorunluğundadır. Lehine karar verilen taraf için “usulü müktesep hak” teşkil eden yönleri tekrar tetkik edemezler ve bu hususlarla ilgili herhangi bir karar da veremezler. Ancak, Yargıtayın bozması hakemin bitaraf olmaması halinde (HUMK m. 521) veya hakemin ehliyet-sizliğine (HUMK m. 519) dair ise, ancak o taktirde yeni seçilen hakemler bozma kararının kapsamı dışına çıkarak, dava konusu uyuşmazlığın tümünü yeniden inceleyip bir karara bağlarlar”; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt: IV, 5. Baskı, Evrim Yayıncılık, 1991, s. 4100.

<sup>31</sup> Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt: VI, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, 2001, s. 6116.

<sup>32</sup> Yargıtay HGK 1995/15-111E - 1996/302K, T. 24.04.1996; Yargıtay HGK 2005/15-728E - 2006/1K, T. 25.01.2006, <https://www.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi: 13.12.2022.

<sup>33</sup> Mehmet Rifat Bacanlı, “Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak İstanbul Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (ISTAC) Tahkim Yargılamasında Delillerin İbrazı ve Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 8, 2016, s. 89, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/271162>, Erişim Tarihi: 13.12.2022; İnci Biçkin, “Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması”, *TBB Dergisi*, S. 67, 2006, s. 393, dipnot 70, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-67-282>, Erişim Tarihi: 13.12.2022; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt: V, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, s. 4704, Baki Kuru tarafından, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’na (HGK) göre, hakem kararının bozulması üzerine yeni seçilen hakemler, Yargıtay’ın bozma kararına karşı direnemezler. HGK’nın bu görüşüne katılmıyorum; bu konu, ileride incelenecektir” ifadelerine yer verilmiş olup HGK kararına dayanan “hakemlerin direnme kararı veremeyeceği” hususunda görüş değişikliğine gidilmiştir. Bu konuya aşağıda değinilecektir.



tarihli kararında, daha önce açıklamış olduğumuz Yargıtay İctihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 1993/4E - 1994/1K sayılı ve 28.01.1994 tarihli kararından bahsetmiş ve: "...Her ne kadar, yukarıda içeriği açıklanan 23.10.1972 gün ve 1972/2 E. 1972/12 K. sayılı içtihadın 28.01.1994 tarih ve 1993/4 E. 1994/1 K. sayılı Yargıtay İctihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı ile ortadan kalktığı, hakemlere direnme olanağı getirdiği yönünde görüşlere öğretilde yer verilmekte ise de; bu görüşe katılma olanağı bulunmamaktadır..." ifadesine yer vermiştir.<sup>34</sup> Dolayısıyla iptal sebeplerini esas incelemesi yönünde genişleten bu içtihadı birleştirme kararının, hakemlerce direnme kararı verilebileceği yönünde bir algı yarattığından bahsetmek mümkündür.<sup>35</sup>

Yine bu doğrultuda; HGK'ya göre, yeni seçilen hakemlerin bozma kararından sonra direnme kararı veremeyecekleri ileri sürülmüş idiyse<sup>36</sup> de, bu konuda doktrinde bazı görüş değişikliklerine gidilmiştir.<sup>37</sup> Buna gerekçe olarak ise, HUMK m. 533'te hakem kararlarına karşı temyiz yoluna gidilebileceğinin belirlenmiş olması, bu durumun 28.01.1994 tarihli İctihadı Birleştirme Kararı ile genişletilmesi, hakem kararlarında temyize ilişkin özel hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanması gerektiği, HUMK'ta hakemlerin direnme kararı veremeyeceklerine ilişkin özel bir hüküm bulunmaması, dolayısıyla hakemlerin de direnme kararı verebileceği ve eğer hakemlerin direnme kararı önlenmek isteniyorsa özel bir hükmün bulunması ge-

<sup>34</sup> "...Zira, 28.01.1994 tarih ve 4/1 sayılı içtihadı birleştirme kararı sadece, "Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi hükmünde yer alan akit serbestisi (Tahkim sözleşmesi) ilkesi çerçevesinde, tarafların maddi hukuk kurallarına göre hakemlerin karar vermelerini kararlaştırmış olmaları halinde Yargıtay ilgili dairesinin tarafların iradeleri doğrultusunda hakemlerin maddi hukuk kurallarına göre karar verip vermediklerini inceleyeceği" kuralını hükme bağlamıştır. Görülmektedir ki; 28.01.1994 tarih ve 1993/4-1994/1 sayılı içtihat, 23.10.1972 tarih ve 2/12 sayılı içtihadı birleştirme kararında açıklanan hukuki esasları ortadan kaldırmamış, onunla çelişen ve onun gücünü azaltan yeni bir ilke de getirmemiş; hakemlerin direnme kararı verebilecekleri yönünde bir kabul de ortaya koymamıştır. Şu durum karşısında gerek açıklanan yasal düzenlemeler ve gerekse içtihadı birleştirme kararlarına kanun gibi uyulması yasal zorunluluğu altında; 23.10.1972 tarih 2/12 sayılı içtihadı birleştirme kararında açıklandığı üzere hakemlerin Yargıtay bozma kararı doğrultusunda karar vermek zorunda oldukları ve direnme kararı veremeyecekleri sonucuna varılmaktadır..."

<sup>35</sup> Kuru, Cilt: VI, s. 6115.

<sup>36</sup> Kuru, Cilt: IV, s. 4100.

<sup>37</sup> Kuru, Cilt: VI, s. 6111.

rektiği gösterilmiştir.<sup>38</sup> Tüm bunlara ek olarak, 28.01.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun seçilmesi halinde, hakemlerin de maddi hukuka göre karar verecek olması ve temyiz yoluna gidilmesi durumunda, ilgili Yargıtay dairesince maddi hukuk denetiminin yapılmasının da mahkemeler ile hakemler arasındaki farkı ortadan kaldırdığı ileri sürülerek hakemlerin direnme kararı verebilmesi savunulmuştur.<sup>39</sup> Ayrıca, 23.10.1972 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, hakemlere direnme kararı verme yolunun kapatıldığı yönünde açık bir hüküm bulunmadığı ve bu nedenle bozma kararına uyma zorunluluğu konusunda bir bağlayıcılık olmadığı belirtilmiştir.<sup>40</sup>

Sigortacılıkta tahkim kapsamında verilen hakem kararlarına karşı, Sigortacılık Kanunu'nda belirtildiği ve 19.06.2020 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da hükme bağlandığı üzere temyiz kanun yoluna gidilebilecektir. Dolayısıyla temyiz incelemesi sonucunda verilen bozma kararı hakkında hakemlerin direnme kararı verip veremeyeceği konusunda, yukarıda HUMK dönemindeki uygulamalar da dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

## B. SİGORTACILIKTA TAHKİMDE DİRENME KARARI

Sigortacılık Kanunu m. 30/12 uyarınca, Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde yapılan sigortacılık tahkiminde verilen kararlar için temyiz kanun yolu, "...Kırk bin Türk Lirasının üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında itiraz üzerine verilen kararlar için temyize gidilebilir. (Değişik cümle: 13/6/2012-6327/58 m.) Ancak, tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmiş olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan konularda karar vermesi ve hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi durumlarında her hâlükârda temyiz yolu açıktır. Temyize ilişkin usul ve esaslar hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır" şeklinde düzenlenmiştir.

Temyiz kanun yoluna ilişkin ilgili madde incelendiğinde, temyiz incelemesine gidilebilmesi için iki farklı hususa değinildiği görülmektedir. Bunlardan ilki; öngörülen parasal sınırın üzerinde kalan

<sup>38</sup> Kuru, Cilt: VI, s. 6111 - 6115.

<sup>39</sup> Kuru, Cilt: VI, s. 6115.

<sup>40</sup> Kuru, Cilt: VI, s. 6116.

uyuşmazlıklardır. Bu uyuşmazlıklar için temyiz kanun yolu öngörül-müştür. İkinci olarak ise, belli başlı birtakım hukuka aykırılıklar konu-sunda, miktar sınırına bakılmaksızın temyiz yoluna başvurulabilecek olmasıdır. Bunlar; sürenin sona ermiş olmasından sonra karar verilme-si, talep aşımı, yetki aşımı ve adil yargılanmaya bağlı olarak tarafların iddiaları hakkında karar verilmemesi durumlarıdır. Dikkat etmek ge-rekir ki; ikinci olarak belirtmiş olduğumuz durumlar, HMK m. 439'da öngörülen iptal sebeplerine benzerlik göstermektedir.

Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde yürütülen yargılama aşama-larına ilişkin yukarıda detaylı bilgi verildiği için bu noktada yalnızca itiraz hakem heyeti kararlarına karşı<sup>41</sup> başvurulacak kanun yolu üze-rinden bir inceleme yapılacaktır.

Değnilmesi gereken bir diğer önemli husus da Sigortacılık Kanu-nu m. 30/12 içinde yer alan: "...Temyize ilişkin usul ve esaslar hakkın-da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır." ibaresidir. Buradaki temyiz kurumunun, HUMK m. 533 kapsamında kalan bir temyiz mi, yoksa HUMK m. 427 ve devamı (HMK m. 361 vd.) maddeleri uya-rınca temyiz mi olduğu konusunda birtakım değerlendirmeler yapı-labilir.<sup>42</sup> Bu noktada Sigortacılık Kanunu'nun ilk metnine bakmakta fayda bulunmaktadır. 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sigortacılık Kanunu m. 30/12'de temyize ilişkin kısım şu şekildedir: "...Kırk bin Türk Lirasının üzerindeki kararlar için temyize gidi-lebilir. Her halükârda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 533. maddesi hükümleri saklıdır. Temyize ilişkin usul ve esaslar hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır".

<sup>41</sup> Uyuşmazlık hakemi kararı hakkında, itiraz hakem heyeti yargılaması atlanarak, doğrudan temyize gidilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Yeşilova Bilgehan/Yeşi-lova Aras Ecehan, "Sigortacılıkta Tahkim Kararları ve Kanun Yolları (Sigortacılık Kanunu m. 30)", Sigorta Hukuku Sempozyumları, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 549, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/derleme-makaleler/sigortacilikta-tahkim-kararları-ve-kanun-yolları-sigortacılık-kanunu-m-30-sigortacilikta-tahkim/1>, Erişim Tarihi: 15.12.2022.

<sup>42</sup> Ali Cem Budak, "Sigortacılıkta Tahkim Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", *YÜHFD*, C. 8, S. 1, 2016, s. 125 vd., [https://www.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/hukuk\\_dergi/YUHFD-XIII-1-20-YIL-ARMAGANI.pdf#page=137](https://www.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/hukuk_dergi/YUHFD-XIII-1-20-YIL-ARMAGANI.pdf#page=137), Erişim Tarihi: 15.12.2022; Tuğba Semerci Vuraloğlu, "5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu'nda Yer Alan Tahkim Hükümleri ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda-ki Tahkim Hükümlerinin Karşılaştırılması", *YÜHFD*, C. 8, S. 2, 2016, s. 301 vd., [https://www.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/hukuk\\_dergi/YUHFD-XIII-2-20-YIL-ARMAGANI.pdf#page=285](https://www.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/hukuk_dergi/YUHFD-XIII-2-20-YIL-ARMAGANI.pdf#page=285), Erişim Tarihi: 15.12.2022.

Maddenin ilk halinde, sınırın üzerinde kalan kararlar için temyiz yoluna gidilebileceği ve herhangi bir parasal sınır gözetilmeksizin her halükârda HUMK m. 533 anlamında temyiz yolunun da hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Sigortacılık Kanunu'nun, hakem kararlarını<sup>43</sup> esas olarak HUMK m. 427 ve devamı maddeleri uyarınca temyiz kanun yoluna tabi tuttuğu görülebilecektir. HMK'nın yürürlüğe girmesi ile bu kabul iyice pekişmiş olup maddede yine esas olarak HMK m. 361 ve devamı maddeleri kapsamında temyiz kanun yolu öngörülmüş ve mülga HUMK m. 533 kapsamı son cümlede bu sefer atıfla değil doğrudan belirtilmiştir.

Bunun yanında, Sigortacılık Kanunu'nun, HMK'ya göre özel kanun niteliğinde olması nedeniyle de m. 30/12 kapsamında gidilebilecek kanun yolu, temyiz kanun yoludur.<sup>44</sup> Sigortacılıkta tahkim yargılaması sonrasında, iptal davası açmanın mümkün olmayıp temyiz kanun yoluna başvurulması gerektiğine ilişkin çok sayıda Yargıtay kararı da mevcuttur.<sup>45</sup> Zira HMK'nın hakem kararları için öngördüğü iptal davası uygulaması yerine temyiz yolunun işletilmesi özel olarak tercih edilmiştir.<sup>46</sup> Buna ek olarak, itiraz hakem heyetinin vermiş olduğu kararlara ilişkin kanun yolu, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından 2019/4E - 2020/1K sayılı ve 19.06.2020 tarihli kararında da belirtilmiş ve temyiz kanun yolunun uygulanacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla sigortacılıkta tahkimde, itiraz hakem heyeti tarafından verilen karara karşı gidilebilecek kanun yolunun HMK m. 361 ve devamı maddeleri kapsamında temyiz olduğu konusunda artık bir şüphe kalmamıştır. Buna karşın, temyiz incelemesi sonrasında verilebilecek olan bozma kararı üzerine, itiraz hakem heyeti tarafından HMK m. 373/5 uyarınca direnme kararı verilip verilemeyeceği hususunda açık bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Bu noktada, HMK m. 447/2'ye dikkat çekmekte fayda bulunmaktadır. İlgili madde uyarınca, mevzuatta 1086 sayılı mülga HUMK'a yapılan yollamalar, HMK'nın karşılık gelen ilgili maddesine yapılmış sayılmaktadır. Sigortacılık Kanunu m. 30/12 kapsamında, itiraz üzerine

<sup>43</sup> Sigortacılık Kanunu'nun ilk halinde uyuşmazlık hakemi ve itiraz hakem heyeti ayrımı bulunmamaktadır.

<sup>44</sup> Bağatur/Öge, s. 66.

<sup>45</sup> Semerci Vuraloğlu, dipnot 107, s. 302.

<sup>46</sup> Yeşilova/Yeşilova Aras, Kanun Yolları, s. 549.

verilecek kararlar için temyize gidilebileceği ve temyize ilişkin usul ve esaslar hakkında HUMK uygulanacağı belirtilmiştir. Temyize ilişkin usul ve esaslar HMK'da Sekizinci Kısım, İkinci Bölümde düzenlenmiştir. Direnme kararına ilişkin HMK m. 373 de bu bölümde yer almaktadır. Sigortacılık Kanunu m. 30/12'de, temyiz usul ve esaslarına ilişkin HUMK'a yapılan yollama kapsamında, HMK m. 447/2 hükmü uyarınca, direnme kararına ilişkin hüküm de dahil olmak üzere, HMK'nun temyize ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağı ileri sürülebilir. Dolayısıyla bu noktada, itiraz hakemi tarafından verilen kararlar hakkında, Yargıtay ilgili dairesi tarafından bozma kararı verilmesi halinde, itiraz hakem heyetinin HMK m. 373/5 uyarınca direnme kararı verebileceği ifade edilebilir.

Ayrıca Sigortacılık Kanunu m. 30/23 uyarınca, Sigortacılık Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde HUMK hükümlerinin, sigortacılıktaki tahkim hakkında da kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Sigortacılıkta tahkime ilişkin mevzuatta direnme kararının verilemeyeceği yönünde herhangi bir düzenleme bulunmadığından; HMK'da yer alan direnme kararına ilişkin hükümlerin, sigortacılıkta tahkime de kıyasen uygulanacağı kabul edilebilir.

Diğer taraftan; öğretilerde itiraz hakemlerinin, direnme kararı veremeyeceğine ilişkin -açık gerekçe gösterilmemiş olsa dahi- bazı görüşler de mevcuttur.<sup>47</sup> Ayrıca Sigorta Tahkim Komisyonu bünyesinde verilen bazı hakem kararlarında da itiraz hakemlerinin direnme hakkının bulunmadığına değinilmiştir.<sup>48</sup> Ancak bu kararlar 23.10.1972 tarihli İctihadı Birleştirme Kararı'ndan hareket edilerek verilen HGK kararlarına dayanmaktadır.

Yargıtay HGK 2018/ (17) 4-686E – 2021/1318K sayılı ve 02.11.2021 tarihli kararda da bu konu ele alınmıştır. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi,

<sup>47</sup> Işıl Ulaş, "Sigortacılıkta Tahkim", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 24, S. 2, 2007, s. 263, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/batider-makaleler/sigortacilikta-tahkim-sigortacilikta-tahkim-239-241/1>, Erişim Tarihi: 15.12.2022. Işıl Ulaş, Sigortacılıkta Tahkim Hukuku, Turhan Kitabevi, 2022, s. 53.

<sup>48</sup> 23.12.2021 tarih ve K-2021/193678 Sayılı Hakem Kararı, Sigorta Tahkim Komisyonu, *Hakem Karar Dergisi*, 48 (Ekim-Aralık), 2021, s. 43-52, <http://www.sigortatahkim.org/files/karardrgs48.pdf>, Erişim Tarihi: 16.12.2022; 26.07.2022 tarih ve K-2022/168563 Sayılı Hakem Kararı, Sigorta Tahkim Komisyonu, *Hakem Karar Dergisi*, 51 (Temmuz-Eylül), 2022, s. 5-8, <http://www.sigortatahkim.org/files/karardrgs51.pdf>, Erişim Tarihi: 16.12.2022.

2013/10437E - 2014/947K sayılı ve 03.02.2014 tarihli bozma kararı verilmiştir. Bu karar üzerine itiraz hakem heyeti tarafından KT-2014/25 sayılı ve 29.09.2014 tarihli direnme kararı verilmiştir. İtiraz hakem heyeti gerekçesinde, Sigortacılık Kanunu m. 30/23'ten hareketle kıyasen, HMK'da bulunan direnme hakkını kullanabileceğini belirtmiş ve bu çerçevede itiraz hakem heyeti tarafından kararda direnilmiştir. Yargıtay HGK tarafından öncelikle, sigorta tahkimde hakem heyetince direnme kararı verilir verilemeyeceği hususu ön sorun olarak incelenmiştir. Bu konuda Yargıtay tarafından; direnme kararının ilk derece ve istinaf mahkemelerinin tekelinde olduğu ve Yargıtay Kanunu m. 15'te yalnızca mahkemeler tarafından verilen direnme kararının HGK tarafından incelenebileceği hususlarından bahsedilmiştir. Hakemlerin direnmesinin mümkün kabul edilmesi durumunun; uyuşmazlığın hızlı çözümü için mahkeme yargılamasından vazgeçilerek alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun benimsenmesine aykırılık teşkil edeceği ifade edilmiştir. Yine direnmenin kabul edilmesi halinin, Sigortacılık Kanunu kapsamında da sigorta uyuşmazlıklarının adil, hızlı ve az maliyetli çözülerek sigortacılık sektörüne duyulan güvenin artırılması amacına da aykırı olacağı belirtilmiştir. Ayrıca 23.10.1972 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına atıf yapılarak hakem kararlarına karşı tarafların, HUMK uyarınca karar düzeltme yoluna dahi başvuramayacakları belirtilerek direnme kararı da verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Tarafların, sigortacılıkta tahkim yargılamasını seçmesinin nedenlerinden birisi hızlı bir şekilde sonuca ulaşmak olsa dahi, esas olarak adil bir çözüme ulaşmak temel gayedir. Mahkeme tarafından yapılan yargılamada olduğu gibi hakem yargılamasının da amacı adaletin sağlanması olmalıdır. Sigortacılıkta tahkimde, hızlı ama adil olmayan kararlar verilmesi gibi bir durum zaten kabul edilemez. Dolayısıyla itiraz hakemlerinin vermiş olduğu kararın temyiz yoluna götürülmesi ile esasa ilişkin inceleme yapan Yargıtay'ın vereceği bozma kararına karşı hakemlerin, adil ve doğru olduğunu düşündükleri şekilde kendi kararlarında direnmesi adaletin sağlanması için önem arz etmektedir. Kaldı ki temyiz incelemesi sırasında, esasa ilişkin olarak inceleme yapılarak bozma kararı verildikten sonra itiraz hakem heyetini, verilen bozma kararına uymakla mükellef görmek, tarafların uyuşmazlığı Sigorta Tahkim Komisyonu bünyesinde sigorta hakemleri tarafından çözülmesi iradesine de aykırılık teşkil edeceği ifade edilebilir. Zira her

ne kadar ilk yargılama hakemlerce yapılmış olsa da bozma kararından sonra, bozma kararında işaret edildiği şekilde hakemler tarafından yargılama yapılması söz konusu olacaktır.

Ayrıca, mevzuatta sigorta hakemleri ve itiraz hakemlerinin sahip olması beklenen nitelikler açıkça belirtilmiştir. Buna göre, sigortacılıkta tahkimde uyumsuzluk veya itiraz hakemi olabilmek için sigortacılık ve sigorta hukuku konularında uzmanlaşma kriteri bulunmaktadır. Bununla aynı doğrultuda, Sigortacılık Kanunu m. 30/24 uyarınca, sigorta uyumsuzluklarının iç tahkimde görülmesinde dahi hakemlerin mevzuatta belirtilen şartları sağlaması gerekliliği aranmıştır. Özellikle itiraz hakemleri için bu uzmanlaşma kriteri daha da ağırlaştırılmıştır. Uygulamada listeye kayıtlı itiraz hakemleri arasında akademisyenler, emekli hakimler, istinaf mahkemesi ve Yargıtay üyeleri de bulunmaktadır ki bu kişiler alanında uzmanlaşmış ve tecrübe sahibidirler. İtiraz hakemlerince direnme kararı verilebilmesi, sigortacılıkta tahkimin görev alanına giren uyumsuzluklar konusunda adaletin sağlanmasına da katkı sağlayacaktır. Daha önce belirtildiği üzere tahkimin amaçlarından birisi ivedilikle karar verilmesi dahi olsa en temel gaye adil bir sonuca ulaşmak olmalıdır. Dolayısıyla itiraz hakemlerinin HMK m. 373 uyarınca direnme hakkı bulunduğunu söylemek ve direnme kararı verilmesi üzerine ilgili maddedeki prosedürün işletileceğini ifade etmek isabetli olacaktır.

## SONUÇ

Bu çalışma kapsamında ulaşılan sonuçlar aşağıda maddeler halinde sıralanmıştır:

1. Sigortacılıkta tahkim yargılaması prosedürü, sigorta sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklar için Sigortacılık Kanunu m. 30'da öngörülmüş olup iç tahkimden farklılıklar arz etmektedir.
2. Sigorta sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklar öncelikle, Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde uyumsuzluk hakemi önüne gidecektir. Uyumsuzluk miktarı olarak itiraz sınırı altında kalan uyumsuzluklar kesinleşecek, sınırın üzerinde kalan uyumsuzluklar ise itiraz üzerine yine Sigorta Tahkim Komisyonu bünyesindeki itiraz hakem heyetine tevdi edilecektir. İtiraz hakem heyeti, esasa ve usule ilişkin değerlendirmesini yapıp hüküm kurduktan sonra temyiz

sınırı altında kalan uyuşmazlıklar kesinleşecek, sınırın üzerindeki uyuşmazlıklarsa temyiz başvurusu üzerine temyiz yargılaması için Yargıtay ilgili dairesine gönderilecektir.

3. HMK m. 439'da hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davasına başvurulabileceği yazılmış olsa da itiraz hakem heyeti tarafından verilen karara karşı başvurulabilecek kanun yolu, Sigortacılık Kanunu m. 30/12'de açıkça temyiz olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla HMK'ya göre daha özel kanun niteliğinde olan Sigortacılık Kanunu'nda özellikle temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiş olduğundan hakem kararına karşı başvurulacak yegâne yol, temyizdir.
4. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından verilen 1972/2E - 1972/12K sayılı ve 23.10.1972 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'na dayanılarak verilen HGK kararları uyarınca, hakemlerin direnme kararı veremeyeceği ileri sürülmektedir. Ancak ilgili YİBGK kararının gerekçesinde, hakemlerce direnme kararı verilemeyeceğine ilişkin açık bir ifade bulunmamaktadır.
5. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 1993/4E - 1994/1K sayılı ve 28.01.1994 tarihli kararına göre ise taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk seçimi yapılması halinde, temyiz incelemesi sırasında seçilen maddi hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının denetimi yapılmak suretiyle işin esasına girilebileceği ifade edilmiştir. Buna istinaden, hakem kararlarının esasına girilmesi ile hakemlerin de mahkemeler gibi direnme kararı verip veremeyeceği hususu gündeme gelmiştir. Doktrinde bu karardan da hareketle görüş değişikliklerine gidilerek hakemlerin direnme kararı verebileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla işin esasına girilerek maddi hukuk denetimi yapılması ve usul kanununda bu konuya ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmaması sebebiyle, hakemlerin de direnme kararı verebileceği savunulabilir.
6. Bu doğrultuda, sigortacılıkta tahkim yargılamasında da peşinen hakemlerin direnme kararı veremeyeceğini söylemek mümkün olmamalıdır. 23.10.1972 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda doğrudan doğruya hakemlerin direnme kararı veremeyeceği hakkında ibare bulunmaması; 28.01.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı



uyarınca hakem kararlarında esasa ilişkin inceleme yapılabilmesi; Sigortacılık Kanunu m. 30 uyarınca kanun yolu olarak temyizın gösterilmesi ve temyizın usul ve esasları hakkında HUMK'a yapılan yollama; HMK m. 447/2 uyarınca HMK'nın temyize ilişkin hükümlerinin uygulanması ve bu hükümler içinde direnmeye ilişkin hükmün de bulunması; Sigortacılık Kanunu m. 30/23'ten hareketle direnme hükmünün uygulama alanı bulabileceği; kanunda açıkça hakemlerin direnme kararı veremeyeceğine ilişkin açık hüküm bulunmaması ve alternatif uyuşmazlık çözümünde adil kararlar verilerek adaletin sağlanmasının ivedilikle karar verilmesinden önce gelmesi nedenleriyle sigorta tahkim yargılamasında hakemlerin direnme kararı verebileceği savunulabilir. Ancak her halükârda, mevzuatta bu konuda açık bir hükmün bulunması, tartışmalara son verecek ve uygulamadaki belirsizliklere de netlik kazandıracaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, Medenî Usul Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Bağatur Mehmet Çağrı/Öge Hande, Sorularla Sigorta Tahkim, On İki Levha Yayıncılık, 2017, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/giris-978-605-152-537-2/1>, Erişim Tarihi: 15.12.2022.
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt: IV, 5. Baskı, Evrim Yayıncılık, 1991. (Cilt: IV)
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt: V, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, 2001. (Cilt: V)
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt: VI, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, 2001. (Cilt: VI)
- Tanrıver Süha, Medenî Usûl Hukuku, Cilt 2, Yetkin Yayınları, 2021.
- Ulaş Işıl, Sigortacılıkta Tahkim Hukuku, Turhan Kitabevi, 2022.
- Yağmur Setenay, "Sigorta Şirketleri Açısından Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması", Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu 11-12 Ekim 2019, Editörler: Uğur Orhan/Ece Göztepe/M. Emir Göka, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 649-670, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/derleme-makaleler/sigorta-sirketleri-acisindan-ticari-davalarda-zorunlu-arabuluculuk-uygulamasi-kaynakca-668-670-1/1>, Erişim Tarihi: 11.12.2022.
- Yeşilova Bilgehan/Yeşilova Aras Ecehan, "Sigortacılıkta Tahkim Kararları ve Kanun Yolları (Sigortacılık Kanunu m. 30)", Sigorta Hukuku Sempozyumları, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 507-554, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/der->

leme-makaleler/sigortacilikta-tahkim-kararlari-ve-kanun-yollari-sigortacilik-kanunu-m-30-sigortacilikta-tahkim/1, Erişim Tarihi: 15.12.2022. (Kanun Yolları)

## Makaleler

- Bacanlı Mehmet Rifat, "Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak İstanbul Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (ISTAC) Tahkim Yargılamasında Delillerin İbrazı ve Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 8, 2016, s. 75-113, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/271162>, Erişim Tarihi: 13.12.2022.
- Başar Ömer, "ICSID Hakem Kararlarının İptali", *Public and Private International Law Bulletin*, C. 39, S. 2, 2019, s. 585-607, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/833192>, Erişim Tarihi: 09.12.2022.
- Bıçkın İnci, "Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması", *TBB Dergisi*, S. 67, 2006, s. 380-397, <http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2006-67-282>, Erişim Tarihi: 13.12.2022.
- Budak Ali Cem, "Sigortacılıkta Tahkim Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", *YÜHFD*, C. 8, S. 1, 2016, s. 121-129, [https://www.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/hukuk\\_dergi/YUHFD-XIII-1-20-YIL-ARMAGANI.pdf#page=137](https://www.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/hukuk_dergi/YUHFD-XIII-1-20-YIL-ARMAGANI.pdf#page=137), Erişim Tarihi: 15.12.2022.
- Can Mustafa Emre, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk", *Marmara Üniversitesi HFHAD*, C. 26, S. 2, 2020, s. 1349-1370, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/58488/777630>, Erişim Tarihi: 07.12.2022.
- Eyuboğlu Ceren, "Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği", *Ankara Barosu Dergisi*, S.3, 2017, s. 229-241. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/542061>, Erişim Tarihi: 06.12.2022.
- Karasu Rauf, "Sigorta Tahkim ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *TAAD*, S. 26, 2016, s. 49-69, <https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php>, Erişim Tarihi: 10.12.2022.
- Kurtulan Gökçe, "Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği", *TBB Dergisi*, S. 131, 2017, s. 239-260, <http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2017-131-1676>, Erişim Tarihi: 07.12.2022.
- Küçük Alper Tunga, "The Issue of whether It Is Mandatory to Apply to Mediation Before Reaching The Insurance Arbitration Commission", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 1, 2022, s. 301-323, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2123041>, Erişim Tarihi: 11.12.2022.
- Özdamar Mehmet, "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 2, s. 831-856, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/789305>, Erişim Tarihi: 09.12.2022.
- Saat Dursun, "Tüketici İşlemi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmeleri ve Bu Kapsamda Sigorta Tahkim Komisyonunun Rolü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 2453-2471, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/373253>, Erişim Tarihi: 09.12.2022.
- Semerci Vuraloğlu Tuğba, "5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda Yer Alan Tahkim Hükümleri ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Tahkim Hükümlerinin Karşılaştırılması", *YÜHFD*, C. 8, S. 2, 2016, s. 269-312, [https://www.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/hukuk\\_dergi/YUHFD-XIII-1-20-YIL-ARMAGANI.pdf#page=137](https://www.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/hukuk_dergi/YUHFD-XIII-1-20-YIL-ARMAGANI.pdf#page=137)

pe.edu.tr/sites/default/files/hukuk\_dergi/YUHFD-XIII-2-20-YIL-ARMAGANI.pdf#page=285, Erişim Tarihi: 15.12.2022.

- Seven Vural, "Mahkemeye-Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğunda Sunulacak Belgelerin (Özellikle Sağlık Kurulu Raporu) Dava Şartı ve Temerrüt İlişkisi", *Hacettepe HFD*, S. 12 (Özel Sayı), 2022, s.142-164, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2700359>, Erişim Tarihi: 09.12.2022.
- Ulaş Işıl, "Sigortacılıkta Tahkim", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 24, S. 2, 2007, s. 239-266, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/batider-makaleler/sigortacilik-tahkim-sigortacilikta-tahkim-239-241/1>, Erişim Tarihi: 15.12.2022.
- Yaşar Tuğçe Nimet, "Sigorta Hukukunda Tahkim", *TAAD*, S. 39, 2018, s. 211-240. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/980757>, Erişim Tarihi: 06.12.2022.
- Yeşilova Aras Ecehan/Yeşilova Bilgehan, "Sigortacılık Tahkimi – Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırddedici Özellikleri (Sigortacılık Kanunu m. 30)", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, S. 8, 2013, s. 275 – 379. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179436>, Erişim Tarihi: 06.12.2022. (Tahkim Usulü)
- Yıldırım Fikret, "Tahkimde İptal Davası ve İptal Davasının Amaçları Bakımından Bazı Değerlendirmeler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 3005-3026, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/373673>, Erişim Tarihi: 11.12.2022.
- Yıldız Habib, "Sigortacılıkta Tahkimin Tahkim Türleri Arasındaki Yeri", *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 13, 2022, s. 615-628, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2679347>, Erişim Tarihi: 15.12.2022.
- Yılmaz Süleyman/Çavuşoğlu Gökçe Filiz, "Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik Kavramı ve Taşınmaz Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi", *İÜHFD*, C. 10, S. 2, 2019, s. 594-613, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuhfd/issue/46923/630553>, Erişim Tarihi: 07.12.2022.

### İnternet Kaynakları

- <https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/convention/icsid-convention/chapter-four>
- <https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>
- [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf)
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/11/20201111-3.pdf>
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/04/20220416-9.htm>
- <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>
- [https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanunbmmc071/kanunbmmc071/kanunbmmc07103460.pdf](https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbmmc071/kanunbmmc071/kanunbmmc07103460.pdf)
- Sigorta Tahkim Komisyonu, *Hakem Karar Dergisi*, S. 48 (Ekim-Aralık), 2021, s. 43-52, <http://www.sigortatahkim.org/files/karardrgs48.pdf>.
- Sigorta Tahkim Komisyonu, *Hakem Karar Dergisi*, S. 51 (Temmuz-Eylül), 2022, s. 5-8, <http://www.sigortatahkim.org/files/karardrgs51.pdf>.

### **Mahkeme Kararları**

- Anayasa Mahkemesi, 2019/40E - 2020/40K, T.17.07.2020  
Yargıtay İBGK, 1972/2E - 1972/12K, T.23.10.1972  
Yargıtay İBHKGK, 1993/4E - 1994/1K, T.28.01.1994  
Yargıtay İBHKGK, 2019/4E - 2020/1K, T.19.06.2020  
Yargıtay HGK, 1995/15-111E - 1996/302K, T. 24.04.1996  
Yargıtay HGK, 2005/15-728E - 2006/1K, T. 25.01.2006  
Yargıtay HGK 2018/ (17) 4-686E - 2021/1318K, T. 02.11.2021  
Yargıtay 15. HD, 2004/5489E - 2005/3141K, T. 24.05.2005  
Yargıtay 15. HD, 2007/2163E - 2007/5035K, T. 20.07.2007  
Yargıtay 15. HD, 2010/370E - 2010/2504K, T. 29.04.2010  
Yargıtay 15. HD, 2013/3837E - 2013/5411K, T. 03.10.2013  
Yargıtay 15. HD, 2015/1149E - 2015/3897K, T. 02.07.2015  
Yargıtay 15. HD, 2015/1158E - 2015/3898K, T. 02.07.2015  
Yargıtay 15. HD, 2015/2280E - 2015/4009K, T. 07.07.2015  
Yargıtay 15. HD, 2015/4261E - 2016/354K, T. 21.01.2016  
Yargıtay 4. HD, 2021/3476E - 2021/3999K T.30.06.2021  
Sigorta Tahkim Komisyonu, K-2021/193678, T. 23.12.2021  
Sigorta Tahkim Komisyonu, K-2022/168563, T. 26.07.2022

# ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA PİRAMİT YAPILANMA KAVRAMI VE TÜRKİYE'DEKİ HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

## THE CONCEPT OF THE PYRAMIDAL STRUCTURING IN THE GROUP OF COMPANIES AND ITS EVALUATION IN TERMS OF THE LISTED COMPANIES IN TURKEY

Zeynep Berin MANAVGAT\*

**Özet:** Şirketler topluluğunun özel bir görünüm biçimi olan piramit yapılanma, hâkim teşebbüsün doğrudan ve dolaylı hakimiyet ile yarattığı bir hakimiyet zinciri olarak tanımlanabilir. Söz konusu yapılanma sayesinde hâkim teşebbüs, özellikle alt basamaklarda yer alan şirketlere düşük sermaye miktarı koymakla birlikte, sermaye payından bağımsız bir yönetim gücü elde edebilmektedir. Böylece hâkim teşebbüs bakımından malvarlıksal haklarla yönetim haklarının birbirinden ayrıldığı bir yapı ortaya çıkmaktadır. Bu durum bağlı şirket pay sahipleri, alacaklıları ve genel anlamda kurumsal yönetim anlayışı açısından olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir. Halka açık bir anonim şirketin piramit yapılanma içerisinde yer alması ve pay sahibi sayısının artması söz konusu sorunları daha da önemli hale getirmektedir. Piramit yapılanma içerisinde yer alan halka açık anonim şirketlerde, düşük halka arz oranlarının tercih edilmesi, yatırımcıların sürekli şekilde hâkim ortağı finanse etmesi ile malvarlığının ana veya tek kalemin bir başka halka açık grup içi şirketin paylarından oluşan grup içi şirketlerin halka açılması bu sorunların başında gelmektedir. Türkiye piyasası bakımından halka açık anonim şirketler incelendiğinde, halka açık anonim şirketlerin önemli bir kısmının piramit yapılanma içerisinde yer aldığı tespit edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Piramit Yapılanma, Şirketler Topluluğu, Halka Açık Anonim Şirketler, Kurumsal Yönetim, Kontrol

**Abstract:** The pyramidal ownership structure, a special form of the group of companies, can be defined as a chain of control created by controlling company with direct and indirect control over its subsidiaries. Through this structure, although the controlling company contributes a lower share capital amount especially to the sub-

\* Doktora Öğrencisi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, zeynepmanavgat@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6483-2602, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.02.2023, Kabul Tarihi: 24.04.2023

sidiaries at the lower tiers of the pyramid, this company could obtain a greater controlling power on its subsidiaries independent of the amount of its capital share. Thus, the cash flow rights and the controlling rights of the controlling company are being seperated from each other. This seperation may have negative consequences for the shareholders and the creditors of the subsidiaries and in the general sense, corporate governance. The fact that a listed company is included in the pyramid structure and the incresing number of the shareholders increase make these problems even more important. For the listed companies included in the pyramids, preference of lower public offering rates, constantly being financed of the controlling shareholder by the investors and the public offering of a group company whose sole or main assets are another listed group companies shares can be shown as the main problems. When the listed companies are examined in terms of the Turkish market, it has been determined that a significant part of listed companies are controlled by the controlling shareholder of the pyramidal structures.

**Keywords:** Pyramidal Ownership Structure, Group of Companies, Listed Companies, Corporate Governance, Control

## GİRİŞ

Bir şirketin yönetiminde menfaat çatışmalarının en aza indirilmesi ve tüm menfaat sahiplerinin korunması bakımından olması gereken, pay sahiplerinin, sermayeye katılım oranı ile şirket yönetiminde söz sahibi olması arasında doğru orantının bulunmasıdır. Böylece ilgili pay sahipleri, hak kazanacakları kâr ve tasfiye payına katılma hakkı oranını göz önünde tutarak şirketin yönetiminde söz sahibi olabilecek; bu durum, pay sahiplerinin, kendilerinin, şirketin, alacaklıların ve diğer menfaat sahiplerinin menfaatlerini dikkate alarak yöneticileri seçmesini sağlayacaktır. Ancak şirketlerin gruplaşmasıyla birlikte, az maliyetle daha çok kontrol hakkı elde etmek isteyen hâkim teşebbüslerce, malvarlıksal haklar ile yönetim hakları arasında ayırım yaratılması ve düşük sermaye payıyla çok sayıda şirketin hakimiyet altında tutulması tercih edilmektedir. Bu iki hak arasında ayırım yaratan ve hâkim teşebbüsün, genellikle dolaylı hakimiyet gücünü kullanarak düşük sermaye payıyla orantısız bir kontrol gücü elde etmesine yol açan topluluk yapılanmasına piramit yapılanma adı verilmektedir.

Bu çalışmada, öncelikle piramit yapılanma kavramı ve piramitin oluşturulma şekli incelendikten sonra, bu yapılanmaların özel olarak ele alınma sebepleri açıklanacaktır. Halka açık şirketlerin bir piramit yapılanma içerisinde yer alması, bununla ilişkili olarak bağlı şirketlerin halka arzında dikkat çeken noktalar ve yatırımcılar bakımından

bir piramit yapılanma içerisinde yer alan halka açık şirkete yatırım yapılmasının ne gibi sorunlar yaratabileceği açıklandıktan sonra piramit yapılanma içerisinde yer alan halka açık şirketlerin genel durumu Türkiye özelinde incelenecektir.

## I. PİRAMİT YAPILANMA

### A. Genel Olarak

Şirketler hukuku düzenlemeleri, kural olarak, şirketlerin bağımsız şekilde faaliyet göstermelerine ilişkin hükümler öngörse de şirketler, sürdürdükleri faaliyetleri sırasında diğer şirketler ile bağlantı içerisinde olabilirler. Bu bağlantı kısa süreli, belirli bir iş bakımından gerçekleştirilebileceği gibi; daha kapsamlı şekilde, belirli bir süre bir diğer şirketin faaliyetinde söz sahibi olunabilecek düzeyde de olabilir. Şirketlerin yapısal özelliklerini etkileyen, yönetim ve iradesinin oluşumuna etki eden şekilde ortaya çıkan bağlantıları sağlayan güce hakimiyet adı verilir.<sup>1</sup> Şirketlerin yapısal özelliklerinde farklılık yaratmayan şirketler arası ilişkiler, genel hükümlerle çözülebilecek nitelikteyken; hakimiyetin devreye girdiği, şirket içerisinde menfaat dengesini bozmaya elverişli olan bağlantıların özel düzenlemelerle çözülmesi tercih edilebilir.<sup>2</sup>

Türk hukuku bakımından da konuyla bağlantılı olarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) getirmiş olduğu en büyük yenilik,

<sup>1</sup> Virginia Harper Ho, "Theories of Corporate Groups: Corporate Identity Reconciled", *Seton Hall Law Review*, 2012, V. 42, No. 3, s. 887, 888.

<sup>2</sup> Kürşat Göktürk, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları*, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 8. Her ne kadar hakimiyetin varlığı halinde özel düzenlemeler yapılması tercih edilebilecekse de özel düzenleme yapma yoluna gitmemiş ve hakimiyet bağlantısına sahip şirketler arasındaki ilişkileri genel düzenlemelerle çözebilen ülke hukuk düzenleri de mevcuttur. Bu ülkelere verilebilecek en iyi örnek İsveç'tir (Rolf Dotevall, National Report on Sweden, Groups of Companies A Comparative Law Overview, *Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law* Rafael Mariano Manóvil (ed.), 2020, s.129-141). Yoğunlaşmış pay sahipliği yapısına sahip, piyasadaki genel eğilimin şirketlerin topluluk içerisinde yer alarak faaliyet göstermesi şeklinde olduğu İsveç'te, hakimiyet veya topluluk olmaya ayrı sonuç bağlayan kurallar öngörülmemiştir. Bu konu hakkında yapılan araştırmalar ülkenin küçük olması ve sosyal denetimin güçlü olması sayesinde etkin bir korumanın sağlandığını ortaya koymuştur (Klaus J. Hopt, "Groups of Companies: A Comparative Study of the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups", *European Corporate Governance Institute*, 2015, Law Working Paper No: 286/2015, s. 8).

topluluk şirketlerinin hukuki anlamda tanınması ve bunlara özgü hukuk kurallarının getirilmiş olmasıdır. Böylece, şirketlerin topluluk haline gelmesine neden olan hakimiyet ilişkisiyle birlikte hâkim teşebbüs ile bağlı şirketlerin bir arada değerlendirilmesi ve bunların ekonomik bir bütünlük yarattığı kabul edilmiş;<sup>3</sup> şirketler arasında hakimiyetle oluşan ilişkiler ve bunların sonuçları özel olarak düzenlenmiş; topluluk yapılanması nedeniyle ekonomik bağımsızlığını kaybeden bağlı şirketler, bunların pay sahipleri ve alacaklıları yani menfaat sahipleri de koruma altına alınmıştır.

## B. Piramit Yapılanma Kavramı

Piramit yapılanma, esasen, şirketler topluluğunun özel bir görünüm biçimidir. TTK m. 434/2 hükmü, anonim şirketlerde her bir pay sahibinin sadece bir paya sahip olsa bile kural olarak en az bir oy hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Oy haklarının, toplam payların itibari değeriyle orantılı olması şeklinde tanımlanabilecek orantılılık veya bir pay-bir oy ilkesi<sup>4</sup> çerçevesinde, oy hakkına dayalı hakimiyetin

<sup>3</sup> Topluluk yapılanmasında, sınırlı sorumluluk ilkesinin gereği olarak hâkim teşebbüs, topluluğun kendisine sağladığı özellikle ekonomik faydalardan yararlanırken, bağlı şirketlerin zararından ve borçlarından sorumlu olmamaktadır. Bu durum hâkim durumda bulunan teşebbüsler bakımından topluluk haline gelmenin en önemli sebeplerinden biridir. Buna karşılık, hâkim teşebbüsün yönetimi ile borç altına giren ve/veya zarara uğrayan bağlı şirketin yeterli malvarlığı yoksa pay sahipleri ve/veya alacaklılar yeterli güvenceye sahip olamamakta ve hâkim teşebbüsün kötü yönetimi nedeniyle zarara uğramaktadırlar. Bu durum, topluluk yapılanmaları bakımından sınırlı sorumluluk ilkesinin eleştirilmesine sebep olmuştur (Martin Petrin/Barnali Choudhury, "Group Company Liability", *European Business Organization Law Review*, 2018, V. 20, s.1). Hâkim teşebbüsün sorumluluk altına girmeksizin, sadece topluluğun kendisine sağlamış olduğu ekonomik faydalardan yararlanarak bağlı şirketleri yönlendirebilmesi eleştirilerin ana sebebidir (Belayneh Ketsela, "Evaluating the Concept of Minority in Corporate Groups Context: A Specific Look at Minority Shareholders of the Subsidiary Company", *Bahir Dar University Journal of Law*, 2012, V. 2, No. 2, s. 224). Bu sebeplerle, özel düzenlemeler ve/veya mahkeme kararlarıyla toplulukların ekonomik bir bütün olarak kabul edilmesi ve sınırlı sorumluluk ilkesi geçerli olsa bile, bağlı şirketlerin kötü yönetiminden kaynaklı olarak hâkim teşebbüsün sorumluluğuna gidilmesi ve bağlı şirketin zararından ötürü sorumlu tutulması hem fiili gerçekliğe hem de hakkaniyete uygun bir yaklaşım olarak kabul edilmiştir. Özellikle bağlı şirketin tek pay sahibinin hâkim teşebbüs olması halinde sınırlı sorumluluk ilkesinin neden olabileceği riskler hk. bkz. Philip I. Blumberg, "Limited Liability and Corporate Groups", *The Journal of Corporation Law*, 1986, V. 11, s. 623-626.

<sup>4</sup> Uluslararası literatürde bu kural one share-one vote olarak tanımlanmakta ve çoğu anonim şirket hukukunun temel kuralı olarak görülmektedir (Yu-Hsin Lin,



yaratılması, kural olarak, şirketin sermayesini temsil eden paylara ve buna paralel olarak oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak yoluyla gerçekleşir. Bu şekilde yaratılan bir hakimiyette, hâkim teşebbüsün, bağlı şirketin sermayesinin çoğunluğuna sahip olması nedeniyle üstlenmiş olduğu riskle yönetime katılma hakkı da birbiriyle orantılı olacaktır.

Hakim teşebbüsün bağlı şirketin oy haklarının çoğunluğunu elinde bulundurması dışında, hakimiyetin sağlanabilmesi, farklı yollarla da gerçekleşebilir.<sup>5</sup> Sermaye ile birlikte oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak dışında, hakimiyeti sağlamaya elverişli haller arasında, hakim teşebbüsün pay sahipliği hakları ile şirketi kontrol etme haklarının birbirinden ayrıldığı, pay sahibinin sermayeye katılımına bağlı olarak üstlenmiş olduğu riskle yönetime katılma gücünün orantısız hale geldiği durumlar da söz konusudur. Bu gibi, şirketin oy haklarının çoğunluğuna sahip olunarak doğrudan bir hakimiyet yaratılmaksızın, hakimiyeti doğuran hallerden biri de piramit yapılanmalardır.<sup>6</sup>

Piramit yapılanma, hâkim teşebbüsün doğrudan hakimiyeti altında olan bağlı şirketler ve bu bağlı şirketlerin hakimiyeti altında olan, alt basamaklarda yer alan grup şirketlerle, tepede hâkim teşebbüsün yer aldığı, piramide benzeyen bir hakimiyet zincirinin oluşması şeklinde

---

“Controlling Controlling-Minority Shareholders: Corporate Governance and Leveraged Corporate Control”, *Columbia Business Law Review*, 2017, V. 453, No. 2, s. 456).

<sup>5</sup> TTK m. 195 hükmüne göre bu yollar; şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilme hakkına sahip olma; kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturma; bir ticaret şirketini bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hakimiyet altında tutmaktır.

<sup>6</sup> 2007 yılında 16 Avrupa Birliği (AB) ülkesini dikkate alınarak yapılmış olan bir çalışma, 464 halka açık şirketin %44'ünün kontrol sağlayan mekanizmalardan birini kullanarak bir pay-bir oy ilkesinden saptığını ortaya koymuştur (Proportionality Between Ownership and Control in EU Listed Companies External Study Commissioned by the European Commission, Report on the Proportionality Principle in the European Union, 2007, s. 24, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_07\\_751](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_07_751) (son erişim tarihi: 16.01.2023)). Uzakdoğu ülkelerinde, piramit yapılanma çok yaygın şekilde kullanılmakta olup, verilere bakıldığında; Endonezya'da %66,9, Singapur'da %55, Tayvan'da %49, Kore'de %42,6 oranında piramit yapılanmaya gidildiği; Uzakdoğu'daki halka açık şirketlerin ortalama %38,7'sinin böylesi bir yapılanma içerisinde yer aldığı sonucuna ulaşılmıştır (Lin, “Controlling Controlling-Minority Shareholders: Corporate Governance and Leveraged Corporate Control”, s. 461).

tanımlanabilir. Piramit yapılanmanın özellik arz eden hali, hâkim teşebbüsün özellikle alt basamaklarda yer alan bağlı şirketler üzerindeki hakimiyetini, hâkim teşebbüsün doğrudan hakimiyeti altında olan bağlı şirketler aracılığıyla sağlamasıdır. Böylece hâkim teşebbüsün alt basamaklarda doğrudan pay sahipliği düşük oranda olabileceği gibi hiç de olmayabilir; buna rağmen, hâkim teşebbüs, doğrudan hakimiyeti altındaki bağlı şirketlerin alt basamaklarda sahip oldukları hakimiyetleri sayesinde, dolaylı şekilde, alt basamaklardaki şirketlerde yönetim gücünü elde edebilecektir.

Yukarıda yer verilen örnek, varsayımsal olarak yaratılmış olan (A) A.Ş.'nin hakimiyeti altında piramit şeklinde yapılanmış bir şirketler topluluğunu göstermektedir. İlgili şemanın bağlı şirketlerin sayısının artırılması ile yana ve aşağıya doğru uzatılması mümkündür. Tepede yer alan (A) A.Ş., alt kademelerde yer alan şirketlerde hiç pay sahibi olmasa veya düşük oranda pay sahibi olsa bile, doğrudan hakimiyeti altında bulunan bağlı şirketlerin ((B) ve (C) A.Ş.) hakimiyeti altında olan şirketleri, yaratmış olduğu salkım şeklindeki yapı sayesinde dolaylı hakimiyetle yönetme gücüne sahip olabilecektir.

Şema üzerinden inceleme yapıldığında, piramit yapılanmanın yaratılmadığı bir varsayımda, (A) A.Ş., örneğin, (P) A.Ş.'de çok düşük bir sermaye payına sahip olduğu takdirde, sermaye payıyla paralel şekilde oy hakkına sahip olacağı için bu şirketi yönetme gücünü elinde bulunduramayacaktır. Ancak yaratılmış olan çok katmanlı yapı ve (A) A.Ş.'nin, (C) A.Ş.'de sahip olduğu doğrudan hakimiyet ve (C) A.Ş.'nin de (H) A.Ş.'de hâkim durumda olmasına bağlı olarak oluşmuş olan dolaylı hakimiyetle, (A) A.Ş., (P) A.Ş.'de sahip olduğu sermaye payından bağımsız ve orantısız şekilde bir yönetim gücüne kavuşabilecektir.

Piramidin tepesinde yer alan hâkim teşebbüsün, dolaylı yolla sağlanan hakimiyetle birlikte, piramidin alt basamaklarında yer alan şirketler üzerinde, sermaye oranı ve buna bağlı olarak üstlendiği risk düşük olacaktır. Ancak hâkim teşebbüs, doğrudan hakimiyeti altında bulunan şirketler aracılığıyla alt basamaklarda yer alan bağlı şirketleri yönetme gücünü haiz olacaktır. Böylece hâkim teşebbüs, aynı sermaye payıyla daha fazla sayıda şirket üzerinde hakimiyet kurabilecek; sermaye payına bağlı olarak üstlendiği risk düşerken, dolaylı hakimiyetle sahip olduğu yönetime katılma gücü artacak ve sermayeye katılım

oranı ile kontrol gücü arasında hâkim teşebbüs lehine bir orantısızlık meydana gelecektir.

Dolaylı hakimiyetle yaratılan piramit yapılanmalarda alt basamaklara inildikçe, hâkim teşebbüsün bu şirketlerdeki pay oranı azalacağı için, bu azalmaya bağlı olarak, oransallık ilkesi gereği, paya bağlı malvarlıksal hakları<sup>7</sup> da azalacaktır. Buna rağmen hâkim teşebbüsün, doğrudan hakimiyeti altındaki şirketlerin alt basamaklardaki şirketler üzerinde sahip oldukları hakimiyet ve yaratılmış olan hakimiyet zinciri ile, sahip olduğu sermaye payından bağımsız şekilde bağlı şirketi yönetme gücü olacaktır. *Wedge* olarak adlandırılan malvarlıksal haklarla kontrol hakları arasındaki ayırım, kural olarak, piramidin aşağı basamaklarına inildikçe açılmaktadır.<sup>8</sup>

Piramit yapılanmanın hâkim teşebbüs bakımından faydalarından biri, yukarıda anlatılanlardan da anlaşılacağı üzere, hâkim teşebbüsün, düşük sermaye oranı ve dolaylı hakimiyet ile bağlı şirketleri yönetim gücüne sahip olması, böylece, düşük sermaye payıyla orantılı olacak şekilde kâr payı ve tasfiye payının göreceli olarak düşük olması nedeniyle şirketin malvarlığındaki azalmalardan çok etkilenmeyecek olmasıdır. Ayrıca hâkim teşebbüs, sınırlı ve daha düşük sermaye koyarak, böylece daha düşük maliyetlere katlanarak bununla orantısız şekilde çok daha büyük finansal kaynaklara ulaşabilir; ticari faaliyetlere yön verebilir ve topluluk şirketlerinin yönetimini merkezileştirebilir.<sup>9</sup> Bu nedenle de bağlı şirketlerin yönlendirilmesinde söz konusu bağlı şirket haricindeki bazı menfaatlerin üstün tutulması söz konusu olabilir.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Piramit yapılanmaları ekonomik boyutta inceleyen çalışmalarda; pay sahibinin kâr payı ve tasfiye payı alma hakları malvarlıksal haklar olarak tanımlanmaktadır. Bu haklara nakit akım/akış hakkı (cash flow rights) adı da verilmektedir.

<sup>8</sup> Randall Morck/Bernard Yeung, "Agency Problems in Large Family Business Groups" *Entrepreneurship Theory and Practice*, 2003, V. 27, No. 4, s. 370. Kural olarak, piramit yapılanma ne kadar çok basamağa sahipse kontrol gücü ile pay oranı arasındaki ayırım da o kadar belirgin hale gelmektedir (Jin Sheng, "Controlling Minority Structure in China's Family Controlled Group Affiliates", *City University of Hong Kong Law Review*, 2012, V. 3, No. 2, s. 275).

<sup>9</sup> Marcello Bianchi/Magda Bianco/Luca Enriques, *Pyramidal Groups and the Separation Between Ownership and Control in Italy*, *The Control of Corporate Europe* (Ed. Barca F./Becht M.), Oxford, 2002, s. 15.

<sup>10</sup> Lucian Arye Bebchuk/Kobi Kastiel, "The Perils of Small-Minority Controllers", *Georgetown Law Journal*, 2019, Discussion Paper No. 985, s. 12.

Malvarlıksal haklarla yönetime katılma hakları arasında oluşan orantısızlığın olumsuz yanı, esasen pay sahibinin şirkette sahip olduğu risk-getiri dengesinin bozulmasıdır. Pay sahibi, şirkete koymuş olduğu sermaye miktarı kadar malvarlıksal haklara katılmalı, ayrıca riske katlanma oranı yani sermaye payı oranı kadar kontrol hakkına sahip olmalıdır.<sup>11</sup> Böylece pay sahibi, özellikle kâr payının olumsuz yönde etkilenmesi riskine karşı, şirketin menfaatine uygun olarak, şirketin yönetiminin en iyi şekilde yerine getirilmesi amacıyla hareket eder. Örneğin, hakimiyetin bağlı şirkette sermaye payının çoğunluğuna sahip olunarak veya oyda imtiyaz yaratılmaksızın oy haklarının çoğunluğuna sahip olunarak sağlandığı hallerde hâkim teşebbüsün, hakimiyetten ötürü yine topluluk menfaatine uygun hareket etme riski varsa da, hakim teşebbüs, şirketin malvarlığındaki azalmadan sermaye payına bağlı olarak yüksek seviyede etkileneceği için, kendi malvarlıksal hakları da zarar görme riski altında olacaktır. Bu nedenle şirketin yönetiminde şirketin menfaatlerinin ön planda tutulması daha olası hale gelecektir.

Piramit yapılanma gibi malvarlıksal haklarla kontrol haklarının birbirinden ayrıldığı durumlarda ise, malvarlıksal hakların azalmasına bağlı olarak, hâkim teşebbüsün özellikle alt basamaklarda yer alan şirketlerdeki pay sahiplerinin menfaatlerini, kendisinin, bir başka grup içi şirketin veya topluluğun menfaatleri uğruna feda etme olasılığı artmaktadır. Yukarıdaki örnek şemadan hareketle, (A) A.Ş.'nin (P) A.Ş.'de sahip olduğu düşük sermaye payına bağlı olarak üstlenmiş olduğu risk de azalacağı için, hâkim şirket, (P) A.Ş.'yi piramit veya kendi menfaati doğrultusunda yönetme konusunda daha serbest olabilecektir.

Hâkim teşebbüsün, piramidin özellikle alt basamaklarında yer alan bağlı şirketlere koymuş olduğu düşük sermaye payıyla orantılı şekilde katlanacağı riskin azalması ve böylece şirketleri kendi veya topluluk lehine yönetebilmesi, piramit yapılanmaların en önemli olumsuz etkisidir. Piramit yapılanmaları inceleyen iki ayrı çalışmada, hâkim teşebbüsün, kontrol hakları ile malvarlıksal hakları arasın-

<sup>11</sup> Jaap W. Winter/Jan Schans Christensen/Jose M. Garrido Garcia/Klaus J. Hopt/Jonathan Rickford/Guido Rossi/Joelle Simon, Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids in the European Union, Brussels, 2002.

daki ayrım ne kadar genişlerse, o kadar, kişisel menfaatlerini gözeterek bağlı şirketleri yönettiği ve diğer menfaat sahiplerinin haklarını ihlal edici işlemlere giriştiği sonucuna varılmıştır.<sup>12</sup> Paralel şekilde, piramit yapılanma içerisinde yer alan şirketlerin piyasa değerinin düştüğünü<sup>13</sup> ve kâr payı oranının azaldığını<sup>14</sup> gösteren çalışmalar da mevcuttur.

Piramit yapılanmalar, hâkim teşebbüsün, alt kademelerde yer alan şirketlerde düşük oranda sermaye miktarına sahip olarak yarattığı dolaylı hakimiyet zinciriyle oluşturulabileceği gibi, hiç pay sahipliği olmaksızın veya çok düşük oranda sermaye payı yanında kontrol geliştirici mekanizmaların kullanılmasıyla da sağlanabilir. Genel anlamda kontrol geliştirici mekanizmalar, sermaye payı ile kontrol hakları arasındaki ayrımı açan ve bir pay-bir oy ilkesinin uygulanmamasını sağlayan mekanizmalar olarak tanımlanabilir.<sup>15</sup> Tanımdan da anlaşılacağı üzere, başka yollar yanında esasen piramit yapılanmalar da bir kontrol geliştirici mekanizmadır. Ancak piramit yapılanmanın bu anlamda özellik arz eden noktası, diğer kontrol geliştirici mekanizmaların piramit yapılanma gibi çok katmanlı bir hakimiyet zinciri yaratma amacıyla kullanılabilmesidir. Dolaylı hakimiyetin yanı sıra piramit yapılanmanın yaratılmasında kullanılacak olan mekanizmalar, birden fazla pay grubu yaratılması (*dual-class shareholding*) halinde bu gruplardan bir veya birkaçına oyda imtiyaz tanınması, karşılıklı iştirak, oy ve pay sahipliği sözleşmeleridir.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Paul A. Gompers/Joy Ishii/Andrew Metrick, "Extreme Governance: An Analysis of Dual-Class Firms in the United States", *Review of Financial Studies*, 2010, V. 23, No. 3, s. 1051, 1052-1055, 1067; Ronald W. Masulis/Cong Wang/Fei Xie, "Agency Problems at Dual-Class Companies", *Journal of Finance*, 3<sup>rd</sup> Annual Conference on Empirical Legal Studies Papers, 2008, European Corporate Governance Institute-Finance Working Paper No. 209/2008, s. 1697.

<sup>13</sup> Henrik Cronqvist/Mattias Nilsson, "Agency Costs of Controlling Minority Shareholders", *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 2003, V. 38, No. 4, s. 695.

<sup>14</sup> Mikko Zerni/Juha-Pekka Kallunki/Henrik Nilsson, "The Entrenchment Problem, Corporate Governance Mechanisms and Firm Value", *Contemporary Accounting Research*, 2011, V. 27, No. 4, s. 1169.

<sup>15</sup> Lin, "Controlling Controlling-Minority Shareholders: Corporate Governance and Leveraged Corporate Control", s. 460.

<sup>16</sup> Lucian Aye Bebchuk/Reinier Kraakman/George Triantis, "Stock Pyramids, Cross-Ownership and Dual Class Equity: The Mechanisms and Agency Costs of Separating Control From Cash-Flow Rights", *National Bureau of Economic Research*, 1999, Working Paper No. 6951, s. 1.

Sözleşmesel yollar yanında piramit yapılanmaların sözleşmesel bir bağ olmaksızın da yaratılması mümkündür. Hukuki herhangi bir araç olmaksızın yaratılan piramit yapılanmalarda, hâkim teşebbüsün yönlendirebilme yetkisine verilebilecek en tipik örnek ailevi bağlardır. Grup içi şirketlerin yönetiminde aynı ailenin üyelerinin görev almasıyla birlikte hakimiyetin sağlanması ve akrabalık bağına dayanılarak aynı yönde hareket etme ve yönetimi hâkim teşebbüsün talimatlarına göre gerçekleştirme ihtimali söz konusudur. Özellikle Uzakdoğu ülkelerinde, piramit yapılanmaların bir ailenin hakimiyeti altında kurulduğu gözlemlenmektedir.<sup>17</sup>

Son olarak, *coalition control* adı verilen ortak yönetim ile kontrolün sağlanması da sözleşmesel bir bağ olmaksızın piramit yapılanmanın oluşturulmasına imkan tanımaktadır. Bu yöntemde, pay sahipleri ve yöneticiler arasında bir ailevi bağ bulunmamakla birlikte; genel değerler üzerinden bir güven bağı oluşturmuş olmak, aynı siyasi görüşe sahip olmak, aynı sektörde ticari faaliyet sürdürmek gibi ortak değerlerle hâkim teşebbüsün yönlendirme gücüne sahip olması mümkün olmaktadır.<sup>18</sup>

Piramit yapılanmalar hakkında yapılmış olan çalışmalardan birinde, piramit yapılanmalarda hakimiyetin varlığı ve hakim teşebbüsün yönetim üzerindeki gözetimi sayesinde pay sahipleri ile yöneticiler arasındaki menfaat çatışmalarının ortadan kalkmış olmasının şirket değerine olumlu katkısı olduğu ifade edilirken;<sup>19</sup> bir diğerinde bağılı şirketin yönlendirilmesinin bir grup tarafından ve içten olmasının, piramit yapılanmaların bağımsız şirketlerden tek farkı olduğu ve bunun şirket değerine herhangi bir olumlu veya olumsuz etkisi olmadığı sonucu ortaya çıkmıştır.<sup>20</sup> Doğu Asya ülkeleri ve piramit yapılanmanın sıklıkla görüldüğü İsveç'i dikkate alan bir çalışmada, piramit yapılanmanın malvarlıksal haklarla kontrol hakları arasında ayrıma

<sup>17</sup> His-Mei Chung/Shu-Ting Chan, "Ownership Structure, Family Leadership and Performance of Affiliate Firms in Large Family Business Groups", *Asia Pacific Journal of Management*, 2012, V. 29, No. 2, s. 303.

<sup>18</sup> Bianchi/Bianco/Enriques, *Pyramidal Groups and the Separation Between Ownership and Control in Italy, The Control of Corporate Europe*, s. 17.

<sup>19</sup> Adolf A. Berle/Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1968, s. 83.

<sup>20</sup> Harold Demsetz, "The Structure of Ownership and the Theory of the Firm", *Journal of Law and Economics*, 1983, V. 26, s. 375-390.

sebeup olmasının Őirket değerini dűŐürdüęü belirlenmiŐtir.<sup>21</sup> Bir baŐka çalıŐmada ise, piramit yapılanmanın Őirket değerini artırdığı ancak Őirketin kârlılığı bakımından bir etki doğurmadığı sonucuna ulaŐmıŐtır.<sup>22</sup> Görüldüęü gibi, özellikle piramit yapılanmaların Őirket değerine olan etkileri araŐtırılırken farklı bakıŐ açıları ve farklı ölçütler dikkate alındığından, eldeki çalıŐmalarla piramit yapılanmaların Őirket değerine olan etkileri bakımından mutlak bir sonuca ulaŐıldıęı söylenemez.

Yukarıda da belirtildiği üzere, piramit yapılanma her ne kadar topluluk yapılanmasının özel bir görünüm biçimi olsa da bu iki kavram arasında farklar bulunmaktadır. Bunlar, piramit yapılanma yoluyla kontrol gücü ile sermaye payı oranı arasında bir fark yaratılması;<sup>23</sup> sermaye payından, böylece pay oranıyla orantılı malvarlıksal haklardan ve üstlenilen risklerden bağımsız ve fazla bir kontrol gücünün elde edilmesi ve çok basamaklı bir hakimiyet zincirinin varlığıdır. Özellikle piramidin alt basamaklarına inilmesiyle birlikte, hâkim teŐebbűsün, dolaylı hakimiyet zinciri sayesinde, sermaye payıyla ters orantılı bir kontrol gücü elde etmesi sağlanır.

Piramit yapılanma sayesinde hâkim teŐebbűsün alt basamaklarda yer alan Őirketlerdeki malvarlıksal haklarının azalması, hâkim teŐebbűsün bağlı Őirketlerde oluşabilecek ekonomik sorunlardan daha az etkilenmesini, böylece bu Őirketleri Őirket dıŐı bir menfaat uğruna yönetme riskini daha kolay üstlenmesini sağlayabilir. Böylece hâkim teŐebbűs, kontrol ile pay sahipliği hakları arasında bir ayırım yaratarak kontrol gücüne sahip olacak, kontrol gücünün faydalarından az bir sermaye miktarı ile yararlanabilecektir.<sup>24</sup> Bu durumda topluluk yapısına kıyasla piramit yapılanma içerisinde yer alan bağlı Őirketlere sermaye koyan grup dıŐı pay sahiplerinin korunması daha da büyük önem taŐımaktadır.

<sup>21</sup> Belen Villalonga/Raphael Amit, "How do Family Ownership, Control and Management Affect Firm Value?", *Journal of Financial Economics*, 2006, V. 80, s. 387.

<sup>22</sup> Ronald W. Masulis/Peter Kien Pham/Jason Zein, "Family Business Groups around the World: Costs and Benefits of Pyramids", *The Review of Financial Studies*, 2011, V. 14, Is. 11, s. 6.

<sup>23</sup> Jeremy J. Edwards/Alfons, J. Weichenrieder, "Control Rights, Pyramids, and the Measurement of Ownership Concentration", *Munich Personal RePEc Archive*, 2009, Paper No. 13830, s. 44.

<sup>24</sup> Masulis/Pham/Zein, "Family Business Groups around the World: Costs and Benefits of Pyramids", s. 2.

Esas itibariyle, bir ülke düzeninin getirmiş olduğu grup dışı pay sahiplerine ilişkin koruma ne kadar güçlüyse, hâkim teşebbüsün piramit yapılanma sayesinde elde etmiş olduğu hakimiyeti kötüye kullanma ihtimalinin o kadar düşük olması beklenir. Bu kapsamda, piramit yapılanmaları, pay sahipliği korumasının etkinliği bakımından inceleyen bir çalışmada, pay sahipliği korumasına ilişkin düzenlemelerin zayıf olduğu ülkelerde, şirketlerin piramit yapılanmaya daha eğilimli bir pay sahipliği yapısının bulunduğu ortaya konmuştur. Böylece hâkim teşebbüs, hafif bir yaptırımla veya hiçbir yaptırıma maruz kalmaksızın, hakimiyetini kullanmakta; düşük olan pay oranına bağlı olarak bağlı şirketleri kendi menfaatine göre yöneterek finansman ve kaynak elde edebilmektedir.<sup>25</sup> Bu çalışmanın tersi yönde, toplam 45 ülke hukukunu inceleyen bir çalışmada ise, piramit yapılanmanın tercih edilmesi ile pay sahipliği korumasına ilişkin getirilen düzenlemelerin arasında herhangi bir bağ olmadığı sonucu elde edilmiştir.<sup>26</sup>

AB Komisyonu'nun sermaye payı ile kontrol hakları arasındaki orantılılık ilkesini temel alarak yapmış olduğu bir çalışmada, 16 AB ülkesi,<sup>27</sup> Avustralya, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Japonya'nın aralarında bulunduğu ülkelerin %75'inde şirketlerin piramit yapılanma şeklinde örgütlendiği tespit edilmiştir.<sup>28</sup> Görüldüğü gibi, piramit yapılanmaların zayıf pay sahipliği koruması getirmiş olan ülkelerde daha sık görülmesi beklense de, çoğu AB ülkesi dahil birçok ülkede piramit yapılanmanın tercih edildiği söylenebilir. Örneğin, Alman hukuk düzeni, topluluk yapılanmasına dair çok kapsamlı bir düzenleme içermesine karşın, grup şirketlerin ağırlıklı olduğu bir piyasaya sahiptir.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Heitor V. Almeida/Daniel Wolfenzon, "A Theory of Pyramidal Ownership and Family Business Groups", *Journal of Finance*, 2006, V. 61, s. 2637, 2661.

<sup>26</sup> Masulis/Pham/Zein, "Family Business Groups around the World: Costs and Benefits of Pyramids", s. 33, 36.

<sup>27</sup> Bu ülkeler; Belçika, Danimarka, Estonya, Fransa, Finlandiya, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Polonya, İspanya, İsveç ve İngiltere'dir.

<sup>28</sup> Proportionality Between Ownership and Control in EU Listed Companies External Study Commissioned by the European Commission, Report on the Proportionality Principle in the European Union, 2007, s. 19, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_07\\_751](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_07_751) (erişim tarihi: 16.01.2023).

<sup>29</sup> Ekkehart Boehmer, "Business Groups, Bank Control, and Large Shareholders: An Analysis of German Takeovers", *Journal of Financial Intermediation*, 2000, V. 9, s. 118.



Piramit yapılanmanın sıklıkla tercih edildiği ülkelerden bir diğeri olan İsveç'te, Stockholm Borsası'nda işlem gören birçok halka açık İsveç merkezli şirket, tek bir ailenin hakimiyeti altında oluşturulmuş olan bir piramit yapılanma içerisinde yer almaktadır ve bu şirketler Borsa'nın piyasa değerinin yarısını oluşturmaktadır.<sup>30</sup> Bir başka güçlü ekonomiye sahip Japonya'da da piramit yapılanmalara sıklıkla rastlanmakta olup,<sup>31</sup> dünyanın en güçlü ekonomisine sahip olan ABD'de ise getirilmiş olan vergi kısıtlamalarına bağlı olarak piramit yapılanmaya çok rastlanmamaktadır.<sup>32</sup> Latin Amerika ülkeleri ise güçlü bir ekonomik yapıya sahip olmayan ancak özellikle tepede bir ailenin yer aldığı piramit yapılanmaların sıklıkla görüldüğü ülkeler arasındadırlar.<sup>33</sup>

Ülke hukuk düzenlerinin getirmiş olduğu pay sahipliği koruması, esasen kurumsal yönetim ilkelerinin<sup>34</sup> uygulanmasının etkinliğiyle birebir bağlantılıdır. Bu anlamda, hukuk düzenince öngörülmüş olan kurumsal yönetim ilkelerinin güçlü veya zayıf olmasına bağlı olarak yapılan bir çalışmada, kontrol geliştirici mekanizmalardan olan karşılıklı iştirak, oy hakkında imtiyaz ve piramit yapılanmalar dikkate alınmış ve kontrol hakları ile sermaye oranı arasında ayrımın olmadığı

<sup>30</sup> Peter Högfeldt, The History And Politics of Corporate Ownership in Sweden, In the History of Corporate Governance Around the World: Family Business Groups to Professional Managers, 2005, s. 519.

<sup>31</sup> Randall Morck/Masao Nakamura, "Banks and Corporate Control in Japan", *Journal of Finance*, 1999, V. 54, No.1, s. 319-340.

<sup>32</sup> ABD'de piramit yapılanmalar bakımından getirilmiş olan çifte vergilendirme düzenlemesi hk. ayrıntılı bilgi için bkz. Randall Morck, "Why Some Double Taxation Might Make Sense: The Special Case of Inter-Corporate Dividends", *University of Alberta Centre for Financial Research Working Paper*, 2003, No. 03-01, s. 151.

<sup>33</sup> Latin Amerika ülkelerinde piramit yapılanmanın özellik arz eden yönleri hk. ayrıntılı bilgi için bkz. Stephen Haber, How Latin America Fall Behind: Essays in the Economic Histories of Brazil and Mexico, 1800-1914, Stanford University Press, 1997.

<sup>34</sup> Kurumsal yönetim ilkeleri, "en iyi şekilde yönetim" anlayışına bağlı olarak, şirket ile menfaat sahipleri arasındaki dengeyi gözetken, bunlar arasındaki ilişkileri düzenleyen, tarafların hak ve sorumluluklarını ortaya koyan ve ilgililerin şirkete olan katkısının en etkili ve verimli şekilde gerçekleşmesini amaçlayarak şirketleri kontrol altına tutmaya yönelik ve verimli şekilde gerçekleştirilmesini amaçlayan yönetim, denetimi ve gözetimi olan kurumsal yönetimin, dört temel ilkesi vardır. Bunlar kamuoyu aydınlatma veya şeffaflık, hakkaniyet, hesap verilebilirlik ve sorumluluktur (G20/OECD Principles of Corporate Governance, 2016, s.9, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264236882en.pdf?expires=1677570094&id=id&accname=guest&checksum=C6040C1309CF489A8CE2B0AE4F7EE571> (erişim tarihi:18.01.2023)).

ğı yani orantılılık ilkesinin geçerli olduğu şirketlerde sermaye yatırım getirisinin % 80 civarında olduğu; tersi şekilde hakimiyet araçlarının kullanılarak malvarlıksal haklarla yönetim hakları arasında ayrımın mevcut olduğu özellikle piramidin alt basamaklarında yer alan ve karşılıklı iştirakin olduğu şirketlerde bu getirinin % 34'lerde olduğu saptanmıştır.<sup>35</sup>

Özetle, hâkim teşebbüsün, üstlenmiş olduğu riski ve topluluk şirketlerine koymuş olduğu sermaye miktarını azaltarak hakimiyetini devam ettirdiği bir yapı olan piramit yapılanmalar bakımından yapılan çalışmalar farklı ölçütleri ele alması ve farklı bakış açılarıyla piramit yapılanmaları incelemesi nedeniyle bu yapılanmaların olumlu veya olumsuz etkileri hakkında mutlak bir sonuç verememektedir.

### C. Piramit Yapılanmaların Özel İncelemeye Konu Olmasının Nedenleri

Piramit yapılanmalar, yaratması olası sorunlar nedeniyle özel olarak incelenmesi gereken bir alandır. Esasen topluluk yapılanmasının neden olabileceği sorunları da içerisinde barındırmakla beraber, piramit yapılanmanın kendine özgü sorunları vardır. Malvarlıksal haklarla yönetim hakları arasındaki ayrım ve bu ayrıma bağlı olarak tepede yer alan hâkim teşebbüsün bağlı şirketleri menfaatleri uğruna yönetecek şekilde talimatlar verebilmesi, piramit yapılanmaları, diğer menfaat sahipleri olarak adlandırılabilir, bağlı şirket grup dışı pay sahipleri ve alacaklılar ile genel anlamda kurumsal yönetim bakımından daha riskli bir konuma getirmektedir.

Menfaat çatışması, anonim şirketlerde, pay sahipleri, alacaklılar, çalışanlar ve yöneticiler gibi farklı menfaat gruplarının varlığına bağlı olarak, yönetimde hangi grubun menfaatlerinin ön planda tutulacağına ilişkin olarak ortaya çıkan sorunlar şeklinde tanımlanabilir.<sup>36</sup> Bir anonim şirkette özellikle şirketin pay sahipliği yapısına göre farklılık gösterecek şekilde, üç farklı türde menfaat çatışması ortaya çıkabilecek

<sup>35</sup> Klaus Gugler/Dennis C. Müller/B. Burçin Yurtoğlu, "Corporate Governance and the Returns on Investment", *Journal of Law and Economics*, 2004, V. 47, No. 2, s. 616-617.

<sup>36</sup> Bu konu hk. ayrıntılı bilgi için bkz. Feyzan Hayal Şehirli Çelik, Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, 1. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 14-37.

olup, bunlar; pay sahipleri ile yöneticiler arasında, hakim pay sahibi ile grup dışı pay sahipleri arasında ve tüm pay sahipleri ile alacaklı ve çalışanların içinde yer alacağı şekilde diğer menfaat sahipleri arasında gerçekleşebilir.

Piramit yapılanmalar bakımından, tıpkı topluluk yapılanmasında olduğu gibi, hakimiyetin varlığı sebebiyle ortaya çıkabilecek olan menfaat çatışması, kural olarak, hâkim pay sahibi ile grup dışı pay sahipleri arasında gerçekleşebilecektir. Bu noktada menfaat çatışmasına neden olacak durum, hâkim teşebbüsün hakimiyetine bağlı olarak bağlı şirketi kendi, topluluk veya bir başka bağlı şirket yararına olacak şekilde yönetebilme riskidir. Bu durumda bir başka menfaat uğruna yönetilen şirket yanında bu şirketin pay sahipleri ve alacaklıları da bu yönetim tarzından olumsuz yönde etkilenebileceklerdir.

Bağlı şirketlerin söz konusu şirket menfaati harici bir menfaat gözetilerek yönetilmesi, piramit yapılanmanın özellikle alt kademelerinde yer alan bağlı şirket ve o şirketin menfaat sahipleri bakımından daha da olumsuz sonuçlara neden olabilecektir. Yaratılan piramit yapılanma ile birlikte, hâkim teşebbüsün kontrol ve malvarlıksal haklarındaki ayırım, malvarlıksal hakların düşük olmasına bağlı olarak hâkim teşebbüsün, bağlı şirketin malvarlıksal azalmasından daha az etkilenmesine sebep olacaktır. Hâkim teşebbüs, yüksek sermaye payı oranıyla pay sahibi olduğu bir bağlı şirkete nazaran, daha az riskle düşük sermaye payı oranı ile pay sahibi olduğu bir şirketi kişisel menfaatine göre yönetme eğiliminde olabilecektir.<sup>37</sup> Bu durum, bağlı şirket grup dışı pay sahipleri yanında, hâkim teşebbüsün bir şirket olması halinde, hâkim şirketin grup dışı pay sahiplerini de olumsuz yönde etkileyebilme ihtimaline sahiptir. Hâkim şirkette hâkim durumda olan pay sahibinin grup politikası çerçevesinde hâkim şirketi yönetmesi, örneğin riskli görülen bir bağlı şirket yararına yatırım kararı alması, hâkim şirketin grup dışı pay sahiplerini de olumsuz etkileyebilecektir.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Chung/Chan, "Ownership Structure, Family Leadership and Performance of Affiliate Firms in Large Family Business Groups", s. 310; G20/OECD Principles of Corporate Governance, 2016, II.G, s. 28-29.

<sup>38</sup> Hopt, "Groups of Companies: A Comparative Study of the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups", s. 6.

Piramit yapılanmalarda hâkim pay sahibinin grup dışı menfaat sahiplerini riskli konuma sokmasına neden olacak ve bağlı şirketi bir başka menfaat uğruna feda etmesini kolaylaştıracak birçok mekanizma söz konusu olabilir. Bunlara, grup şirketler arasında yapılan ilişkili taraf işlemleri<sup>39</sup> ve bu işlemlerin bir sonucu olarak örtülü kazanç aktarımı;<sup>40</sup> grup lehine yapılan bağışlar, hâkim teşebbüsün doğrudan veya dolaylı olarak aday gösterdiği yöneticilere tanınan yüksek miktarda mali haklar örnek gösterilebilir. Hâkim teşebbüsün, düşük malvarlıksal haklara sahip olduğu bir şirketin malvarlığını, yüksek malvarlıksal haklara sahip olduğu bir grup şirketine aktarması ve böylece malvarlığı aktarımı yapılan şirkette dağıtılabilir kârdan daha yüksek oranda faydalanması da malvarlığı aktarılan şirketi ve bu şirketin menfaat sahiplerini olumsuz yönde etkileyebilecektir.

Piramit yapılanmalara özgü menfaat çatışması yanında, dolaylı hakimiyet ve bazı imtiyazlarla yaratılan hakimiyet zincirinin varlığına bağlı şekilde, kural olarak, hâkim teşebbüsün, bağlı şirketlerde hakimiyetini kaybetme tehlikesi yoktur ya da çok azdır. Hâkim teşebbüsün devralma veya kontrolü kaybetme tehlikesi olmaksızın bağlı şirketleri yönetmesi haline, literatürde, yerleşme veya sağlama etkisi (*the entrenchment effect*) adı verilmektedir.<sup>41</sup> Böylece hakimiyete sahip olmak ve sermaye payı ile kontrol hakları arasındaki ayrım yanında, hâkim teşebbüsün bu hakimiyeti kaybetme tehlikesinin bulunmaması, onun grup şirketlerini farklı menfaatleri gözeterek yönetebilmesine daha kolay yol açabilecektir. Çünkü esasen, kontrolün

<sup>39</sup> TMS 24, par. 9/b-ii'ye göre aynı grubun üyesi olan işletmeler birbirinin ilişkili tarafı konumundadır.

<sup>40</sup> Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) 21. maddesine göre "halka açık anonim şirketler ile bunların ilişkili taraf olarak kabul edilen gerçek veya tüzel kişilerle emsallerine uygun, piyasa teammülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı fiyat, ücret, bedel veya şartları içeren anlaşma veya ticari uygulamalarla kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya bunların artmasına engel olarak yapılan kazanç aktarımları" halinde örtülü kazanç aktarımı meydana gelmektedir. Madde düzenlenmesinden hareketle, ilişkili tarafla yapılmış olan bir varlık/hizmet alım/satımı amacıyla yapılan sözleşmelerin emsallerine, piyasa teammülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı şekilde bedel veya şartlar içermesi halinde, bu işlem halka açık anonim şirketin malvarlığında bir azalmaya sebep oluyor veya malvarlığının artmasına engel oluyorsa örtülü kazanç aktarımından söz edilir.

<sup>41</sup> Lin, "Controlling Controlling-Minority Shareholders: Corporate Governance and Leveraged Corporate Control", s. 472.

kaybedilmesi tehlikesi, hakimiyete sahip pay sahibinin şirket yönetimi bakımından davranışlarını olumlu yönde etkilemektedir. Hakimiyeti kaybetmek istemeyen pay sahibi, şirketi, pay sahiplerinin veya şirketin menfaatine göre yönetecektir. Kontrolün kaybedilme tehlikesinin bulunması ve hâkim pay sahibi ile diğer pay sahipleri bakımından hakimiyetin elde edilmesi konusunda bir yarışın olması menfaat çatışmalarını azaltabilecektir. Pay sahipleri arasında böyle bir yarışın mevcudiyeti ise ancak, sermaye payı kadar kontrol hakkına sahip olunduğu yani bu ikili arasında bir oransallığın mevcut olduğu hallerde mümkündür.<sup>42</sup> Malvarlıksal haklarla kontrol hakları arasındaki ayrımın çok genişlediği piramit yapılanmalarda ise, bu ayrımla ve dolaylı hakimiyetle birlikte kontrolün kaybedilme tehlikesinin bulunmaması, bağlı şirketlerin farklı menfaatler uğruna feda edilmesi riskini artırmaktadır. Böylece piramit içerisinde yer alan şirketlerin malvarlığında azalma yaşanması ve pay sahiplerinin kâr payı alma hakkının olumsuz yönde etkilenmesi gündeme gelmektedir.

Yukarıda sayılan sebeplerle, menfaat sahiplerinin korunması amacıyla özel hükümlerin getirilmesi, hem hâkim teşebbüsün bağlı şirketleri yönetirken özenli davranmasına hem de herhangi bir hak ihlali durumunda menfaat sahiplerinin haklarını koruyabilmesine yardımcı olacaktır. Örneğin TTK'da bu anlamda topluluk hükümleri getirilerek, bu ilişkiler düzenlenmiş ve pay sahipleri ve alacaklıların topluluk üyesi bir şirketle olan ilişkileri nedeniyle uğrayabilecekleri kaybin/zararın ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Ancak bu hükümlerin uygulanabilmesi için pay sahibi veya alacaklıların topluluk yapılanmasından ve topluluk içinde yapılan işlemlerden haberdar olması gerekir. Şirket içinde tüm birimlerin aynı anda ve aynı kapsamda bilgi alamaması nedeniyle pay sahipleri ve çalışanlar gibi menfaat sahiplerinin de bilgi alamaması ve şirket işleyişinde eksik veya geç bilgiden dolayı ortaya çıkan sorunlar olarak tanımlanabilecek olan bilgi asimetrisi, piramit yapılanmalarda kurumsal yönetim bakımından çözülmesi gereken sorunlardan biridir.<sup>43</sup> Karmaşık bir

<sup>42</sup> Report on the Proportionality Principle in the European Union, 2007, s. 10.

<sup>43</sup> Barış Akgül, Kurumsal Yönetim İlkeleri Uyarınca Banka Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2009, s. 38.

yapısı olmayan, basit topluluklar bakımından topluluk ilişkileri hakkında bilgi sahibi olunabilmesi daha kolayken, piramit yapılanma gibi karmaşık, çok basamaklı ve salkım halindeki bir toplulukta bu durum çok daha zordur.

Yukarıdaki örnek şema, (P) A.Ş.'nin pay sahipleri veya alacaklıları bakımından incelendiğinde, piramit yapılanmaların bilgi asimetrisi anlamında yol açabileceği sorunlar daha somut şekilde anlaşılabilir. Şöyle ki, (P) A.Ş.'nin pay sahibi veya alacaklısının bu yapılanmadan haberdar olabilmesi, şirketin yönetim talimatlarının (A) A.Ş.'den geldiğini bilebilmesi her zaman mümkün değildir. Piramit yapılanmaların esasen birer şirketler topluluğu olduğu dikkate alındığında, TTK'nın pay sahipleri ve alacaklıları koruma amacıyla getirmiş olduğu düzenlemelerden menfaat sahiplerinin yararlanabilmesi, örneğin TTK m. 202 anlamında bağlı şirketi zarara uğratan talimatın hangi kademedeyen geldiğinin tespit edilebilmesi çok daha güçtür.<sup>44</sup> Örnekten hareketle, piramit yapılanmaların sebep olabileceği riskler ve sorunlar, salkım şeklinde bir hakimiyet zincirinin oluşturulduğu karmaşık bir yapı yaratıldığında, bu yapı içerisinde yer alan birçok şirket ve bu şirketlerin ayrı ayrı pay sahipleri ve alacaklılarının sayısı göz önüne alındığında, çok daha büyük bir kitleye yayılabilmekte ve çok daha önemli hale gelmektedir.

<sup>44</sup> TTK m. 202, hâkim teşebbüs tarafından bağlı şirketin yönlendirilmesi amacıyla verilen talimatların bağlı şirketin zararına sebep olması halinde, bağlı şirket pay sahipleri ve alacaklıların dava hakkını düzenlemektedir. Buna göre, hâkim teşebbüs, talimatları ile bağlı şirketi kayba uğrattığı durumlarda, ilgili faaliyet yılının sonuna kadar söz konusu kaybı denkleştirmeli veya buna eş değer bir istem hakkı tanımalıdır. Eğer kayıp, maddede belirtilen süre içerisinde giderilmezse, kaybin zarara dönüşeceği ve bu zararın bağlı şirket pay sahibince veya alacaklılarınca şirkete ödenmek üzere talep edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle, zararı doğuran işlem bakımından verilen talimatın hangi kademedeyen geldiği, açılacak olan tazminat davasında davalı tarafın belirlenmesi açısından büyük önem kazanacaktır. Bu konu hk. ayrıntılı bilgi için bkz. İrfan Akın, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 178 vd.; Gök-türk, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, s. 55 vd.; Fatma Beril Özcanlı, Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 117 vd.; Gül Okutan Nilsson, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 223 vd.

## II. HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERİN PİRAMİT YAPILANMA BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Piramit Yapılanmanın Halka Açık Anonim Şirketlere Elverişliliğinin İncelenmesi

Bağlı şirketlerde, göreceli düşük sermaye miktarıyla orantısız şekilde kontrol haklarına sahip olunması sonucunu doğuran piramit yapılanmalardan hâkim teşebbüsün en iyi şekilde yararlanması, bağlı şirketlerin malvarlığının artmasıyla sağlanır. Hâkim teşebbüs, her ne kadar düşük sermaye miktarına bağlı olarak malvarlıksal haklardan düşük oranda yararlanacaksa da topluluğun toplam malvarlığı açısından incelendiğinde, hakim teşebbüs tarafından üstlenilen risk düşük olmasına rağmen, topluluğun ve hakim teşebbüsün yönlendirilebileceği malvarlığı artmış olacaktır. Bu anlamda, şirketin kaynaklarının artması bakımından şirketlerin paylarının halka arzı önemli bir yer tutmaktadır.<sup>45</sup> Bağlı şirketin halka açılmasıyla birlikte, payların el değiştirmesinin kolaylaşması ve hızlanmasına bağlı olarak, şirket malvarlığı artacak, böylece dış yatırım, piramit katındaki şirketlerin halka arzıyla en üst seviyeye ulaşabilecektir.<sup>46</sup>

Yapılmış olan bir çalışmada ise, tersi şekilde, grup içi şirketlerden çok, bir topluluk içerisinde yer almayan ve hakimiyetten bağımsız şekilde faaliyet gösteren şirketlerin daha yaygın şekilde halka açıldığı tespit edilmiştir.<sup>47</sup> Bunun sebebi, piramit yapılanmaların esasen bir topluluk yapılanması olmasından hareketle, bir iç pazar oluşturması ve dış kaynaklara daha az gereksinim duyması olarak gösterilmiştir. Gerçekten de piramit yapılanmalar, bağlı şirketler aracılığıyla faaliyetleri için gerekli kaynakları grup içerisinde sağlayabilmekte, grup içi borçlanma araçları sayesinde bağımsız bir şirketten daha az dış kaynağa ihtiyaç duyabilmektedirler.

Piramit yapılanmaların hâkim teşebbüsün malvarlıksal hakları ile kontrol gücü arasında yarattığı ayırım ve bu ayırımın getirmesi olası gö-

<sup>45</sup> Belen Villalonga/Raphael Amit, "How are US Family Firms Controlled?", *European Corporate Governance Institute*, 2006, Finance Working Paper No. 131/2006, s. 44.

<sup>46</sup> Steven A. Bank/Brian R. Cheffins, "The Corporate Pyramid Fable", *UCLA Law School, Law and Economics Research Paper Series*, 2010, Paper No. 10-01, s. 3.

<sup>47</sup> Masulis/Pham/Zein, "Family Business Groups around the World: Costs and Benefits of Pyramids", s. 36.

rünen riskleri nedeniyle borsa yatırımcılarının, piramit yapılanma içerisinde yer alan halka açık bir şirkete yatırım yapmaktan çekineceği düşünülebilir. Ancak başta Avrupa ve Doğu Asya ülkeleri olmak üzere, çoğu halka açık şirketin, şirket yönetiminde kontrol geliştirici mekanizmalar kullandığı görülmüştür.<sup>48</sup> Bunun yanında AB ülkeleri bakımından yapılmış olan bir çalışma, üye ülkelerde faaliyet gösteren şirketlerin %27'sinin piramit yapılanma şeklinde gruplaştığını; AB merkezli büyük ve halka açık şirketler bakımından en çok tercih edilen kontrol geliştirici mekanizmanın piramit yapılanma olduğunu göstermiştir.<sup>49</sup>

Yukarıda belirtildiği üzere, piramit yapılanmaların sebep olduğu sorunlardan biri, hâkim teşebbüsün piramit içi şirketlerde kontrolü kaybetme tehlikesinin bulunmaması ve buna bağlı olarak bu şirketleri farklı menfaatleri dikkate alarak yönetmeye eğilimli olmasıdır. Ancak bir grup şirketinin halka açılması ve paylarını halka satışı ile birlikte hâkim teşebbüsün sahip olduğu kontrol gücü tehlikeye girebilir. Bu nedenle, halka açılmaya karar veren grup içi şirketlerin hâkim teşebbüslerinin, şirketin bir kısım paylarının halka satılmasına rağmen hakimiyetini devam ettirmesi önemlidir. Bu amaçla kullanılan yöntemlerden bir tanesi düşük halka arz oranlarının tercih edilmesidir. Böylece hâkim teşebbüs halka açılan paylar ile halka arzla amaçlanan finansmana ulaşırken, bir yandan da hakimiyeti kaybetmeyecek, düşük oranda payı halka arz ederek hakimiyetini devam ettirebilecektir.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Lin, "Controlling Controlling-Minority Shareholders: Corporate Governance and Leveraged Corporate Control", s. 484.

<sup>49</sup> Report on the Proportionality Principle in the European Union, 2007, s. 25.

<sup>50</sup> Düşük halka arz oranının tercih edilmiş olduğu şirketler genellikle bir hakimiyet altında yönetilen şirketlerdir. Düşük halka açıklık oranı tercih edildiğinde, ilgili piyasaya düşük oranda pay ihraç edilmesiyle, söz konusu paylar, piyasada yetersiz likiditeye sahip olmakta ve sağlıklı bir fiyat oluşumu gerçekleşmemektedir. Bu da şirketin paylarının manipülasyon riskine daha açık olmasına sebebiyet verebilmektedir. Ayrıca halka arz oranı arttıkça şirketin almış olduğu kararlara karşı piyasanın hassaslaşması da sağlanacak; şirketin alacağı kararlar üzerinde piyasanın etkisi artmış olacaktır. Tersî şekilde, halka açıklık oranının düşük tutulduğu hallerde, şirketin piyasaya olan hassasiyeti azalacağı için bu durum, paylara müdahalenin daha kolay olmasına ve manipülatif hareketlere uygun bir yapıya sebep olabilecektir. Bu konu hk. ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlar Manavgat, Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, 1. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 78 vd. Ayrıca halka açıklık oranının artmasıyla şirketin piyasaya karşı şeffaflığı artacağı için bilgi asimetrisinin azalması gibi bir olumlu sonuçla da karşılaşılabilir. Bilgi asimetrisinin azalması, yatırımcı ve alacaklıların şirketin durumunu değerlendirmesini kolaylaştırarak işlem maliyetlerinin azalması ve şirket malvarlığının artmasını sağlayabilir (Çiğdem Vural Yavaş, "Determinants of Capital Structure for



Düşük halka arz oranlarının tercih edilmesi yanında, hâkim teşebbüsün halka açılmaya rağmen hakimiyetini devam ettirmesini kolaylaştıracak başka yollar da mevcuttur. Bunlardan bir tanesi, piramit yapılanmanın sağlanmasında da kullanılan, hâkim teşebbüs lehine, halka arz olunacak şirketin esas sözleşmesine konacak ve yönetim organının çoğunluğunu seçtirmeyi sağlayacak TTK m. 360 anlamındaki yönetim kurulu üyeliği için aday gösterme veya bu organda temsil edilme imtiyazıdır.<sup>51</sup> Böylece hâkim teşebbüs sermayenin çoğunluğuna sahip olmaksızın, yönetim kurulunun çoğunluğunu seçtirerek ilgili bağlı şirketin hakimiyetine sahip olmaya devam edebilecektir.

Halka arza rağmen hakimiyetin devam ettirilmesine yarayan bir başka yol, yine piramit yapılanma şeklinde bir hakimiyet zincirinin kurulmasında da kullanılan oyda imtiyazlı payların yaratılmasıdır. Hâkim teşebbüs oyda imtiyaza sahip paylara sahipken, böyle bir imtiyazı olmayan payların halka arzıyla birlikte, yine sermaye payından bağımsız bir hakimiyet yaratılabilmekte ve hâkim teşebbüs halka arz nedeniyle herhangi bir kontrolü kaybetme tehlikesi yaşamamaktadır. TTK'da hakimiyet aracı olarak öngörülen hakimiyet, pay sahipleri veya oy sözleşmeleri de halka arza rağmen hakimiyetin devamını sağlamaya elverişli araçlardır. Şu an için Türk hukuku bakımından uygulanması mümkün olmayan oydan yoksun payların çıkarılması da hakimiyetin devamı amacıyla kullanılabilir.<sup>52</sup>

---

Firms that Provide High Quality Sustainability Reporting", *Journal of Management and Sustainability*, 2016, V. 6, No. 4, s. 26).

<sup>51</sup> TTK m. 360'ın halka açık şirketler bakımından getirmiş olduğu düzenleme, ilgili madde kapsamında yaratılacak olan yönetim organında aday gösterme imtiyazı ile aday gösterilecek üyelerin sayısının yönetim kurulu sayısının yarısından fazla olamayacağı şeklindedir. Bu düzenleme karşısında TTK m. 360 anlamında getirilen imtiyazın, bağlı şirketin halka açılması halinde hâkim teşebbüsün hakimiyeti devam ettirmesinde tek başına kullanılamayacağı düşünülebilir. Özellikle şirket esas sözleşmesinde, yönetim kurulunun tek sayıdan oluşacağı öngörüldüğü hallerde, ilgili düzenleme uyarınca, üye sayısının yarısı tam sayı olmak üzere yukarıya yuvarlanamayacağı için üye tam sayısının yarısından azı ancak hâkim teşebbüsçe aday gösterilebilecektir (Örneğin, yönetim kurulunun yedi kişiden oluşacağına ilişkin bir düzenlemenin varlığı halinde, bu üyelere ancak üç tanesi TTK m. 360 uyarınca tanınan imtiyaza bağlı olarak aday gösterilebilecektir). Ancak yönetim kurulunun genel kurulca seçildiği ve genel kurulda da sermayenin çoğunluğunun, kural olarak, hâkim teşebbüste olması ve halka açık şirketlerde söz konusu olan güç boşluğu dikkate alındığında, TTK m. 360/1'in son cümlesinin hakimiyeti devam ettirme önünde bir engel olmadığı söylenebilir.

<sup>52</sup> TTK m. 434/2 hükmü ile getirilen her payın en az bir oy hakkına sahip olmasına ilişkin kuralla birlikte, yürürlükteki mevzuat bakımından oydan yoksun pay çıkarılması mümkün değildir. Mülga SPKn düzenlemesinde yer alan oydan yoksun

Görüldüğü gibi hâkim teşebbüsler, çeşitli hukuki kontrol geliştirici mekanizmaların kullanılmasıyla birlikte hem şirketin ihtiyaç duyduğu finansmanın elde edilmesini sağlamakta hem de yönetimin yabancılaşmasını engelleyerek, yönetimde etkinliği korumakta ve hakimiyetlerini devam ettirebilmektedirler.

## **B. Piramit Yapılanmalarda Halka Arzın Özellik Gösterdiği Noktalar**

Halka arzın, piramidin tepesinde yer alan hâkim teşebbüsün ihtiyaç duyduğu finansmana olan etkisinden söz edildikten sonra, topluluk içinde yer alan bir bağlı şirketin halka arzında önem arz eden noktalardan söz edilmesinde fayda vardır. Bir bağlı şirketin ilk halka arzında, ilgili şirketin hakimiyet altında olması önem göstermektedir. Piramit yapılanmalarda, özellikle alt kademelerde yer alan şirketlerin halka açılmasında, tepede yer alan hâkim teşebbüsün kural olarak, düşük oranda sermaye payına sahip olduğu veya hiçbir pay sahipliği bulunmadığı bir grup şirketinin halka açık hale gelmesi söz konusu olmaktadır. Bu basamaklarda yer alan şirketlerde, doğrudan hakimiyete sahip pay sahibi, piramit yapılanma açısından incelendiğinde, tepede yer alan hâkim teşebbüs değil, ara hâkim şirkettir; ancak ara hâkim şirketin hakimiyeti tepede yer alan hâkim teşebbüstedir.

Hakimiyetin varlığı, yukarıda belirtildiği üzere, söz konusu şirketin farklı menfaatlere göre yönetilmesi ve malvarlığının aktararak azaltılması olasılığını doğurması nedeniyle yatırımcıların ilgili şirkete yatırım yapma kararı almasında olumsuz bir etki gösterebilir.<sup>53</sup> Hakimiyeti sağlayan payların halka arzdan önce satılması söz konusu olumsuz etkiyi ortadan kaldıracak<sup>54</sup> olup, bir hakimiyet zinciri ve buna bağlı olarak bir iç pazar kurmuş olan hakim teşebbüsün bu yolu seçmesi çok da olası değildir.

---

paylar, yeni kanuna alınmamış, bu paylara ilişkin olarak çıkarılmış olan "Oydan Yoksun Paylara İlişkin Tebliğ" de yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak TTK'nın birleşme ve bölünme hükümlerinde oydan yoksun paylara atfı yapılmış olması nedeniyle ileride yapılacak bir mevzuat değişikliği ile oydan yoksun pay çıkarmanın mümkün olabileceği söylenebilir.

<sup>53</sup> Lin, "Controlling Controlling-Minority Shareholders: Corporate Governance and Leveraged Corporate Control", s. 483.

<sup>54</sup> Çağlar Manavgat, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, 1. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 615.

Piramit içerisinde yer alan bağılı şirketin halka açılmasıyla birlikte, hakimiyetini kaybetme tehlikesi yaşamak istemeyen veya sermaye payından bağımsız şekilde hakimiyetini devam ettirmek isteyen hâkim pay sahibinin yararlanabileceği en önemli hukuki araç, kontrol geliştirici mekanizmalar içerisinde yer alan, şirket esas sözleşmesinde öngörülecek ve hakimiyeti sağlamaya yönelik olan imtiyazların yaratılmasıdır. Bunlar, yukarıda da belirtildiği üzere, oyda imtiyaz<sup>55</sup> ve/veya yönetim kuruluna aday gösterme veya yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazıdır. Bu imtiyazların da halka açılmadan önce yaratılmasında fayda vardır; çünkü, halka açılma ile birlikte şirket, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) denetimine tabi olacak ve imtiyaz öngörülmesi için özel bir süreç geçirmek zorunda kalacaktır.<sup>56</sup>

Piramit yapılanmaların halka açılmasında göz önünde tutulması gereken bir başka husus da bu yapılanmalarda ortaya çıkması olası olan bilgi asimetrisi sorunudur. Hakimiyet altında yönetilen bir şirkette, yöneticilerin ve çalışanların çoğunun hâkim teşebbüs tarafından seçilmesi ve şirketin, hâkim teşebbüsün talimatlarına göre yönetilmesi nedeniyle, grup dışı pay sahiplerinin şirket hakkında bilgiye erişiminde sorunlar yaşanması olasıdır. Grup dışı pay sahibinin verimli ve etkin şekilde bilgi alamaması riski, şirketin halka açılması sırasında, şirket paylarının fiyatının düşük seviyede kalmasına ve yatırımcının yatırım kararında olumsuz sonuçlara neden olabilir.<sup>57</sup>

Bilgi asimetrisinin kurumsal yönetim anlamında bir sorun olması nedeniyle, halka açılma ile birlikte bir takım kamuyu aydınlatma yükümlülükleri getirilmiştir. Bu kapsamda halka açık şirketler, mevzuat gereği zorunlu kılınan konular hakkında Kamuyu Aydınlatma Plat-

<sup>55</sup> ABD’de halka açılan şirketler bakımından yapılmış olan bir çalışmada, paylarına oyda imtiyaz tanınmış olan şirketlerin, adi paylarla halka açılan şirketlere kıyasla pay fiyatının düşük olduğu ortaya çıkmıştır (Scott B. Smart/Chad J. Zutter, “Control as a Motivation for Underpricing: A Comparison of Dual- and Single-Class IPOs”, *Journal of Financial Economics*, 2003, V. 69, s. 85-110).

<sup>56</sup> Bu süreç SPK n. 23 ve II-23.3 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği’nde öngörülmüş olup; buna göre, yeni imtiyazlı paylar çıkarılması veya mevcut imtiyazların konusunun veya kapsamının değiştirilmesi önemli nitelikte işlemidir ve bu işlemin yapılabilmesi için genel kurul kararı alınmalı; bu genel kurul kararına olumsuz oy veren ve bunu tutanağa geçiren pay sahiplerine de ayrılma hakkı tanınmalıdır.

<sup>57</sup> Yin-Hua Yeh/Pei-Gi Shu/Guo Chiang, “Ownership Structure and IPO Valuation-Evidence from Taiwan”, *Financial Management*, 2008, V. 37, No. 1, s. 145.

formu aracılığıyla bilgi asimetrisinin önüne geçmek amacıyla kamuyu aydınlatma ve şeffaflığı sağlama yükümlülüğü altına sokulmuştur.

Hakimiyet altında olan şirketler bakımından kamuyu aydınlatma yükümlülüğüne bakıldığında, şirketin halka arzı öncesinde hazırlanmak zorunda olan ve temel amacı yatırımcının, ilgili şirket hakkında bilgi sahibi olması olan izahnamede şirketin sermaye yapısının ve şirketin doğrudan ve/veya dolaylı hakimiyet altında olup olmadığının gösterilmesi zorunlu kılınmıştır.<sup>58</sup> Dolaylı hakimiyet yapısının da gösterilmesi ile birlikte, yatırımcı, yatırım kararını verirken şirketin bir piramit yapılanma içerisinde yer aldığını bilerek hareket edebilecektir.

Piramit yapılanmalarda, çoğunlukla grup içinde yer alan şirketlere malvarlığı aktarımı suretiyle bağlı şirketlerin malvarlığının azaltılması riski, yatırımcıların, yatırım kararını olumsuz yönde etkileyebilme tehlikesine sahiptir. Bu tehlikeyle bağlantılı olarak, halka açılma sırasında hazırlanan izahnamede şirketin ilişkili taraflarına ait bilgilere de yer verilmekte ve yatırımcı, malvarlığı aktarımı gibi bir riskle karşı karşıya kalabileceği hakkında bilgilenmektedir.

Topluluk yapılanmasının halka arzda yaratması olası sorunlarına karşı yatırımcının söz konusu şirkete olan güvenini artırma amacıyla hâkim pay sahibinin belirli bir süre paylarını satışına kısıtlama getirilebilmektedir. SPKr'nin VII-128.1 sayılı Pay Tebliği m. 8 uyarınca, sermayenin en az %10'una sahip pay sahipleri veya sahip oldukları sermaye payından bağımsız olarak hakimiyeti elinde bulunduran pay sahipleri, isteğe bağlı olarak, belli bir süre için, sahip oldukları payları satmama taahhüdünde bulunabilirler. Çoğunluk paylarına sahip pay sahiplerinin, yatırımcı üzerinde yaratabileceği belirsizlik, halka arz fiyatında yüksek iskontoların uygulanmasına sebep olabileceği için, böyle bir taahhülle hem iskonto riski azaltılırken hem ilgili pay sahiplerinin şirkete olan güveni gösterilmekte,<sup>59</sup> hem de bu kişilerin/şirketlerin pay sahiplikleri sıfatı söz konusu süre boyunca devam etmektedir.

<sup>58</sup> SPKr, Payların Halka Arzında Kullanılacak Tek Belgeden Meydana Genel İzahname Formatı ve Hazırlanmasına İlişkin Kılavuz, m. 8.2, s. 22, <https://spk.gov.tr/data/61e368461b41c6127032080e/Tek%20belgeden%20olusan%20izahname.doc> (erişim tarihi: 20.01.2023).

<sup>59</sup> Michele Meoli/Stefano Palieri/Silvio Vismara, "Does Ownership Structure Affect IPO Valuation?", *SSRN Electronic Journal*, 2008, s. 3.

Pay satmama taahhüdünün öznesi, ilgili maddede, sermayenin en az %10'una sahip pay sahipleri yanında sermaye payına bakılmaksızın şirketin yönetim kontrolünü<sup>60</sup> elinde tutan pay sahipleri şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, piramit yapılanma gibi hâkim teşebbüsün doğrudan çoğunluk paylarına sahip olmaksızın hakimiyeti elinde bulundurması halinde de hakim teşebbüsün paylarını satmasının yatırımcı üzerinde oluşturabileceği olumsuz etkinin ortadan kaldırılması amaçlanmaya çalışılmıştır.<sup>61</sup>

Piramit yapılanma içerisinde yer alan bir şirketin halka arzında artan yatırımcı sayısına bağlı olarak yatırımcıların, bu yapılanma hakkında bilgi sahibi olması, şirketin nihai kontrolünün kimde olduğunu bilmesi, hakimiyetin yaratması muhtemel risklere karşı korunması bakımından getirilmiş olan hükümlerle esasen piramit yapılanma içinde yer alan grup dışı pay sahiplerinin korunması da artırılmış olmakta; piramit yapılanmalarda ortaya çıkabilecek olan özellikle bilgi asimetrisi ve şirket malvarlığının azaltılması riskine karşı ilave bir koruma gündeme gelmektedir.

### **C. Halka Açık Anonim Şirketlerin Piramit Yapılanma İçerisinde Yer Almasının Yatırımcı Bakımından İncelenmesi**

Piramit yapılanmalarda yer alan şirketlerin halka açılmasıyla birlikte, hâkim teşebbüs bakımından olumlu; borsa yatırımcısı konumunda olan grup dışı pay sahipleri bakımından olumsuz görülebilecek olan en önemli sonuç; grup dışı pay sahibinin sürekli olarak hâkim teşebbüsü finanse etmesidir. Halka arzla birlikte sıklaşan ve kolaylaşan pay alım-satımlarıyla birlikte sürekli olarak ilgili şirkete, dolayısıyla, piramidin kendisine bir nakit akımı yaşanmaktadır. Şirketin, halka arz ile birlikte pay sahibi sayısının artması hâkim teşebbüsün finansman kaynaklarında artışa neden olmaktadır. Bu durum hâkim teşebbüsün

<sup>60</sup> Yönetim kontrolü, hakimiyete benzer bir kavram olarak SPKn m. 26 ve II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği m.11'de tanımlanmıştır. Buna göre yönetim kontrolü, şirketin oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya söz konusu orana bağlı olmaksızın yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunmasıdır.

<sup>61</sup> Manavgat, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, s. 648.

piramit içerisinde yer alan şirketleri halka açarken dikkate aldığı ve olumlu gördüğü bir durumdur. Böylece hâkim teşebbüs, grup dışı yatırımcıların getirmiş olduğu sermaye miktarlarını ticari amaçları ve topluluk politikası doğrultusunda daha kolay ve güçlü şekilde kullanabilmektedir.<sup>62</sup>

Hakimiyet altındaki şirketlerin halka açılmasında, hakimiyetin devamının sağlanabilmesi için, düşük halka arz oranları ve/veya kontrol geliştirici mekanizmalar tercih edilerek, hâkim teşebbüsün hakimiyeti korunmakta; buna ek olarak finansman kaynağı sağlanmakta ve bu kaynak tamamen hâkim teşebbüsün talimatlarına uygun olarak kullanılabilir. <sup>63</sup>

Şirketin paylarının alım-satım işlemlerine grup dışı pay sahibi tarafından bakıldığında ise, bu pay sahipleri, hiçbir zaman kontrolüne sahip olamayacağı, yönetiminde söz sahibi olamayacağı bir şirkete finansman sağlamaktadır. Grup dışı pay sahipleri, kural olarak herhangi bir kontrol geliştirici mekanizmadan yararlanmadıkları için, şirkete koymuş oldukları sermaye miktarı kadar riske maruz kalmaktadırlar. Bu yatırımcıların, yönetiminde söz sahibi olmadıkları düşünüldüğünde yatırımcılar, maruz kaldıkları riski yönetebilecek bir iradeyi şirket yönetiminde gösterememekte veya göstermekle birlikte karar almada etkinlik sağlayamamaktadırlar. Yani sadece hâkim teşebbüsün kişisel veya topluluk menfaatlerine göre yönetilen bir şirketi finanse ederek, topluluğun malvarlığını artırmaktadırlar.

Piramit yapılanmalarda halka açık şirketler bakımından grup dışı pay sahibinin sürekli şekilde hakim teşebbüsü finanse etmesi yanında bir başka sorun, halka açık olan piramit içi şirketlerin ana/tek malvarlığı kaynağının bir başka halka açık şirketin payları yani iştirak payları olmasıdır.<sup>63</sup> Bu durumda, halka açık şirketin malvarlığındaki esas kalem, önceden halka açılmış bir başka halka açık şirketin payları olmakta; böylece esasen önceden satım sözleşmesine konu olmuş bir payın yeniden satışı gündeme gelmektedir. Böylece, bir bağlı şirketin

<sup>62</sup> Bank/Cheffins, "The Corporate Pyramid Fable", s. 3; Almeida/Wolfenzon, "A Theory of Pyramidal Ownership and Family Business Groups", s. 2638.

<sup>63</sup> The High Level Group of Company Law Experts: Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 2002, s. 98-100.

paylarından doğan ekonomik haklar, bu paylara sahip bir başka bağlı şirketin paylarının halka arzıyla yeniden halka satılarak, esasen aynı paydan ikinci defa finansman elde edilmektedir. Bu durumun, piramit yapılanma gibi çok basamaklı olduğu yapılarda, borsada satışla çok daha hızlı ve fazla kez gerçekleşmesinden hareketle, payın hukuki anlamda olmasa da ekonomik anlamda çok kez satımı ve bundan, işleme konu olduğu sayıda gelir elde edilmesi gibi bir durum ortaya çıkmakta ve bu durum, borçlar hukuku ve sermaye piyasaları ilkelerine bir aykırılık yaratmaktadır.

Piramit içi şirketlerin malvarlıklarının ana/tek kaleminin bir başka grup içi halka açık şirket payı olmasıyla hâkim teşebbüs, kontrolünü düşük halka arz oranlarıyla devam ettirirken, finansman kaynaklarını önemli oranda artırabilmektedir. Esasen ekonomik anlamda aynı malın birden fazla kez satışı gibi bir durumun gerçekleşmesi nedeniyle, bu yapı sayesinde hâkim teşebbüs mükerrer bir getiri elde etmektedir.

İlgili sorun, getirinin artması sebebiyle, her ne kadar hâkim teşebbüsün tercih edeceği bir durum olsa da özellikle yatırımcı bakımından ciddi olumsuz etkiler doğurabilir. Bir halka açık grup içi şirketin paylarının bir başka halka açık grup içi şirketin mülkiyetinde olduğu durumlarda, yatırımcı, esasen payını iktisap etmiş olduğu şirketin yanı sıra, bu şirketin malvarlığında payları bulunan, alt/üst kademede bir başka şirketin de paylarının piyasadaki hareketinden etkilenmektedir. Esasen halka açık şirketlerden birinin piyasadaki durumu ve payının fiyatı, bu şirketin paylarını elinde bulunduran halka açık diğer grup içi şirketin de paylarının fiyatına etki edecektir.

Yatırımcının ilgili paydan beklediği getirinin, bir başka halka açık şirketin piyasa değerine ve kaderine bağlı hale gelmesiyle birlikte riski artan yatırımcı, iki veya daha fazla halka açık şirketin riskini aynı anda üstlenir duruma gelmektedir. Böylece, şirketin malvarlığı ne kadar farklı sayıda halka açık şirketin payından oluşuyorsa, yatırımcı, şirket sayısı kadar riske maruz kalacaktır. Bu şirketlerin birinin pay fiyatında meydana gelen olumsuz gelişme, ilgili şirkete iştirak eden şirketlerin yatırımcılarını da söz konusu şirkette pay sahibi olmamalarına rağmen olumsuz yönde etkileyecek ve esasen yatırımcı bakımından, iştirak olunan halka açık şirket sayısı artıka bir domino etkisi gündeme gelebilecektir.

Burada altı çizilmesi gereken husus, ilgili şirketlerin ancak ana/tek malvarlığı kalemi iştirak paylarından oluşuyor ise yatırımcının bu risk altında olduğu ve özel olarak korunması gerektiğidir. Çünkü bu durumda, yatırım yapılan payların fiyatı diğer şirketlerin piyasadaki konumundan etkilenmekte ve yatırımcı koyduğu düşük oranlı sermaye miktarından çok daha ağır bir riskle karşı karşıya kalmakta ve bu riski çoğu zaman öngörememektedir. Eğer piramit içinde yer alan halka açık şirketin ticari faaliyetleri devam ediyorsa; yani malvarlığı esasen veya sadece diğer halka açık şirketlere iştirak paylarından oluşmuyorsa, bu durumda, şirketin paylarının fiyatını etkileyen bir ticari faaliyet de bulunmaktadır. Bu da aslında, yatırımcının üstlendiği riskleri öngörebildiği yani özel olarak korunmasını gerektirmeyen bir düzen doğurmakta ve sermaye piyasası hukukuna ilişkin genel düzenlemelerle yatırımcının korunması sağlanabilmektedir.

Piramit yapılanma içerisinde yer alan ve birbirlerinde iştirak payları bulunan şirketlerin, hâkim teşebbüse sağladığı finansman kaynağına karşılık yatırımcı bakımından, şirkette pay sahibi olduğu süreçte, öngöremeyeceği sorunlarla karşılaşabilmesi ve aslında, yatırım kararını şeffaf şekilde veremeyecek konuma gelmesi piramit yapılanma içerisinde yer alan şirketlerin halka açılırken göz önünde tutması gereken bir husustur. Bu anlamda yatırımcının özel olarak korunması ve hâkim teşebbüsün elde etmiş olduğu finansman kaynağını kendi menfaatleri uğruna kullanmasının engellenmesi gerekmektedir.

### III. PİRAMİT YAPILANMALARIN TÜRKİYE'DEKİ HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLER BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Genel olarak Türkiye'de halka açılma oranları dikkate alındığında, halka açık şirketler bakımından hakimiyetin var olduğu bir pay sahipliği yapısından bahsedilebilir. Borsa İstanbul (BİST) 100'de yer alan halka açık şirketlerin halka açıklık düzeyi 2020 yılında %43,62, 2021 yılında %41 ve Aralık 2022 itibarıyla %42 oranındadır.<sup>64</sup> Bu oranlardan hareketle, şirketlerin halka açılmayan paylarının hâkim teşebbüs

<sup>64</sup> Borsa Trendleri Raporu, Ocak-Aralık 2020, Ocak-Aralık 2021 ve Ocak-Aralık 2022; <https://www.tuyid.org/files/yayinlar/BorsaTrendleriRaporu> (erişim tarihi: 21.01.2023).



elinde olduğu,<sup>65</sup> böylece hâkim teşebbüsün halka açılma ile amaçlanan dış kaynağı elde ederken, şirketin hakimiyetini elinde tutmaya devam ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Halka açık şirketlerde hakimiyet bakımından genel eğilimin anlaşılabilmesi için bu şirketlerin fiili dolaşım oranlarının da incelenmesi gerekir. Yıllık verilere göre, bu oran, 2020 yılında %33,83, 2021 yılında %32 ve Aralık 2022 itibarıyla %31'dir.<sup>66</sup> Fiili dolaşım oranı, halka açıklık oranından bağımsız olarak, borsada işlem gören ve halkın elinde olan payların oranını ifade etmektedir. Yukarıda verilen halka açıklık oranları, Türkiye'de halka açık şirketlerin hakimiyet altında olduğunu ve hakimiyetin devam ettirilmesi amacıyla düşük tutulduğunu gösterirken, gerçekten halkın elinde olan ve işlem gören oranların çok daha düşük olduğu ve Türkiye'de çoğunlukla hakimiyet altındaki şirketlerin halka açıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Türkiye piyasalarında genel eğilimin hakimiyet altındaki şirketlerin düşük halka arz oranları ile halka açık hale gelmesi olduğu sayısal verilerle tespit edildikten sonra, halka açılan şirketlerin hakimiyet yapılarının da incelenmesi gerekir. Bu konuda geçmiş yıllardan beri yapılmış birçok çalışma bulunmaktadır. 1998 yılında yapılan bir araştırmada, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda (5 Nisan 2013 tarihinden itibaren "Borsa İstanbul" adı altında faaliyet göstermektedir) işlem gören 257 halka açık şirketin % 77'sinin aile hakimiyeti altında faaliyet gösterdiği, piramit yapılanma ile bağlantılı olarak bu ailelerin doğrudan ve dolaylı pay sahipliği oranlarının ortalama % 53.84, yönetim haklarının ise % 60.34 olduğu tespit edilmiştir.<sup>67</sup> Görüldüğü gibi bu çalışmadan çıkan sonuç, halka açık şirketlerin çoğunluğunda yönetim hakları ile sermaye oranı arasında bir ayırımın yaratılmış olduğudur.

Borsada işlem gören şirketlerin kurumsal yönetim çerçevesinde incelendiği 2001 yılında yapılan bir çalışmada,<sup>68</sup> toplam 218 şirke-

<sup>65</sup> Manavgat, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, s. 21.

<sup>66</sup> Borsa Trendleri Raporu Ocak-Aralık 2020, Ocak-Aralık 2021 ve Ocak-Aralık 2022.

<sup>67</sup> B. Burçin Yurtoğlu, "Ownership, Control and Performance of Turkish Listed Firms", *Empirica, Journal of Applied Economics and Economic Policy*, 2000, V. 27, s. 198-218.

<sup>68</sup> Hakan Orbay/B. Burçin Yurtoğlu, "The Impact of Corporate Governance Structures on Corporate Investment Performance in Turkey", *Corporate Governance An International Review*, 2006, V. 14, No. 4, s. 351.

tin 96'sının holdingler tarafından 42 tanesinin ise aile şirketleri tarafından doğrudan yolla hakimiyet altında tutulduğu, buna karşılık 173 tanesinde nihai kontrole sahip pay sahibinin aileler olduğu tespit edilmiştir. Görüldüğü gibi, bu araştırma ile piyasada, dolaylı hakimiyetle yaratılan ve salkım şeklinde oluşturulmuş, ara hâkim şirketin holding veya bir başka şirket olsa da nihai hâkimin aile olduğu piramit yapılanmaların ne denli sık rastlanılan bir yapı olduğu saptanmıştır. Bu şirketlerin toplam 65'inde oyda imtiyaz, 82 tanesinde ise yönetim kuruluna aday gösterme imtiyazı ile hakimiyetin sağlandığı; yani, sermaye payının çoğunluğuna sahip olunmadan kontrol geliştirici mekanizmalarla kontrolün elde tutulduğu ortaya çıkmıştır.

Türkiye'deki halka açık şirketlerin pay sahipliği yapısına dair yapılan bir başka çalışmada,<sup>69</sup> hâkim pay sahibinin ortalama sermaye payı oranının %50 olduğu, 38 adet şirkette en az %50 paya sahip bir hâkim ortağın mevcut olduğu, çalışma kapsamındaki şirketlerden en büyük 94 tanesinin 68'inin aile kontrolü altında olduğu, 68 şirketin 37'sinin de piramit yapılanmaya bağlı olarak nihai hakiminin bir aile olduğu saptanmıştır. Bu piramit yapılanma ile hakimiyetin sağlandığı şirketler içerisinde, nihai hâkim konumunda olan ailelerin malvarlıksal haklarının %52.05; yönetim haklarının ise %65,75 olduğu tespit edilmiş; piramit yapılanma ile nakit akım hakları ve kontrol hakları arasındaki ayırımın sağlandığı sonucuna ulaşılmıştır.

Yönetim kurullarının bağımsızlığı bakımından yapılmış olan bir çalışmada,<sup>70</sup> hakimiyet altında olan toplam 122 şirketin, doğrudan hâkim pay sahibinin 54'ünde holding şirketi, 14'ünde aile, 16'sında finansal olmayan şirket, 10'unda finansal şirket ve 15'inde yabancı merkezli bir şirket olduğu tespit edilmiş; her ne kadar sadece 14'ü doğrudan bir aile tarafından yönetilse de 82 tanesinin nihai hakiminin yani dolaylı yolla yöneten hakim teşebbüsünün bir aile olduğu belirlenmiştir.

<sup>69</sup> İstemi S. Demirağ/Mehmet Serter, "Ownership Patterns and Control in Turkish Listed Companies", *Corporate Governance: An International Review*, 2003, V. 11, s.43-48.

<sup>70</sup> Melsa Ararat/Hakan Orbay/B. Burçin Yurtoğlu, "The Effects of Board Independence: Evidence from Turkey", *SSRN Electronic Journal*, 2010, s. 47.

BİST 100’de yer alan şirketlerin %41’inde piramit yapılanma, %40’ında imtiyazlı paylar ve %11’inde karşılıklı iştirak yoluyla hakimiyet sağlandığını ortaya koyan çalışmada,<sup>71</sup> geri kalan hakimiyet altındaki şirketlerin herhangi bir kontrol geliştirici mekanizma kullanmadığı ve malvarlıksal haklarla yönetim hakları arasında ayırım yaratılmadığı sonucuna varılmıştır. Aynı çalışmada, Türkiye’de faaliyet gösteren bir holding şirketinin pay sahipliği yapısı özel olarak incelenmiş ve holdingin nihai hâkimi konumundaki ailenin holdingde sahip olduğu sermaye payı oranının %39,82, yönetim hakkının ise %62,44 olduğu sonucu ortaya çıkmıştır. Aynı zamanda ailenin holding üzerinde hem doğrudan hakimiyeti olduğu hem de bir başka bağlı şirketi aracılığıyla dolaylı hakimiyet kurduğu belirtilmiştir. Görüldüğü gibi bu çalışma, Türkiye’de piramit yapılanmaların ne kadar yaygın olduğunu ortaya koymuştur.

Piramit yapılanmanın şirket verimliliği ve kârlılığı üzerine, belirli bir sektör ele alınmak suretiyle, imalat sektöründe faaliyet gösteren şirketler bakımından yapılan incelemede, şirketlerin çoğunluğunun, ailelerin hakimiyeti altında olan grup şirketler olduğu, bunların piramit yapılanmalar içerisinde yer aldığı, ailelerin holding şirketler aracılığıyla dolaylı yoldan hakimiyetini sürdürdüğü belirlenmiştir. Bu sektörde faaliyet gösteren şirketlerin, pay sahipliği yapısının şirket verimliliği üzerinde düşük bir etkisi olduğu, buna karşın hakimiyetin var olduğu ve yönetimin merkezileştiği şirketlerin kârlılık oranının daha yüksek olduğu ortaya konmuştur.<sup>72</sup>

BİST Holding ve Yatırım Endeksi ve BİST 100 endeksini baz alarak yapılan çalışmada,<sup>73</sup> bu endekslerde işlem gören toplam 42 tane holding olduğu, bu holdinglerin 20 tanesinde halka açık bağlı şirketi bulunmazken, 22 tanesinin toplam 57 adet halka açık bağlı şirketi olduğu ortaya çıkmıştır. Bu şirketlerin 12 tanesinin piramit şekilde yapıldığı, bunların hâkim pay sahibinin 6’sında aile, geri kalanlarda ise bir şirket olduğu ve piramit yapılanma şeklinde yönetilen şirketlerin

<sup>71</sup> Mustafa Aree Saeed/Ahmad Ayoib Che/Sitraselvi Chandren, “Ownership Patterns and Control of Top 100 Turkish Listed Companies”, *Asian Journal of Finance&Accounting*, 2017, V. 9, No. 1, s. 201-206.

<sup>72</sup> Mehmet Saraç, An Empirical Analysis of Corporate Ownership Structure in Turkish Manufacturing Sector, 6<sup>th</sup> European Business History Association Annual Congress, 2002.

<sup>73</sup> Işıl Mendeş Pekdemir/Duygu Toplu Yaşlıoğlu/Selçuk Yeke, Holdinglerde Piramit Yapılanma, 1. Basım, Beta Basım, İstanbul, 2019, s. 41-90.

toplam 31 adet halka açık, 225 adet ise halka kapalı bağlı şirketi bünyesinde barındırdığı saptanmıştır. Hâkim pay sahibi her ne kadar bir şirket olsa da çoğunlukla bu şirketlerin nihai hakiminin bir aile veya şahıs olduğu belirlenmiştir. Nihai hâkimin piramidin tepesinde yer alan şirketlerin 5 tanesinde imtiyazlarla, diğerlerinde ise sermaye payı çoğunluğuna bağlı olarak hakimiyeti sağladığı; piramidin alt kademelerine inildikçe ortalama olarak, nihai hâkimin pay sahipliği haklarının %31,19, yönetim haklarının ise % 49.06 olduğu ifade edilmiştir.

Türkiye'de faaliyet gösteren halka açık şirketleri özellikle pay sahipliği yapısı bakımından inceleyen çalışmalardan çıkan sonuç; Türk piyasalarında şirketler bakımından yoğunlaşmış pay sahipliği yapısının tercih edildiği, bu şirketlerde yönetim hakları ile sermaye payı oranı arasında bir ayrımın yaratıldığı ve bu ayrımın oy hakkında imtiyaz ve yönetim organına aday gösterme veya yönetim organında temsil edilme gibi diğer kontrol geliştirici mekanizmalar yanında piramit yapılanmalarla sağlandığı, dolaylı pay sahipliği ile oluşturulan hakimiyet zincirinin tepesinde ise çoğunlukla Doğu Asya ülkelerinde görüldüğü gibi ailelerin yer aldığıdır. Aileler genellikle doğrudan hakimiyetine sahip oldukları holding şirketler vasıtasıyla yaratılan dolaylı hakimiyet ile birçok bağlı şirketi yönetme gücüne sahip olmakta ve dolaylı hakimiyetle oluşturulan malvarlıksal haklarla yönetim hakları arasındaki orantısızlık Türkiye piyasasında işlem gören halka açık şirketlerde sıklıkla görülmektedir. Yukarıda verileri sunulan çalışmaların tarihleri dikkate alınarak yapılacak olan değerlendirme sonucunda ise, Türkiye'de yıllar içerisinde piramit yapılanmanın güçlendiği ve daha sık tercih edilen bir kontrol geliştirici mekanizma olduğu, böylece esasen piyasanın temel karakteristiği haline geldiği söylenebilir.

## SONUÇ

Hakim teşebbüsün, salkım şeklinde yapılanan bağlı şirketlerde, alt basamaklara inildikçe düşük sermaye payına sahip olarak veya hiçbir pay sahipliği olmaksızın, yaratılan dolaylı hakimiyet zinciri ile bu şirketleri yönetebilecek miktarda kontrol hakkına sahip olması şeklinde özetlenebilecek olan piramit yapılanmalarda, hakim teşebbüs, düşük bir maliyete katlanarak çok sayıda şirketin yönetimi üzerinde söz sahibi olabilmekte, düşük sermaye payına bağlı olarak düşük miktarda malvarlıksal haklardan yararlanabildiği için bu şirketleri, şirketin menfaati haricinde bir menfaati gözeterek yönetebilmektedir.

Hâkim teşebbüsün düşük sermaye oranlarıyla yarattığı piramit yapılanmalar nedeniyle zarar görme tehlikesi altında olan grup, özellikle alt basamaklarda yer alan bağlı şirketlerin grup dışı pay sahipleri ve alacaklılarıdır. Bazı ülke düzenlemelerinde topluluk yapılanması bakımından menfaat sahiplerini koruyucu hükümler getirilmişse de, şirketin içinde bulunduğu karmaşık yapı hakkında tam olarak fikir sahibi olmadan yapılan yatırımlar, şirket yönetiminin piramidin hangi kademesinden sağlandığının tespit edilememesi, şirketin başka menfaatler gözetilerek yönetilmesi, şirketin malvarlığının grup içinde yapılan işlemlerle aktarılması, böylece grup dışı pay sahiplerinin malvarlıksal haklarının olumsuz yönde etkilenmesi ve alacaklıların alacağına ulaşması bakımından da sorunlar doğurmaya uygun bir yapılanma oluşturulması nedeniyle, piramit yapılanmaların kurumsal yönetim anlamında ayrıca ele alınması; bu yapılanma içerisinde yer alan şirketlerin ve bu şirketlerin pay sahipleri ve alacaklılarının özel olarak korunması gerekmektedir.

Piramit yapılanmaların bu bahsedilen olası olumsuz etkileri, piramit içinde yer alan şirketlerin halka açıldığı hallerde, yatırımcı sayısının artması ile birlikte çok daha ağırlaşabilmektedir. Böylece yatırımcılar, hiçbir zaman yönetiminde söz sahibi olamayacağı bir şirkete finansman sağlamakta; malvarlığının esas/tek kalemi bir başka grup içi şirketin iştirak paylarından oluştuğu hallerde bu şirketlerin tamamının halka açılmasıyla birlikte yatırım yapılan şirket yanında başka şirketlerin de riskini üstlenerek, sonuçlarını öngörmesi çok zor olan yatırım kararları vermektedirler. Böylece hâkim teşebbüs çok daha geniş bir kaynağa ulaşırken, şirket üzerindeki kontrolünü pekiştirerek topluluğun malvarlığını artırmakta; yatırımcılar ise ne şirketin yönetiminde etkin olabilmekte ne de tam anlamıyla sağlıklı bir yatırım kararı verebilmektedirler.

Türkiye özelinde bakıldığında ise, halka açık şirketler bakımından düşük halka arz oranları ve çeşitli imtiyazlarla piramit yapılanmanın tercih edildiği, genellikle ailelerin nihai hâkim konumunda olduğu ve dolaylı bir hakimiyet zinciri ile bağlı şirketlerin yönetilebildiği görülmektedir. Bu nedenle halka açık şirketlerin, piramit yapılanma içerisinde yer almasından kaynaklı sorunların Türkiye piyasasında faaliyet gösteren şirketlerde yatırımcı sıfatını haiz kişiler için de gündeme gelmesi olasıdır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akın İrfan, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Berle A. A./Means, G.C., The Modern Corporation and Private Property, New York, 1968.
- Bianchi Marcello/Bianco Magda/Enriques Luca, Pyramidal Groups and the Separation Between Ownership and Control in Italy, The Control of Corporate Europe (Ed. Barca F./Becht, M.), Oxford, 2002.
- Dotevall Rolf, National Raport on Sweeden, Groups of Companies A Comparative Law Overview, Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law Rafael Mariano Manovil (ed.), 2020.
- Göktürk Kürşat, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Haber Stephen, How Latin America Fall Behind: Essays in the Economic Histories of Brazil and Mexico, 1800-1914, Stanford University Press, 1997.
- Högfeldt Peter, The History And Politics of Corporate Ownership in Sweden, In the History of Corporate Governance Around the World: Family Business Groups to Professional Managers, 2005.
- Manavgat Çağlar, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, 1. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016.
- Manavgat Çağlar, Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, 1. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2008.
- Manovil Rafael Mariano, Groups of Companies A Comparative Law Overview, Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law, 2020.
- Mendeş Pekdemir Işıl/Toplu Yaşlıoğlu Duygu/Yeke Selçuk, Holdinglerde Piramit Yapılanma, 1. Basım, Beta Basım, İstanbul, 2019.
- Okutan Nilsson Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Özcanlı Fatma Beril, Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Şehirali Çelik Feyzan Hayal, Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, 1. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2008.

### Makaleler

- Almeida Heitor V./Wolfenzon Daniel, "A Theory of Pyramidal Ownership and Family Business Groups", *Journal of Finance*, 2006, V. 61.
- Ararat Melsa/Orbay Hakan/Yurtoğlu B. Burçin, "The Effects of Board Independence: Evidence from Turkey", *SSRN Electronic Journal*, 2010.

- Aree Saeed Mustafa/Ayoib Che Ahmad/Chandren Sitraselvi, "Ownership Patterns and Control of Top 100 Turkish Listed Companies", *Asian Journal of Finance&Accounting*, 2017, V. 9, No. 1.
- Bank Steven A./Cheffins Brian R., "The Corporate Pyramid Fable", *UCLA Law School, Law and Economics Research Paper Series*, Paper No.10-01, 2010.
- Bebchuk Lucian Aye/Kraakman Reinier/Triantis George, "Stock Pyramids, Cross-Ownership and Dual Class Equity: The Mechanisms and Agency Costs of Separating Control From Cash-Flow Rights", *National Bureau of Economic Research*, 1999, Working Paper No. 6951.
- Bebchuk Lucian Arye/Kastiel Kobi, "The Perils of Small-Minority Controllers", *Georgetown Law Journal*, 2019, Discussion Paper No. 985.
- Blumberg Philip I., "Limited Liability and Corporate Groups", *The Journal of Corporation Law*, 1986, V. 11.
- Boehmer Ekkehart, "Business Groups, Bank Control, and Large Shareholders: An Analysis of German Takeovers", *Journal of Financial Intermediation*, 2000, V. 9.
- Chung His-Mei/Chan Shu-Ting, "Ownership Structure, Family Leadership and Performance of Affiliate Firms in Large Family Business Groups", *Asia Pacific Journal of Management*, 2012, V. 29, No. 2.
- Cronqvist Henrik/Nilsson Mattias, "Agency Costs of Controlling Minority Shareholders", *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 2003, V. 38, No.4.
- Demirağ İstemi S./Serter Mehmet, "Ownership Patterns and Control in Turkish Listed Companies", *Corporate Governance: An International Review*, 2003, V. 11.
- Demsetz Harold, "The Structure of Ownership and the Theory of the Firm", *Journal of Law and Economics*, 1983, V. 26.
- Edwards Jeremy J./Weichenrieder Alfons, J., "Control Rights, Pyramids, and the Measurement of Ownership Concentration", *Munich Personal RePEc Archive*, 2009, Paper No. 13830.
- Gompers Paul A./Ishii Joy/Metric Andrew, "Extreme Governance: An Analysis of Dual-Class Firms in the United States", *Review of Financial Studies*, 2010, V. 23, No. 3.
- Gugler Klaus/Müller Dennis C./Yurtoğlu B. Burçin, "Corporate Governance and the Returns on Investment", *Journal of Law and Economics*, 2004, V. 47, No. 2.
- Ho Virginia Harper, "Theories of Corporate Groups: Corporate Identity Reconceived", *Seton Hall Law Review*, 2012, V. 42, No. 3.
- Hopt Klaus J., "Groups of Companies: A Comparative Study of the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups", *European Corporate Governance Institute*, 2015, Law Working Paper No: 286/2015.
- Ketsela Belayneh, "Evaluating the Concept of Minority in Corporate Groups Context: A Specific Look at Minority Shareholders of the Subsidiary Company", *Bahir Dar University Journal of Law*, 2012, V. 2, No. 2.
- Lin Yu-Hsin, "Controlling Controlling-Minority Shareholders: Corporate Governance and Leveraged Corporate Control", *Columbia Business Law Review*, 2017, V. 453, No. 2.

- Masulis Ronald W./Pham Peter Kien/Zein Jason, "Family Business Groups around the World: Costs and Benefits of Pyramids", *The Review of Financial Studies*, 2011, V. 14, Is. 11.
- Masulis Ronald W./Wang Cong/Xie Fei, "Agency Problems at Dual-Class Companies", *Journal of Finance*, 3<sup>rd</sup> Annual Conference on Empirical Legal Studies Papers, 2008, ECGI-Finance Working Paper No. 209/2008.
- Meoli Michele/Palieri Stefano/Vismara Silvio, "Does Ownership Structure Affect IPO Valuation?", *SSRN Electronic Journal*, 2008.
- Morck Randall, "Why Some Double Taxation Might Make Sense: The Special Case of Inter-Corporate Dividends", *University of Alberta Centre for Financial Research Working Paper*, 2003, No. 03-01.
- Morck Randall/Nakamura Masao, "Banks and Corporate Control in Japan", *Journal of Finance*, 1999, V. 54, No.1.
- Morck Randall/Yeung Bernard, "Agency Problems in Large Family Business Groups", *Entrepreneurship Theory and Practice*, 2003, V. 27, No.4.
- Orbay Hakan/Yurtoğlu B. Burçin, "The Impact of Corporate Governance Structures on Corporate Investment Performance in Turkey", *Corporate Governance An International Review*, 2006, V. 14, No. 4.
- Petrin Martin/Choudhury Barnali, "Group Company Liability", *European Business Organization Law Review*, 2018, V. 20.
- Saraç Mehmet, "An Empirical Analysis of Corporate Ownership Structure in Turkish Manufacturing Sector", 6<sup>th</sup> European Business History Association Annual Congress, 2002.
- Sheng Jin, "Controlling Minority Structure in China's Family Controlled Group Affiliates", *City University of Hong Kong Law Review*, 2012, V. 3, No.2.
- Smart Scott B./Zutter Chad J., "Control as a Motivation for Underpricing: A Comparison of Dual- and Single-Class IPOs", *Journal of Financial Economics*, 2003, V. 69.
- Villalonga Belen/Amit Raphael, "How are US Family Firms Controlled?", *European Corporate Governance Institute*, 2006, Finance Working Paper No. 131/2006.
- Villalonga Belen/Amit Raphael, "How do Family Ownership, Control and Management Affect Firm Value?", *Journal of Financial Economics*, 2006, V. 80.
- Vural Yavaş Çiğdem, "Determinants of Capital Structure for Firms that Provide High Quality Sustainability Reporting", *Journal of Management and Sustainability*, 2016, V. 6, No. 4.
- Yeh Yin-Hua/Shu Pei-Gi/Chiang Guo, "Ownership Structure and IPO Valuation-Evidence from Taiwan", *Financial Management*, 2008, V. 37, No.1.
- Yurtoğlu B. Burçin, "Ownership, Control and Performance of Turkish Listed Firms", *Empirica, Journal of Applied Economics and Economic Policy*, 2000, V. 27.
- Zerni Mikko/Kallunki Juha-Pekka/Nilsson Henrik, "The Entrenchment Problem, Corporate Governance Mechanisms and Firm Value", *Contemporary Accounting Research*, 2011, V. 27, No. 4.



## Tezler

Akgül Barış, Kurumsal Yönetim İlkeleri Uyarınca Banka Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, 2009.

## Raporlar

Winter Jaap W./Christensen Jan Schans/Garrido Garcia Jose M/Hopt Klaus J./Rickford Jonathan/Rossi Guido/Simon Joelle, Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids in the European Union, 2002.

The High Level Group of Company Law Experts: Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 2002.

## İnternet Kaynakları

Borsa Trendleri Raporu, Ocak-Aralık 2020, Ocak-Aralık 2021 ve Ocak-Aralık 2022 <https://www.tuyid.org/files/yayinlar/BorsaTrendleriRaporu> (son erişim tarihi: 21.01.2023).

G20/OECD Principles of Corporate Governance, 2016, <https://www.oecd.org/corporate/public-consultation-review-G20-OECD-principles-corporate-governance.pdf> (son erişim tarihi: 18.01.2023).

Proportionality Between Ownership and Control in EU Listed Companies External Study Commissioned by the European Commission, Report on the Proportionality Principle in the European Union, 2007, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_07\\_751](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_07_751) (son erişim tarihi: 16.01.2023).

Sermaye Piyasası Kurulu, Payların Halka Arzında Kullanılacak Tek Belgeden Meydana Genel İzahname Formatı ve Hazırlanmasına İlişkin Kılavuz, <https://spk.gov.tr/data/61e368461b41c6127032080e/Tek%20belgeden%20olusan%20izahname.doc> (erişim tarihi: 20.01.2023).



# FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU VE AVRUPA BİRLİĞİ DİREKTİFLERİ KAPSAMINDA BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ KAYNAK KODA ÇEVİRİLMESİ

## DECOMPILATION OF THE COMPUTER PROGRAMS UNDER EUROPEAN UNION DIRECTIVES AND THE LAW ON INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS

Selin ÖZDEN MERHACI\* \*\*

**Özet:** Bilgisayar programlarının hukuki korunmayı hak eden fikri ürünlerden olduğu ve sahibinin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) ile sağlanan haklardan yararlanacağı açıktır. FSEK, bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin Avrupa Birliği (AB) Direktifleri ile uyumlaştırma sürecinde pek çok değişikliğe uğramıştır. Bu haliyle bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin düzenlemelerin oldukça karmaşık bir yapı sergilediği görülmektedir. Bir ilim ve edebiyat eseri olarak değerlendirilen nesne kodunun, yine bir ilim ve edebiyat eseri olan kaynak koduna çevrilmesinin, eser sahibinin haklarını ihlal eden bir eylem olarak ele alınması gerekir. Buna karşılık FSEK ve Direktifler, bazı hallerde bu çevirinin eser sahibinin haklarına getirilen istisnalar kapsamında değerlendirilmesine izin vermektedir. Bu çalışmada kaynak kodu ve nesne kodunun eser niteliğinin değerlendirilmesinden sonra, nesne kodundan kaynak koduna çevirme ile eser sahibinin hangi haklarının ihlal edilmiş olabileceği ve bu haklara getirilen istisnalar ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Bilgisayar Programlarının Korunması, Kaynak Kodu, Nesne Kodu, İstisna Ve Sınırlandırmalar, Kod Formunun Çevirisi

**Abstract:** Computer programs are unquestionably intellectual works that merit legal protection and their owners will be entitled to rights under Turkish Law on Intellectual and Artistic Works (FSEK).

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı, sozden@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8233-1166, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.12.2022, Kabul Tarihi: 06.04.2023

\*\* Bu çalışma yazarın 2007 yılında Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde hazırladığı "Karşılaştırmalı Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması" başlıklı yüksek lisans tezinden, alandaki güncel gelişmeler de dikkate alınarak türetilmiştir.

FSEK has undergone many changes in the process of harmonization with the European Union (EU) Directives on the protection of computer programs. This explains why the laws governing the protection of computer programs have a complicated structure. The copyright holder's rights are violated when the object code, which is regarded as a literary work, is decompiled into the source code, which is also a literary work. However, this translation is permitted in some cases as an exception to the copyright right under FSEK and the Directives. In this study, after the evaluation of the nature of source code and object code, the rights of the author regarding the translation from the object code to the source code will be explained and the exceptions brought to these rights will be discussed.

**Keywords:** Protection of Computer Programs, Source Code, Object Code, Limitations And Exceptions, Decompilation

## GİRİŞ

Bilgisayarlar günümüzde, hepimizin işyerlerinde ve evlerinde kullandığı, yaşamımızın bir parçası olan makineler haline gelmiştir. Buna karşılık bilgisayarların tek başına ihtiyaçlarımızı karşılayacak yeterlilikte olmadığı açıktır. Bilgisayar, kendisinden beklenen işlevleri yerine getirebilmek için yazılım veya bilgisayar programı diye adlandırılan birtakım verilere ihtiyaç duymaktadır. Bu programların en bilinen şekli "Windows", "macOS" ya da "Linux" gibi işletim sistemleridir. Ancak bilgisayarı açtığımızda karşımıza çıkan bu sistemler de tek başına beklediğimiz amaçlara uygun olarak bir bilgisayarı kullanmak için yeterli değildir. Bunun yanında, örneğin bilgisayarda yazı yazmak ya da karmaşık bir hesaplama yapmak için başka programlara ihtiyaç duyulmaktadır. Bilgisayarlar günümüzde bir programlar düzeni haline gelmiştir. Yanı sıra günümüzde hemen hemen her türlü elektronik alet kendine özgü bir yazılım ile çalışmakta, emir ve talimatları veren kişinin bu aletleri amacına uygun olarak kullanmasında işlev görmektedir.

Teknolojik gelişmelerin artması sonucu hukukun, hayatın her alanında olduğu gibi bu alanı düzenleme zorunluluğu doğmuştur. Özellikle, birçok bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmış kopyalarının piyasada dolaşması ve kullanılması, yazılım endüstrisini fazlasıyla zarara uğratmıştır. Hâlbuki bilgisayar programları yoğun bir çaba ve emeğin ürünüdür ve diğer yaratıcılık içeren ürünlerde olduğu gibi hukuki korumayı hak etmektedir.

Bilgisayar programlarının korunması konusundaki tartışmalar, oldukça erken dönemlerde nihayete ermiş ve programların ilim ve

edebiyat eseri olarak korunması<sup>1</sup> kabul edilmiştir. Korumanın türü oldukça erken dönemlerde benimsenmiş olmakla birlikte<sup>2</sup>, korumanın kapsamının ve eser sahibinin haklarına getirilen istisnaların halen tartışıldığı görülmektedir. Bu tartışmalardan önemli olduğunu değerlendirdiğimiz bir tanesi de bilgisayar programının makinenin anlayacağı dil olan nesne kodundan, kaynak koduna çevrilmesinin hangi hallerde hukuka uygun olduğudur.

Programcılar *Java*, *C* veya *Python* ve bunun gibi programlama dillerini kullanarak yazdıkları talimatlarla program geliştirirler. Bu insan yazımı talimatlar dizisi kaynak kodu<sup>3</sup> (*source code*) olarak adlandırılır. Daha sonra programcı, derleyici<sup>4</sup> (*compiler*) kullanarak, kaynak kodunu bilgisayarlar tarafından okunabilen nesne koduna (*object code*) çevirir. Nesne kodu; “*programlama dillerinden herhangi biri ile düzenlenmiş programın, merkezi işlemci tarafından anlaşılabilmesi için derleyici tarafından makine koduna dönüştürülmüş halidir*”.<sup>5</sup> Bunun tam tersi ise yabancı literatürde “*decompilation*” olarak ifade bulan işlem olup tersine mühendislik (*reverse engineering*), ayrıştırma (*decompilation*), dağıtma veya çözme (*dissambly*) gibi ifadelerle Türk dilinde karşılığını bulmaktadır.<sup>6</sup> Buna karşılık bu çalışmada, FSEK’de yer alan “kod formlarının çeviri-

<sup>1</sup> Bilgisayar programlarının telif hakkından yararlanmasının bazı olumsuz sonuçlar doğuracağı da ifade edilmektedir. Konuya ilişkin bkz.: N. Ayşe Odman, Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara, Seçkin, 2002, s. 183-185.

<sup>2</sup> Bilgisayar programlarının fikri mülkiyet hukukunun diğer alanlarında korunmasına karşılaştırmalı bir bakış için bkz.: Selin Özden, Karşılaştırmalı Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

<sup>3</sup> Kaynak kodu ve nesne kodu terimleri İngilizcede “Source Code” ve “Object Code” olarak geçmektedir. “Object Code”; “Objektif Kod” (bkz. Mustafa Topaloğlu, Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul 1997, s. 25), “Amaç Kodu” (bkz. Arslan Kaya, “Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür?” Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta, İstanbul 2000, s. 432) veya “Nesne Kodu” olarak (bkz. Serhat Kaypakoglu, Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İpekçi, İzmir 1997, s. 22) dilimize çevrilmiştir. Bu çalışmada “Nesne Kodu” teriminin kullanılması uygun görülmüştür.

<sup>4</sup> Derleyici yani “compiler” bir programlama dilini makine diline çeviren programdır; Douglas Downing/Michael A. Covington /Melodie Mauldin Covington, Açıklamalı Bilgisayar ve İnternet Terimleri Sözlüğü, çev. Boğaç Erkan, Kerem Karaerkek, Levent Keskin, Murat Songür, 5. Baskı, Hacettepe TAŞ, Ankara 1999, s. 114.

<sup>5</sup> Downing/Covington/Covington, s. 374’den aynen.

<sup>6</sup> Bkz.: Mustafa Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Seçkin, Ankara 2003, s. 395.

si" ifadesi de dikkate alınarak, kaynak koda çevirme ifadesinin kullanılması uygun görölmüştür.

FSEK ve mehzaz teşkil eden AB Direktifleri, bilgisayar programlarının kaynak ve nesne kodlarını telif hakkı kapsamında ele alarak koruma sağlamaktadır. Normal şartlarda bir bilgisayar programını yasal olarak kullanmaya yetkili kişilerin bilgisayarın anlayacağı şekilde nesne kodu olarak elde ettiği programı, kaynak koduna çevirmesi ve bunun üzerinde birtakım değişiklikler yapması Direktif ve FSEK hükümleri kapsamında eser sahibinin hakkına bir ihlal oluşturacaktır.

Bu noktada bilgisayar programlarının kaynak koda çevrilmesine ilişkin teknik birtakım hususlara da değinmek gerekir. Programın kaynak koduna çevrilmesi, bu amaç için yazılmış programlar aracılığıyla mümkündür. Buna karşılık bu çevirme, programcının programı nesne koduna çevirmeden önceki haline ulaşılmasını sağlamayacaktır. Dolayısıyla her ne kadar bu işlem, kaynak koda çevirme olarak ifade edilse de elde edilen kodlar birebir kaynak kodu olmayabilecektir. Ancak bu teknik husus, konumuz bakımından büyük önem arz etmemektedir. Zira kanaatimizce burada önem taşıyan husus, elde edilenin programcının yazdığı kod olup olmadığı değil, bu şekilde programa müdahale edilebilmenin mümkün olup olmadığıdır.

Tüm bunların yanı sıra, bilgisayar programlarının korunması konusunda eser sahibinin haklarına getirilen istisnaların diğer eser türlerinden daha farklı bir şekilde ele alınması kaçınılmazdır. Nitekim bir bilgisayar programını hukuken elde eden kişinin bu programdan faydalanabilmesi için bilgisayara yükleme yapması gerekmektedir ki bu eylem programın kopyalanmasını, bir başka ifadeyle çoğaltılmasını gerektirir. O nedenle Direktifler ve FSEK bilgisayar programları bakımından daha ayrıntılı düzenlemeler getirmiş olup bunların bazıları aşağıda açıklanacağı üzere, bilgisayar programının nesne kodundan kaynak koduna çevrilmesine ilişkin eser sahibinin haklarına getirilen istisnaları da içermektedir.

Kural olarak eser sahibinin haklarının bir ihlali olarak değerlendirilmemiz gereken kaynak koda çevirme eylemi, istisnaların şartlarını taşıması halinde hukuka uygun hale gelebilecektir. Bu çalışanın amacı bilgisayar programlarının hukuka uygun olarak kaynak koda çevrilmesine ve bu kodlara yapılan müdahalelere ilişkin şartların, Avrupa

Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları da dikkate alınarak değerlendirilmesidir. Çalışmada konuya temel teşkil eden hukuki düzenlemeler ele alındıktan sonra, ABAD'ın 6 Kasım 2021 tarihli *Top System Sa v Belgian State* kararı da değerlendirilerek, bilgisayar programlarında kaynak koda çevirmenin hangi hallerde hukuka uygun olabileceği açıklanmaya çalışılacaktır.

## I. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ ESER OLARAK KORUNMASINA İLİŞKİN AB DİREKTİFLERİ VE FSEK'E GENEL BİR BAKIŞ

Bilgisayar programlarının Avrupa başta olmak üzere yeknesak bir biçimde korunmasına ilişkin çabalar görece yeni olarak değerlendirilebilir. Zira aşağıda da bahsedildiği üzere 1991 yılından önce Avrupa'da yeknesak bir uygulama bulunmamaktaydı. AB'nin konuya ilişkin Direktifinin yürürlüğe girmesiyle birlikte, AB üyesi devletler arasında bilgisayar programlarının hangi fikri mülkiyet hakkı türüne dâhil edileceği tartışmaları son bulmuş ve bilgisayar programları bir eser türü olarak korunmaya başlanmıştır. Bu nedenle konuya ilişkin AB Direktiflerinin ve FSEK'de yapılan değişikliklerin kısaca açıklanmasının uygun düşeceği değerlendirilmektedir.

### A. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN AB DİREKTİFLERİ

Bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin AB Direktifleri, alandaki faaliyetlerin gelişmesi nedeniyle bilgisayar programlarına yeknesak bir koruma sağlama gereksinimi çerçevesinde hazırlanan 1988 tarihli "*Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology*"<sup>7</sup> ye dayanmaktadır.<sup>8</sup> Avrupa devletleri içinde bilgisayar programları-

<sup>7</sup> Yeşil Kitap, teknoloji alanındaki gelişmeler de dikkate alınarak Birlik düzeyinde ortak pazarın düzgün işleyişini sağlamak için birtakım önlemler alınması gerekliliğine vurgu yapmıştır. Bu çerçevede Yeşil Kitap'ta telif hakkı ihlalleri (korsancılık), görsel-işitsel eserlerin evde kopyalanması, yayma hakkı, tükenme ve kiralama hakkı, bilgisayar programları ve veri tabanlarına yer verilmiştir bkz.: Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology-Copyright Issues Requiring Immediate Action; <[http://aei.pitt.edu/1209/1/COM\\_\(88\)\\_172\\_final.pdf](http://aei.pitt.edu/1209/1/COM_(88)_172_final.pdf)>, Erişim Tarihi: 16.11.2022 (Yeşil Kitap).

<sup>8</sup> Robbie Downing, *EC Information Technology Law*, J.Wiley, New York 1995, s. 81; Guy Tritton, *Intellectual Property in Europe*, Sweet&Maxwell, London 2002,

nın eser olarak korunmasına ilişkin tam bir uyumun söz konusu olmaması nedeniyle bu alanı özellikle düzenleme gereksinimi doğmuştur. Almanya, Fransa, İngiltere, İspanya ve İrlanda'da bilgisayar programlarının telif hakkı çerçevesinde korunması kabul edilmişken, İtalya, Danimarka ve Hollanda'da kanun koyucu tarafından mahkemeler, telif hakkı korumasına teşvik edilmiştir. Fakat Yunanistan ve Portekiz'de bilgisayar programlarına sağlanacak telif hakkı koruması henüz gündemde olmaması Avrupa devletleri arasında yeknesaklığın olmadığını göstermiştir.<sup>9</sup>

Bilgisayar programlarına tanınan korumaya ilişkin AB üyesi devletler arasındaki uyumu sağlamak, koruma yollarına ilişkin tartışmaları engellemek ve kanunlarda yapılması gereken düzenlemeleri içeren genel bir çerçeve çizmek üzere 91/250/AET sayılı Bilgisayar Programlarının Korunmasına İlişkin Direktif<sup>10</sup> kabul edilmiştir. Bu Direktif 2009/24/AT<sup>11</sup> sayılı Direktif ile değiştirilmiştir. Buna karşılık 2009/24 sayılı Direktif ile oldukça az sayıda değişiklik getirildiği, yeniliklerin büyük kısmının bazı usulü değişikliklerden oluştuğu görülmektedir.<sup>12</sup> FSEK de 91/250 sayılı Direktif ile uyumlaştırılmıştır. Dolayısıyla aşağıda Türk hukukuyla ilgili yaptığımız açıklamalar, 91/250 sayılı Direktif hükümleri ile karşılaştırmalı bir şekilde ele alınacaktır.

Direktiflere genel olarak bakıldığında ilk göze çarpan husus Direktifin bilgisayar programlarının, Bern Sözleşmesi<sup>13</sup> altında edebi eserler-

---

para. 4-044; Anne Marie Mooney Cotter, *Intellectual Property Law- Professional Practice Guides*, Routledge-Cavendish, London 2003, s. 76.

<sup>9</sup> Yeşil Kitap, s. 186; Mark P. Tellini "Uniform Copyright Protection for Computer Software in the EEC" *B.C.Int'l&Comp.L.Rev* 13, S. 2, 1990, s. 486-487; Ayrıca bkz.: Ayşe Saadet Arıkan "Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 3, 1996, s. 348 vd.

<sup>10</sup> Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, OJ L 122, 17.05.1991; <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31991L0250&from=EN>> Erişim Tarihi: 16.11.2022.

<sup>11</sup> Directive 2009/24/EC of The European Parliament and of The Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, OJ L 111/16, 05/05/2009; <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009L0024&from=EN>> Erişim Tarihi: 16.11.2022.

<sup>12</sup> Mustafa Aksu, "Avrupa Birliği ve Parlamento'su ve Konseyi'nin Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına Dair Yönergesi (2009/24/EG)" *Terazi* 4, S. 37, 2009, s. 139 vd.

<sup>13</sup> Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi için bkz.: <[https://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012\\_03\\_18\\_349175.pdf](https://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_349175.pdf)> Erişim Tarihi: 17.04.2023



le ilgili hükümler kapsamında korunmasını öngördüğüdür. Devamı maddeler de ise, diğer eser türlerinden farklı olarak kopyalanmaları kolay eserler olduğundan eser sahibinin haklarına vurgu yapılarak, yasal yollarla bir programı elde eden kişinin amaca uygun kullanımının sağlanması için, özel birtakım istisnalara yer verilmiştir. Zira bu hususlara aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir.

## B. FSEK KAPSAMINDA BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ KORUNMASI

FSEK m. 1/B-g bendinde, 2001 yılında yapılan değişikliklerle<sup>14</sup> beraber bilgisayar programlarını tanımlamıştır. Bu bentte bilgisayar programı “*Bilgisayar işletim sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmaları*” olarak ifade edilmiştir. Nitekim bu düzenlemeden önce 1995 yılında,<sup>15</sup> FSEK’in Fikir ve Sanat Eserlerinin Çeşitleri üst başlığı altında ve ilim ve edebiyat eserleri başlıklı I. Bölüm ve 2. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte 1. bende yeni bir ilim ve edebiyat eseri türü olarak bilgisayar programları eklenmiştir. Bu düzenleme ile birlikte Türk hukukunda, bilgisayar programlarının korunması FSEK kapsamına alınmış ve FSEK’in 91/250/AET Direktif ile uyumlu hale getirilmesi söz konusu olmuştur.

FSEK m. 2/1-1’e göre, “*herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucunu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları*” ilim ve edebiyat eseri sayılmıştır. FSEK m. 2/2’de ise, bilgisayar programlarında korumanın kapsamını belirleyen bir düzenlemeye yer verilerek, “*Arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar*” hükmü getirilmiştir.

Aşağıda yapacağımız eleştiriler saklı kalmak kaydıyla belirtmek gerekir ki, Direktifle uyumlaştırma adına yer verilmiş bir diğer hüküm, FSEK m. 6’da yer alan ve “*Bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması*”nı işleme eser olarak değerlendiren hükümdür.

<sup>14</sup> 21.02.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun, RG. 03.03.2001, S. 24335.

<sup>15</sup> 07.06.1995 tarih ve 4110 sayılı Kanun, RG. 12.06.1995, S. 22311.

Eser sahibinin çoğaltma hakkını düzenleyen FSEK m. 22, Direktif m. 4 ile uyumlaştırma kapsamında 4110 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve madde metnine “Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar” hükmü eklenmiştir.

Direktiflere uyum sağlama bakımından FSEK’de yapılan değişiklikler yukarıda bahsi geçen hususlarla sınırlı değildir. FSEK’in, bilgisayar programları bakımından istisna ve sınırlandırmaları düzenleyen şahsen kullanma başlıklı 38. maddesinin 3, 4, 5, 6, 7 ve 8. fıkraları,<sup>16</sup> Direktifin 5 ve 6. maddeleriyle uyumlaştırılmıştır.

FSEK m. 38/3, bilgisayar programının onu hukuki yollardan elde eden kişi tarafından çoğaltılması ve işlenmesine, sözleşmede belirleyici hükümlerin yokluğu halinde ve programın düşünülen amaca uygun kullanılması için gerekli olduğu durumlarda izin vermiştir. Nitekim bu hüküm Direktif m. 5(1) ile uyum içindedir. Bu husus, konumuz bakımından özel önem arz ettiğinden aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır.

FSEK m. 38/4 ise, programın yüklenmesi, çalıştırılması ve hataların düzeltilmesiyle birlikte yedek kopya çıkarma hususunun sözleşme ile önlenemeyeceğini düzenlemekte, FSEK m. 38/5 ise bilgisayar programının herhangi bir ögesi altında yatan düşünce ve ilkeleri belirlemek amacı ile programın işleyişini gözlemlemesi, tetkik etmesi ve sınamasına izin vermektedir. Bu maddeler de yine Direktif m. 5 ile uyum içerisindedir.

Direktiften alınan diğer bir düzenleme ise FSEK m. 38/6’da yer almaktadır. Bu madde de programın diğer programlarla araiszerliğinin sağlanması için kodun çoğaltılmasının ve kod formlarının çevirisinin, Direktif m. 6’da olduğu gibi lisans veya FSEK’de belirtildiği şekli ile ruhsat sahibi veya programın bir kopyasını kullanma hakkı olan diğer bir kişi tarafından veya onların adına bunu yapmaya yetkili bir kişi tarafından yapılabileceği öngörülmüştür. Ancak aşağıda detaylı şekil-

<sup>16</sup> FSEK m. 38/2, 21.2.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun ile ilga edildiğinden, fıkra numaraları değişikliğe uğramıştır. Buna karşılık FSEK m. 38/son’daki hüküm 6. ve 7. fıkraları kapsayacak şekilde kaleme alındığından bu çalışmada, mülga 2. fıkra hükmü de sayılarak fıkra numaraları belirtilmiştir.

de ele alınacağı üzere, bu çevirinin araislerliği sağlamak amacıyla zorunlu olması halinde ve sadece programın araislerliği sağlamak adına gerekli parçalarında yapılabileceği kabul edilmiştir.

Bu hükümlerden, konumuzla bağlantılı olması nedeniyle FSEK m. 38/3 ve FSEK m. 38/6 aşağıda daha ayrıntılı bir biçimde ele alınacaktır.

## II. AB DİREKTİFLERİ VE FSEK KAPSAMINDA KAYNAK KODU VE NESNE KODUNA SAĞLANAN KORUMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin AB Direktifleri ve FSEK'in nesne kodundan kaynak koduna dönüştürmeye ilişkin hükümlerinin incelenmesi konumuz bakımından önem taşımaktadır. Bu hükümler aşağıda kısaca incelenecektir.

### A. KAYNAK KODU VE NESNE KODUNUN ESER NİTELİĞİ

Yukarıda bahsedildiği üzere kaynak kodu programın, bilgisayar tarafından okunabilir hale getirilmeden önceki halidir. Nesne kodu ise kaynak kodunun bilgisayarın anlayacağı dile çevrilmiş halidir.

Gerek AB Direktifleri, gerek FSEK "her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları"nın ilim ve edebiyat eseri olarak nitelendirmektedir (Direktif m. 1, FSEK m. 2). AB düzenlemelerine göre de kaynak kodu ve nesne kodunun eser niteliğinde olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır.<sup>17</sup> Direktif hükümlerini temel alan FSEK bakımından da bu husus tartışmalı değildir.<sup>18</sup> O halde koruma bakımından ilk şart

<sup>17</sup> CJEU, Judgment of the Court (Third Chamber), 22 December 2010, C-393/09, Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury, para. 34 < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0393&from=GA> Erişim Tarihi: 11.04.2023; Ayrıca bkz.: Mustafa Aksu "Avrupa Adalet Divanının Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunmasına Dair 2 Mayıs 2012 Tarihli SAS Institute-World Programming Kararının Değerlendirilmesi" İÜHFİM, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 816; Mustafa Aksu, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, Beta, İstanbul 2006, s. 95 ve 103; Arslan Kaya ve Numan Sabit Sönmez, "İngiltere ve Galler Adalet Divanının "Navitaire Kararı" Işığında Bilgisayar Programlarına Esas Fikrin ve Konseptin Korunabilirliği Üzerine Bir İnceleme" İstanbul Hukuk Mecmuası 78, S. 1, 2020, s. 90.

<sup>18</sup> Bkz.: TopaloğluHayri Bozgeyik, "Fikir ve Sanat Eserlerinde , Bilgisayar Programları, s. 90; Mustafa Topaloğlu, Bilişim Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2005, s. 26; Kaypakoğlu, Bilgisayar Programları, s. 60-61; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2008/9074, K. 2010/4561, 27.04.2010 (Karar özeti için bkz.: Yavuz/Alıca/Merdi-

olan FSEK kapsamında eser türlerinden birine dâhil olma şartı, kaynak kodu ve nesne kodu bakımından yerine getirilmekte olup bilgisayar programı, nesne koduna çevrilmeden önce de, nesne koduna çevrildikten sonra da FSEK anlamında bir bilgisayar programıdır ve ilim ve edebiyat eseri kategorisi altında değerlendirilmelidir.

Bununla birlikte, koruma bakımından ikinci şart eserin, sahibinin hususiyetini taşımasıdır. Nitekim Direktif m. 1/3 bilgisayar programının, eser sahibinin fikri yaratımı olması anlamında orijinal olması gerektiğini ifade etmiştir<sup>19</sup>. FSEK’de ise eser sayılabilmenin şartı olarak, sahibinin hususiyetini taşıma aranmaktadır. Sahibinin hususiyetini taşıma unsurunun, AB’de kabul edilen orijinallik unsurunun Türk hukukundaki görünümü olduğu söylenebilir.

*Hirsch* hususiyet şartını şu şekilde açıklamıştır: “Herkes tarafından vücuda getirilemeyen yani bir hususiyete haiz bulunan mahsuller himayeye layıktır ve ancak bunlara eser vasfı izafe edilebilir... Yaratıcı bir muhayyile mahsulünü diğerlerinden ayıran vasıf, mübdiinin şahsiyetinden aldığı hususiyettir”<sup>20</sup>. *Erel* ise, sahibinin hususiyetini taşıma kriterini şekil veya muhtevada bulunabilecek, sahibine atfedilecek şekilde duyularımızla algılanabilecek az veya çok bağımsız ve yaratıcı fikri çalışmanın üründe bulunması olarak ifade etmiştir.<sup>21</sup> *Kılıçoğlu* ise eserin sahibinin hu-

---

van, s. 1343); Şener Dalyan, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Seçkin, Ankara 2009, s. 85; Hususiyet”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25, S. 3, 2009, s. 204; Hayri Bozgeyik/Ahmet Bozgeyik, “Yazılımlar için Telif Hakkı Korumasında Güncel Sorunlar”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı* 2012, ed. Tekin Memiş, Yetkin, Ankara 2013, s. 88.

<sup>19</sup> AB’de bir eserin fikri haklar korumasından yararlanabilmesi için orijinal olması aranmaktadır. Buna karşılık AB devletleri arasında orijinalliğin anlamına ilişkin tam bir uyumlaştırma sağlanması ABAD’ın Infopaq kararıyla söz konusu olmuştur. Kararda orijinalliğin değerlendirilmesinde eserin, eser sahibinin kendi fikri yaratımı olup olmadığına bakılması gerektiği ifade edilmiştir. Böylece orijinalliğin belirlenmesinde öngörülen eser sahibinin kendi fikri yaratımı olması hususu, AB düzeyinde tüm eserler bakımından aranacak şekilde kabul görmüştür. Bilgisayar programları özelinde ise bu husus davadan önce de Direktifte açıkça ifade bulunmuştur.; CJEU, Judgment of the Court (Fourth Chamber), 16 July 2009, C-5/08, Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening; <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0005>> Erişim Tarihi: 11.04.2023; Ayrıca bkz.: Kaya/Sönmez, s. 92, dp. 24; Salih Polater, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukuna Göre Güzel Sanat Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, Oniki Levha, İstanbul 2021, s. 15-16, s. 27 vd.

<sup>20</sup> Ernst Hirsch, *Hukuki Bakımdan Fikri Say C. II*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1943, s. 13.

<sup>21</sup> Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 2. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 1998, s.

susiyetini taşımasının, sınai mülkiyet hukukundaki yenilik kriterinin telif hukukundaki görünümü olduğunu belirtmiştir. Aynı zamanda bu unsurun, bilineni tekrar etmemeyi gerektirdiğini vurgulamaktadır.<sup>22</sup>

Bilgisayar programların da hususiyet ise, diğer eser türlerinde farklı olarak sadece eser sahibinin kendi fikri yaratıcılığını programa yansıtması ve programın herhangi bir başka programdan kopyalamak suretiyle meydana getirilmemiş olması şeklinde ortaya çıkmaktadır.<sup>23</sup> Zira programlarda hususiyet, estetik ölçülerle veya duyu organlarıyla algılanabilecek eserlerden daha farklı özelliklere sahiptir ve bilimsel-teknik ölçülere dayanmaktadır.<sup>24</sup> Bu nedenle de bilgisayar programlarındaki hususiyet şartının belirlenmesinde programcının fikri faaliyetinin bir ürünü olması ve kopyalanmamış olması önem taşımaktadır.<sup>25</sup>

Yukarıdaki açıklamalarımız altında belirtmek gerekir ki, bilgisayar programlarının kaynak kodu ve nesne kodu, FSEK ve Direktif kapsamında eser kategorisi altında değerlendirilmekte olup, eğer bu kodlar programcının fikri faaliyetinin ürünüyse ve başka bir programdan kopyalanmak suretiyle meydana getirilmediyse, FSEK korumasından yararlanacak bir bilgisayar programı olarak nitelendirilecektir.

## B. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ KAYNAK KODUNA ÇEVİRİLMESİNİN ESER SAHİBİNİN MALİ HAKLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bilgisayar programlarının kaynak kodundan nesne koduna çevrilmesi veya tam tersi ya da bir programlama dili ile yazılmış bir bilgisayar programının başka bir programlama diline çevrilmesi, herhangi

35.

<sup>22</sup> Ahmet Mithat Kılıçoğlu, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 119-120.

<sup>23</sup> Erel, Fikir ve Sanat, s. 35-36; Şafak Erel, "Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması" *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi Prof. Dr. İlhan Özyak'a Armağan*, C. 49, S. 1-2, 1994, s.144; Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 88; Topaloğlu, Bilişim, s. 23-24; Aksu, Bilgisayar Programları, s. 88-89; Levent Yavuz/Türkay Alica/Fethi Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu 1. Cilt, Seçkin, Ankara 2014, s. 110.

<sup>24</sup> Bozgeyik/Bozgeyik, s. 89; Bozgeyik, s. 205.

<sup>25</sup> Yeşil Kitap, bilgisayar programlarında orijinalliğin tespitinde estetik niteliğin aranmaması gerekliliğini özellikle vurgulamıştır (Yeşil Kitap, s. 187). 91/250 sayılı Direktif'in dibacesinde de orijinalliğin nitel veya estetik değerlerle ölçülmemesi gerektiği ifade edilmiştir.

bir şekilde kodlara müdahale veya bunun gibi eylemler Direktif m. 4(b) kapsamında yer almakta ve eser sahibinin münhasır haklarından sayılmaktadır. Maddeye göre “*bir bilgisayar programının çevirisi, uyarlanması, düzenlenmesi ve diğer her türlü değişikliği ve sonuçlarının çoğaltılması*” eser sahibinin iznine tâbidir. Bu husus, işleme ve derleme eserleri düzenleyen FSEK m. 6’ya alınmıştır. Bununla birlikte FSEK m. 6/1-10, Direktif hükmünde yer alan “*programın çevirisi*” ifadesini içermemektedir. Ancak FSEK’te yer alan “*Bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması*” ifadesinin kodların çevirisini de içerecek şekilde yorumlanması uygun düşmektedir.<sup>26</sup> Zira bir bilgisayar programının işlenmesi, karşımıza kodların birbirine çevrilmesi, bir programlama dilinden başka bir programlama diline çevrilmesi, programda ekleme, silme ya da değişiklik yapılması veya hazırlık tasarımlarının bir programlama diline veya bir koda dönüştürülmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.<sup>27</sup> O halde kod formlarının birbirine çevrilmesi eser sahibinin haklarından öncelikle işleme hakkının ihlali olarak değerlendirilebilecek olmakla birlikte, FSEK bakımından aşağıda yapacağımız eleştiriler konunun açıklığa kavuşması bakımından önem arz etmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kanaatimizce Direktifin ilgili hükmünün FSEK’deki yeri oldukça yanlıştır.<sup>28</sup> Direktif’in ilgili maddesi işleme ve derleme eserleri ele almak üzere şekillendirilmemiştir. Madde, eser sahibinin haklarını düzenleme amacıyla kaleme alınmış bir maddedir. Dolayısıyla FSEK’de fikir ve sanat eserlerinin çeşitleri üst başlığı altında işleme ve derlemeleri ele alan maddeye bu hükmün alınması, istenmeyen bir sonuç doğurmaktadır. Zira doktrinde belirttiği üzere, kodların birbirine çevrilmesi işleminin bilgisayar ara-

<sup>26</sup> Kaypakoğlu, s. 68; Aksu, Bilgisayar Programları, s. 122; Temel Nal/Cahit Suluk (Rauf Karasu), Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Seçkin, Ankara 2021, s. 145.

<sup>27</sup> Erel, Fikir ve Sanat, s. 62.

<sup>28</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki, kanaatimizce bilgisayar programlarına ilişkin Direktif ile FSEK’in uyumlaştırılması biçimi eleştiriye açıktır. Zira Direktif eser sahibi olarak programcının haklarını ayrı ayrı düzenlemediği gibi, istisna ve sınırlandırmaları da belirli bir tasnif altında ele almamıştır. Buna karşılık kanun koyucu Direktif hükümlerini FSEK’e alırken, hükümleri ilgili olabileceğini düşündüğü maddelere yerleştirmiştir. Bu nedenle de FSEK bilgisayar programlarının korunması konusunda oldukça karmaşık bir sistematığe sahip hale gelmiştir. Buna karşılık örneğin Almanya’da uyumlaştırma, Alman Telif Hakkı Kanunu’nun 1. Kısım, 8. Bölümü (§ 69a-69g) “Bilgisayar Programlarına İlişkin Özel Hükümler” başlığı altında, Direktif maddelerine yer verilerek yapılmıştır; Bkz.: Kaya, Bilgisayar Programlarının Çoğaltılması, s. 453.

cılığıyla yapılması nedeniyle bu tür bir çeviri sahibinin hususiyetini içermeyecektir ve bu nedenle de tek başına bu kodların işleme eser olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.<sup>29</sup>

Kanaatimizce FSEK bakımından bu madde, eser sahibinin mali haklarından işleme hakkını ele alan m. 21’de yer almalıydı.<sup>30</sup> Eğer FSEK m. 21’de, kod formlarının birbirlerine çevirisinin işleme hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm açıkça yer alsaydı, yukarıda bahsettiğimiz hususiyetin bulunup bulunmadığı konusunda yapılan tartışmaya da ihtiyaç duyulmayacaktı. Ancak FSEK’teki düzenleme nasıl olursa olsun kodların çevrilmesi, eser sahibinin münhasır haklarından olup, Kanun ve Direktif’te yer alan istisnalar kapsamında olmadığı sürece, eser sahibinin haklarını ihlal eden bir eylem olarak değerlendirilmelidir. Zira FSEK m. 21, “*Bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*” hükmünü haizdir.<sup>31</sup> Bu düzenleme, Direktifte yer alan ve bilgisayar programları özelinde işlemeyi düzenleyen hüküm ile bire bir örtüşmemekle birlikte, işlemenin kod formlarının çevirisini de içerdiği kabul edilmelidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir bilgisayar programının işlenmesi, karşımıza kodların birbirine çevrilmesi, bir programlama dilinden başka bir programlama diline çevrilmesi, programda ek-

<sup>29</sup> Erel, Fikir ve Sanat, s. 62; Aksu, Bilgisayar Programları, s. 123; Ayrıca bkz.: Topaloğlu, Bilişim, s. 22; Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 140 N. 17.

<sup>30</sup> Zira Direktif m. 4(a)’da yer alan “Bir bilgisayar programının herhangi bir şekilde ve herhangi bir biçimde, kısmen veya tamamen, kalıcı veya geçici olarak çoğaltılması. Bilgisayar programının yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi veya saklanması bu tür çoğaltmayı gerektirdiği ölçüde, bu tür işlemler de hak sahibinin iznine tâbidir” hükmü ile FSEK m. 22, yani eser sahibinin çoğaltma hakkını düzenleyen madde “çoğaltma hakkı bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar” şeklinde bir düzenlemeyle uyumlaştırılmıştır. Buna karşılık Direktif m. 4(b) hükmünün işleme hakkına ilişkin FSEK m. 21 yerine, işleme ve derleme eserleri düzenleyen m. 6’ya ne için alındığına tarafımızca bir açıklık getirilememektedir. Ayrıca bkz.: Kaypakoğlu, s. 68; Kaypakoğlu, FSEK m. 6 ve FSEK m. 21 hükmünün farklı olduğuna değinmekle birlikte, sonuçları bakımından önemli bir fark doğmayacağını ifade etmektedir.

<sup>31</sup> 1988 tarihli İngiliz Telif, Tasarım ve Patent Hakkı Kanunu’nun işlemlere ilişkin 21/3-ab maddesi açıkça işlemenin “bir bilgisayar programı ile ilgili olarak, programın düzenlenmiş veya değiştirilmiş versiyonu veya tercümesi anlamına” geleceğini ifade etmektedir; Bkz.: David Bainbridge, Software Copyright Law, Butterworths, London 1997, s. 139 vd. Kanaatimizce Türk Hukukunda da FSEK m. 21’in bu şekilde bir düzenlenmesi daha uygun düşmektedir.

leme, silme ya da değişiklik yapılması veya hazırlık tasarımlarının bir programlama diline veya bir koda dönüştürülmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. O halde kod formlarının birbirine çevrilmesi, eser sahibinin haklarından işleme hakkının ihlali olarak değerlendirilmelidir.

Bu noktada eser sahibinin çoğaltma hakkı bakımından da bir değerlendirme yapmak uygun düşmektedir. Zira FSEK'te bilgisayar programlarının her türlü geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerinin çoğaltma hakkı kapsamında değerlendirileceği açıkça ifade edilmektedir. O halde kod formlarının çevrilmesi her ne kadar işleme hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir eylem olarak belirtilmiş olsa da somut olayda çoğaltma fiilinin de gerçekleşmesi mümkün görünmektedir.<sup>32</sup> Zira bilgisayar programının, bir bilgisayar aracılığıyla kaynak koduna çevrilmesi için, diğer eser türlerinden farklı olarak çoğunlukla bir yükleme fiilinin de gerçekleşmesi gerekecektir. Kod formlarının çevirisine ilişkin istisna getiren FSEK m. 38/6'da "...bilgisayar programının çoğaltılması ve işlenmesi anlamında kod'un çoğaltılmasının ve kod formunun çevirisinin de zorunlu olduğu durumlarda..." şeklinde bir hükümlerle konuyu düzenlemektedir. Bu açıklamalar altında kod formlarının çevirisi, somut olay bazında değerlendirme yapmak daha uygun düşmekle birlikte, eser sahibinin çoğaltma hakkının ihlaline de yol açabilecektir.

Netice olarak açıklandığı üzere, kod formlarının çevirisine ilişkin eylemlerin, eğer istisnalardaki şartları taşııyorsa, eser sahibinin mali haklardan işleme ve çoğaltma hakkının ihlali olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

### **C. BİLGİSAYAR PROGRAMININ KAYNAK KODUNA ÇEVİRİLMESİNİN ESER SAHİBİNİN HAKLARINA GETİRİLEN İSTİSNALAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

91/250 sayılı Direktif, bilgisayar programlarının bir eser türü ola-

<sup>32</sup> Tekinalp, programın çevirisinin açıkça çoğaltma olduğunu ifade etmektedir; Tekinalp, s. 119 N. 31b; Buna karşılık Bozgeyik ve Bozgeyik, FSEK m. 38/6'da yer alan kodun çoğaltılması nesne kodunun çoğaltılması anlamına geldiğini, kod formlarının çevirisinin ise, nesne kodundan kaynak koduna çevirmeyi ifade ettiğini vurgulamaktadır; Bozgeyik/Bozgeyik, s. 94.



rak korunmasına ve bu eser türüne ait özellikleri dikkate alarak eser sahibinin haklarına ilişkin özel hükümlerin yanı sıra, eser sahibinin haklarına getirilen istisnaları da ayrıca düzenlemiştir. Bu hükümler Direktif m. 5 ve m. 6'da yer almaktadır. Türk hukukunda ise bu istisnalar, şahsen kullanım amacıyla çoğaltma istisnasına ilişkin FSEK m. 38'e alınmıştır. Buna karşılık bilgisayar programları bakımından Direktif ve FSEK m. 38, sadece çoğaltma değil, işleme hakkına getirilen müdahalelere ilişkin de istisnaları barındırmaktadır. Aşağıda konumuz bakımından önem taşıyan hususlar kısaca değerlendirilecektir.

### **1- 91/250 Sayılı Direktif m. 6 ve FSEK m. 38/6 kapsamında Araşerlik İstisnası**

Kaynak koda çevirmeyle ilgili önemli bir hüküm Direktif m. 6 ve FSEK m. 38/6'da yer almaktadır. Direktif m. 6 "*decompilation*" başlığını taşımakta olup bu madde, FSEK m. 38/6'ya aynen alınmıştır. Bu hüküm kod formlarının çevirisine bazı şartlarda açıkça izin veren tek hükümdür. O nedenle bu bölümde öncelikli olarak bu hükmün incelenmesine yer verilecektir.

Hüküm, bağımsız yaratılmış bir bilgisayar programı ile diğer programların araştırliğini gerçekleştirmek üzere gerekli bilgileri elde etmek için, bilgisayar programının çoğaltılması ve işlenmesi anlamında program kodunun çoğaltılmasına ve kod formunun çevirisine bazı şartlar altında izin vermektedir. Araşerlik, FSEK m. 1B-1'da "*Bilgisayar program bölümlerinin fonksiyonel olarak birlikte çalışması ve karşılıklı etkilenmesi ve alışverişi yapılan bilginin karşılıklı kullanım yeteneğini... ifade eder*" şeklinde tanımlanmıştır. O halde araştırlik, program bölümlerinin birlikte çalışmasının, etkileşim halinde olmasının ve bilgi alışverişi yapmasının sağlanmasıdır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, araştırlik açıkça program bölümlerine özgülenmiş olduğundan, donanım ve program arasındaki bir etkileşimin sağlanması, FSEK bakımından araştırlik kapsamında değerlendirilmemelidir.

*Tekinalp'e göre*, araştırliğin sağlanması, hükmün uygulanması bakımından *conditio sine qua non*'dur. Bir başka ifadeyle gereklilik şartıdır.<sup>33</sup> Bir diğer şart da bu fiillerin, ruhsat sahibi veya bir bilgisayar programının kopyasını kullanma hakkı sahibi diğer bir kişi tarafından

<sup>33</sup> Tekinalp, s. 211 N. 158.

veya onların adına bunu yapmaya yetkili kişi tarafından ifa edilmesidir.<sup>34</sup> Üçüncü şart, araişlerliği gerçekleştirmek için gerekli bilginin, belirtilen kişilerin kullanımına sunulmamış olmasıdır. O halde gerekli bilgiler bilgisayar programını kullanma hakkına sahip kişilere sunulmuşsa, bu halde programın kaynak koduna çevrilmesi mümkün olamayacaktır. Alman hukukunda hak sahibinin bu bilgileri ücretsiz olarak veya talep edilmesi halinde masrafların karşılanması karşılığında sunmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir.<sup>35</sup> Somut olayda eğer sözleşme ile kararlaştırılan bedelin sadece masrafları içerdiği kabul edilebilirse, programa yapılan müdahale hukuka aykırı kabul edilebilir. Zira bu halde FSEK m. 38/6'nın şartlarından olan gerekli bilginin sunulmamış olması şartının gerçekleşmediği kanaatine varılacaktır. Son şart ise, bu fiillerin araişlerliği gerçekleştirmek için gereken program parçaları ile sınırlı olmasıdır. Görüldüğü üzere programın tümü üzerinde bu fiillerin gerçekleştirilmesine izin verilmemiş olup, eğer pratikte bu fiillerin programın belirli bir bölümü üzerinde yapılması mümkün ise, sadece o bölüme ait kodlara müdahaleye izin verilmiştir.

Bu hüküm belirtildiği üzere, araişlerliğin sağlanmasına ilişkindir. Dolayısıyla yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesinin yanı sıra eylemin hukuka uygun olması için mevcut programla bir başka bağımsız program arasında ara işlerliğin sağlanması, programların birlikte çalıştırılabilirliği açısından gerekli olduğu ölçüde mümkündür.

Yanı sıra FSEK m. 38/7'de de bazı sınırlandırmalar getirilmiş olup, hüküm kodların, bağımsız yaratılmış bilgisayar programının araişlerliğini gerçekleştirmenin dışında diğer amaçlar için kullanılmasına, bağımsız yaratılmış bilgisayar programının araişlerliği için gerekli olduğu durumlar dışında başkalarına verilmesine ve ifade edilmiş bakımından esastan benzer bir bilgisayar programının geliştirilmesi, üretilmesi veya pazarlanması veya fikri hakları ihlal eden herhangi diğer

<sup>34</sup> FSEK m. 38/3 ve FSEK m. 38/6'da yer alan "programı hukuki yollardan edinen kimse" ve "programı kullanma hakkına sahip kişi" ifadeleriyle ilgili detaylı bilgi için bkz.: Ateş, s. 381 vd.

<sup>35</sup> Benjamin Spies, "UrhG § 69e Dekompilierung", BeckOK Urheberrecht, ed. Hartwig Ahlberg/Horst-Peter Götting/Anne Lauber Rönberg, Beckonline, 2022, § 69e Rn. 12, <beck-beckonline.de> Erişim Tarihi: 23.11.2012; Ulrich Loewenheim/Gerald Spindler, "§ 69e Dekompilierung", Urheberrecht Kommentar, ed. Ulrich Loewenheim/Matthias Leistner/Ansgar Ohly, 5. Bası, Münih, C.H. Beck, 2017, s. 1619, § 69e Rn. 15.

bir fiil için kullanılmasına izin vermemiştir. O halde FSEK m. 38/6'da yer alan şartlara uygun kaynak koduna çevrilen programın, kullanım bakımından da bazı sınırlara tâbi tutulduğu görülmektedir.

## 2- 91/250 Sayılı Direktif m. 5 ve FSEK m. 38/3 Kapsamında Hata Düzeltme de Dâhil Amaca Uygun Kullanım İstisnası

Açıkça kaynak koda çevirme her ne kadar sadece Direktif m. 6 ve FSEK m. 38/6 uyarınca araişerliğe ilişkin olarak düzenlenmişse de konu bakımından önem taşıyan bir diğer hüküm Direktif m. 5(1) ve FSEK m. 38/3'de yer alan bilgisayar programlarında amaca uygun kullanım için eser sahibinin haklarına istisna getiren hükümdür. Bu madde altında koda çevirme, açıkça ele alınmamış olmakla birlikte, aşağıda görüleceği üzere ABAD, bu hüküm kapsamında da kaynak koda çevirmenin mümkün olabileceğini kabul etmektedir. Maddeye göre *“sözleşmede belirleyici hükümlerinin yokluğu durumunda hata düzeltme de dâhil, bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda, bilgisayar programının onu hukuki yollardan edinen kişi tarafından çoğaltılması ve işlenmesi serbesttir.”*

O halde yukarıda bahsedildiği üzere nesne kodunun kaynak koduna dönüştürülmesi, kural olarak eser sahibinin haklarından birisi olmakla birlikte, eğer hata düzeltme dâhil, amaca uygun kullanım için gerekliyse, eser sahibinin izni olmadan ve eser sahibinin haklarına bir ihlal olarak değerlendirilmeden yapılabilmesi mümkün olabilecektir. Her ne kadar bu maddede yer alan işleme fiilinin, nesne kodundan kaynak koduna çevirmeyi kapsayıp kapsamadığı açık bir şekilde ifade edilmemiş olsa da gerek bilgisayar programlarının işlenmesine ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar, gerek aşağıda ele alacağımız ABAD kararında açıklanacağı üzere, işlenmenin kodların çevirisini içerdiği kabul edilmektedir. Zira Alman hukukunda da istisnai hallerde hata düzeltme için kod formlarının çevirisinin mümkün olabileceği değerlendirilmektedir.<sup>36</sup>

FSEK m. 38 ve Direktif m. 5(1)'de yer alan bu istisnanın uygulanabilmesi için ilk şart, hata düzeltme de dâhil, programın düşünül-

<sup>36</sup> Malte Grützmaier, “UrhG § 69e Dekompilierung”, *Praxiskommentar Urheberrecht*, ed. Wandke, Arthur Axel/Bullinger Winfrid, Beckonline, 2022, § 69e Rn. 29 <beck-online.beck.de> Erişim Tarihi: 23.11.2022.

düğü amaca uygun kullanımı için çoğaltılması veya işlenmesinin gerekli olmasıdır. Zira programın düşünülen amaca uygun kullanımı için gereklilik arz eden bir durum yoksa veya programda herhangi bir hata bulunmuyorsa, işleme ve çoğaltma bu istisna kapsamında değerlendirilemeyecektir. İkinci şart bilgisayar programının işlenmesi veya çoğaltılmasının onu hukuki yollardan elde eden kişi tarafından yapılmasıdır. Programı hukuki yollardan elde eden kişinin kim olduğu açıklanmamakla birlikte, bu kişinin programı hukuki bir işlemle, haliyle yoluyla veya kanun gereği elde etmiş olması gerekmektedir.<sup>37</sup>

Son olarak taraflar arasında bir sözleşme varsa bu sözleşme hükümlerinin de değerlendirilmesi gerekir.<sup>38</sup> Buradaki sözleşme ifadesinden, FSEK m. 52'de yer alan şartlara uygun olarak yapılan sözleşme anlaşılmalıdır.<sup>39</sup> Belirtilmelidir ki Direktif m. 5(2) ve FSEK m. 38/3 "*Bilgisayar programını yasal yollardan edinen kişinin programı yüklemesi, çalıştırması ve hataları düzeltmesi sözleşme ile önlenemez*" hükmünü getirmiştir. O halde belirttiğimiz sözleşme hükümleriyle bu hususa ilişkin bir düzenleme ancak ve ancak hata düzeltme dâhil programın düşünülen amaca uygun kullanımı için gerekli işleme ve çoğaltmanın hangi şartlarla yapılacağına ilişkin bir düzenleme olabilir. Yanı sıra, hata düzeltme veya programın düşünülen amaca uygun şekilde kullanımı için gerekli işleme ve çoğaltmanın hukuki yollardan elde eden kişi tarafından yapılamayacağına ilişkin de olamaz. Ancak her hâlükârda yasal nüsha sahibine tanınan bu hakkın özüne ilişkin bir değişikliğin, sözleşmeyle yapılması mümkün değildir.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Tekinalp, s.209 N. 158; Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 1341.

<sup>38</sup> Bilgisayar programlarını konu edinen birçok türde sözleşme yapılması mümkündür. Bu sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Nuri Erişgin, "Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 48, S. 1, 1999, s. 213 - 253; Nuri Erişgin, "Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılması Amaçlayan Sözleşmenin Hukukî Niteliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, S. 4, 2003, s. 41-68; Mustafa Fadıl Yıldırım, "Bilgisayar Programlarında Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları ve Kullanıcının Hukuki Konumu", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* VII, S. 1-2, 2003 s. 563-580; Dilşad Keskin, "Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi", *TAAD* 10, S. 3, 2012, s. 95-128; Adem Yelmen, "Bilgisayar Programlarına İlişkin Lisans Sözleşmelerindeki Gizlilik Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler" *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, S. 2, 2020, s. 991-1019.

<sup>39</sup> Kaya, *Bilgisayar Programlarının Çoğaltılması*, s. 453-454.

<sup>40</sup> Nal/Suluk(Karasu), s. 145; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2019/364, K. 2020/3698, 30.9.2020 (Kazancı İçtihat Bankası); "Yapılan yargılama ve saptanan somut uyuş-

### 3- Eser Sahibinin Haklarına Getirilen İstisnalara İlişkin Değerlendirme

Netice olarak bir programın kaynak koda çevrilmesi işlemdir ve işleme hakkı eser sahibinin münhasır haklarından biridir. Dolayısıyla istisnalar saklı kalmak kaydıyla bir bilgisayar programının nesne kodundan kaynak koduna çevrilmesi eser sahibinin haklarına ihlal oluşturacaktır. Buna karşılık Direktif ve FSEK iki halde bir bilgisayar programının nesne kodunun kaynak koduna çevrilmesine izin vermektedir. Bu haller Direktif m. 5 ve FSEK m. 38/3'de yer alan hata düzeltme dâhil, bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumlarda kaynak koda çevrilmesi ve Direktif m. 6 ve FSEK m. 38/6'da yer alan araışlerliğin sağlanması amacıyla kaynak koda çevirmeye ilişkin hükümlerdir. Bu hükümlerde yer alan şartların oluşmaması halinde ise bilgisayar programının kaynak koda çevrilmesi eser sahibinin haklarına aykırılık teşkil edecektir.

Yanı sıra konu bakımından önem arz eden bir hüküm de FSEK m. 38/son'dur. Bu hükme göre "*Altıncı ve Yedinci fıkra hükümleri, programdan normal yararlanma ile çelişir veya hak sahibinin meşru yararlarına makul olmayan müdahale eder şekilde kullanılmasına izin verecek tarzda yorumlanamaz*". Görüleceği üzere bu hüküm, FSEK m. 38/6'yı içermekle birlikte, FSEK m. 38'de yer alan bilgisayar programlarına ilişkin diğer istisnaları kapsam dışı tutacak şekilde kaleme alınmıştır. Bunun sebebi ise mehz teşkil eden Direktif m. 6/3'ün de benzer şekilde kaleme alınmış olmasıdır<sup>41</sup>. O halde kaynak koda çevirme bakımından FSEK

---

mazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk Derece Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığına anlaşılmasına davacının davaya konu bilgisayar programını öbür boyu lisans seçeneği ile satın almış olmasına ve satın aldığı bilgisayar programını 5846 sayılı FSEK'in 38. maddesi uyarınca bir adet yedekleme yapma hakkı da dâhil çalıştırma ve kullanma hakkının sözleşme ile dahi önlenemeyecek olmasına ve davacı birleşen dosya davasına isnat olunan fiillerin şahsi kullanım istisnası kapsamında bulunması göre yapılan istinaf başvurusunun HMK'nın 353/b-1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesince esasın reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir".

<sup>41</sup> Kanaatimizce bunun nedeni, Direktif m. 6'nın eser sahibinin haklarına getirilen bir istisna olarak kaleme alınmış olması, buna karşılık m. 5'in istisna olarak değil, eser sahibinin haklarının sınırlarını belirlemek amacıyla kaleme alınmış olmasıdır. Ancak kanaatimizce her ne için olursa olsun, üç adım testinin şartlarının so-

m. 38/6'nun hak sahibinin meşru menfaatlerine zarar verilmemesi ve programdan normal yararlanmaya ile çelişir şekilde kullanılmaması şartıyla bir başka ifadeyle üç adım testi adı verilen<sup>42</sup> test kapsamında mümkündür.

Hal böyleyken, bu düzenlemenin sadece FSEK m. 38/6 ve 7'yi kapsamaması, FSEK m. 38'deki diğer istisnaların bu çerçevede değerlendirilmesinde bir engel olarak değerlendirilmemelidir. Zira FSEK'in şahsen kullanım amacıyla çoğaltmaya ilişkin bu maddesinin ilk fıkrası, "*Bütün fikir ve sanat eserlerinin, kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz*" hükmünü haizdir. Her ne kadar 4110 sayılı Kanun m. 14'ün gerekçesinde<sup>43</sup> FSEK m. 38/1'in bilgisayar programları bakımından uygulanmayacağı ifade edilmiş ve bilgisayar programlarının bütün öteki eserlerden ayrılan önemli özellikleri olduğundan, onlar için şahsen kullanma konusunda ayrı bir düzenleme getirildiği belirtilmiş olsa da, kanaatimizce üç adım testi olarak ifade edilen ve uluslararası sözleşmelerde de kabul edilmiş bulunan bu testin tüm istisna ve sınırlandırmalar bakımından uygulanması bir zorunluluk arz etmektedir.<sup>44</sup> O halde her halükarda çoğaltmanın eser sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmaksızın zarar vermemesi ve eserden normal yararlanmaya aykırı olmaması gerekir.

---

mut olayda aranması uygun olacaktır.

<sup>42</sup> Eser sahibinin haklarına getirilen istisna ve sınırlandırmaların hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi için uluslararası düzenlemeler tarafından kabul edilen üç adım testi hakkında detaylı bilgi için bkz.: Serap Helvacı/ Eray Aksın Atar, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Üç Aşamalı Test", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, S. 3, 2016, s. 1289-1302; Selin Özden Merhacı, "Fikri Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmelerde Üç Adım Testi ve Yorumlanması", *Terazi Hukuk Dergisi* 13, S. 140, 2018, s. 24-34.

<sup>43</sup> Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Adalet ve Millî Eğitim Komisyonları Raporları (1/722), 15.06.1994, S. Sayısı: 771, m. 14, s. 4.

<sup>44</sup> FSEK m. 38/1, 1. cümle bakımından ise, bu husus tartışılabilir. Zira her ne kadar madde hükmü "bütün fikir ve sanat eserleri"nden bahsetmiş bulunsada hükmün gerekçesinin bilgisayar programlarını kapsam dışı tutması doktrinde de tartışmalara yol açmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Aksu, *Bilgisayar Programları*, s. 141-149.

### III. ABAD'IN KAYNAK KODA ÇEVİRME İLE İLGİLİ 6 KASIM 2021 TARİHLİ TOP SYSTEM SA V BELGIAN STATE<sup>45</sup> KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Karara konu olayın taraflarından *Top System*, bilgisayar yazılımları geliştiren ve bilgi teknolojileri alanında faaliyet gösteren Belçika yasalarına göre kurulmuş bir şirkettir. *SELOR* ise Belçika'da çeşitli kamu hizmetleri için personel seçmek ve yönlendirmekten sorumlu olan kamu kurumudur. Bu nedenle de Belçika Hükümeti davada davacı olarak yer almaktadır. *Top System*, *SELOR* ile uzun yıllardır iş birliği içinde olup, *SELOR*'un hizmetlerini desteklemek amacıyla "*Top System Framework-TSF*" adı verilen çerçeve bir yazılım ve başka çeşitli uygulamalar geliştirmiş olup, *SELOR* bu programların kullanıcı lisansına sahiptir.

6 Şubat 2008'de *SELOR* ve *Top System*, yeni bir geliştirme ortamının kurulması ve yapılandırılmasının yanı sıra *SELOR*'un uygulama kaynaklarının bu yeni ortama entegrasyonu ve bu ortama taşınması için bir anlaşma imzalamıştır. 20 Haziran ve Ekim 2008 arasında, *SELOR* ile *Top System* arasında, *TSF*'yi kullanan belirli uygulamaları etkileyen işletim sorunları hakkında bir e-posta alışverişi yapılmıştır. Bu sorunların çözümü konusunda anlaşma sağlanamaması söz konusu olunca *Top System*, *SELOR*'a ve Belçika Devleti aleyhine bir dava açmıştır. *Top System* davada, *SELOR*'un *TSF*'deki münhasır haklarını ihlal ederek programı kaynak koduna dönüştürdüğünü iddia etmiş ve tazminat talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi, *Top System*'in talebini reddetmiş ve şirket temyiz başvurusunda bulunmuştur. Şirket, kaynak koda dönüştürmenin yalnızca eser sahibi veya halefinin izniyle ve araislerlik amacıyla gerçekleştirilebileceğine ilişkin kurala dayanmakta ve programdaki hataların düzeltilmesi amacıyla kaynak koda dönüştürmenin hukuka uygun olmadığını ve eser üzerindeki haklarının ihlal edildiğini savunmaktadır. *SELOR* ise, arızalı bir işlevi devre dışı bırakmak için *TSF*'nin bir kısmını kaynak koduna dönüştürdüğünü kabul ederek, programın kullanılmasını imkânsız hale getiren belirli tasarım hatalarının düzeltilmesi için kaynak koda dönüştürme-

<sup>45</sup> CJEU, Judgment of the Court (Fifth Chamber), 6 October 2021, C13/20, <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=FBB81E41C7F6B2C22E689A7CF5903089?text=&docid=247056&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1425310>> Erişim Tarihi: 23.11.2022.

ye yetkili olduğunu ileri sürmektedir. SELOR ayrıca, TSF'nin işlevleri altında yatan fikirleri ve ilkeleri tespit etmek amacıyla ilgili programın işleyişini gözlemleme, inceleme veya test etme hakkına sahip olduğunu da savunmasında dile getirmiştir.

Bu koşullar altında, Belçika temyiz mahkemesi yargılamayı durdurmaya ve ön karar için aşağıdaki soruları Adalet Divanı'na göndermeye karar vermiştir:

- 91/250 sayılı Direktif m. 5(1), bir bilgisayar programını hukuka uygun olarak elinde bulunduran kişinin, gerekli olması halinde programı etkileyen hataları düzeltmesini sağlamak için programın tamamını veya bir kısmını kaynak koda dönüştürmesine izin verdiği şekilde yorumlanabilir mi?

- Bu soruya olumlu yanıt verilmesi durumunda, 91/250 sayılı Direktif m. 6 belirtilen koşulların veya diğer başka koşulların sağlanması gerekir mi?

### **A. ABAD'IN UYUŞMAZLIĞA UYGULANACAK DİREKTİF HÜKÜMLERİNİN TESPİTİ**

Mahkeme uyuşmazlığın temelini 91/250 sayılı Direktif m. 5(1)'in yorumlanmasıyla ilgili olduğunu ifade etmiştir. Direktifin ilgili maddesi eser sahibinin haklarına getirilen istisnalara ilişkindir. Maddeye göre, "sözleşmede belirleyici hükümlerinin yokluğu durumunda, bilgisayar programının onu hukuki yollardan edinen kişi tarafından hata düzeltme de dâhil olmak üzere programın amacına uygun olarak kullanılması için madde 4(a) ve 4(b)'de yer alan fiiller için hak sahibinin izni gerekmez". Direktif m. 4(a) ve (b)'de ise, bir bilgisayar programının herhangi bir şekilde ve biçimde, kısmen veya tamamen, kalıcı veya geçici olarak çoğaltılması ve programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve saklanması fiilleri ile programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılmasının da eser sahibinin iznine tâbi olduğu belirtilmiştir. Bir başka ifadeyle Direktif m. 5, bilgisayar programını hukuka uygun olarak elde eden kişinin programın hata düzeltme de dâhil amacına uygun olarak kullanılması için eser sahibinin haklarına yapılacak müdahalenin hukuka uygun olduğunu kabul etmiş, buna



karşılık amaca uygun kullanıma ilişkin olmayan eylemlerin eser sahibinin haklarının ihlali olarak değerlendirileceğini hükme bağlamıştır.

O halde yukarıda gönderen mahkemenin belirlediği ilk soru, 91/250 sayılı Direktif m. 5(1)'in, bir bilgisayar programını yasal olarak elde eden kişinin, hataları düzeltmek için o programın tamamını veya bir kısmını kaynak koda dönüştürme hakkı verip vermediğidir. Mahkemenin somut olayda şartları belirlemeden önce, ilgili hükmün kaynak koda dönüştürme işlemine izin verip vermediğini değerlendirmesi de gerekmektedir.

Yerel mahkemenin ikinci sorusu kaynak koda dönüştürme eyleminin m. 5(1) kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olması halinde, Direktif m. 6'da yer alan şartların gerçekleşmesi gerekip gerekmediğidir. Direktif m. 6, kaynak koda çevirmeyi düzenlemektedir. Bu madde yukarıda da açıklandığı üzere, bir bilgisayar programı ile diğer programların araişerliğini gerçekleştirmek üzere gerekli bilgilerin elde edilmesi amacıyla program kodunun çoğaltılması ve kaynak koda çevrilmesine belli şartlar altında izin vermektedir. Bu şartlar ise; eylemin lisans alan veya bir programın bir kopyasını kullanma hakkına sahip bir kişi tarafından veya onlar adına yetkilendirilmiş bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi, araişerliğin gerçekleştirilmesi için gerekli bilgilerin bu kişilere verilmemiş olması ve eylemin programın ara işerliğin sağlanması için gerekli kısımlarıyla sınırlı olarak yapılmasıdır. Ancak Direktif m. 6'da yer alan şartlar sadece araişerliğe ilişkin olarak kaleme alınmıştır. Dolayısıyla m. 5(1) hükmü ile m. 6 bağımsız konuları düzenlediğinden, gönderen mahkemenin ABAD'a yönelttiği bu soru olumlu yanıtlanırsa, Direktif'in sistematüğinde oldukça büyük bir değışikliğe yol açma ihtimali doğacaktır.

Görüldüğü üzere Direktif m. 6 programlar arasında araişerliğin sağlanması nedeniyle kaynak koda çevirmeye ilişkin bir düzenleme getirmekteyken, Direktif m. 5 kaynak koda çevirmeyle ilgili bir düzenleme yapmamış, hata düzeltme dâhil, programın amacına uygun kullanımını için çoğaltılmasını ve işlenmesini ele almıştır. Dolayısıyla bu iki hüküm birbirinden farklı amaçlara hizmet etmektedir. Hukukumuzda da FSEK m. 38 kapsamında yer alan bu iki hüküm de yukarıda da belirtildiği üzere Direktif ile aynı yapıya sahiptir.

## B. ABAD'IN UYUŞMAZLIĞA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMESİ

ABAD kararında, başvuran mahkemenin cevaplanmasını istediği birinci soruya olumlu yaklaşmıştır. Bu yaklaşımın gerekçesi olarak ise özellikle hata düzeltme için çoğu zaman kaynak koda çevirmenin de zorunlu olmasını göstermiştir. O halde, 91/250 sayılı Direktif m. 5 (1)'e göre, programı hukuka uygun şekilde elde eden kişinin programı hata düzeltme de dâhil amacına uygun olarak kullanması için kaynak koduna çevirmesi, hukuka aykırı bir eylem olarak değerlendirilmemiştir.

ABAD, bilgisayar programındaki hatayı, programın gerektiği gibi çalışmamasına neden olan bir kusur olarak tanımlamıştır. Direktif m. 5 kapsamında kaynak koda çevirebilmenin ilk şartı, programın amacına uygun olarak çalışmamasıdır. Bu anlamda ABAD gereği gibi çalışmama ile hatayı aynı anlamda kabul etmiştir.

İkinci şart ise kaynak koda çevirmenin, programdaki hatanın düzeltilmesi için zorunlu olmasıdır. Üçüncü olarak, 91/250 sayılı Direktif m. 5(1), hataların "özel sözleşme hükümlerine" tâbi olarak düzeltilmesine izin verdiğini vurgulamaktadır. 91/250 sayılı Direktif Resital 18, ne yasal olarak edinilmiş bir programın kopyasının kullanımı için gerekli olan yükleme ve çalıştırma eylemlerinin, ne de o programın çalışmasını etkileyen hataların düzeltilmesinin sözleşme ile yasaklanabilmesine izin vermektedir. Buna göre, 91/250 sayılı Direktif m. 5(1), Resital 18 ile birlikte yorumlandığında tarafların, bu hataları düzeltme olasılığını sözleşme yoluyla yasaklayamayacakları şeklinde anlaşılmalıdır.

Netice olarak ABAD, Bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin 14 Mayıs 1991 tarih ve 91/250 sayılı Konsey Direktifi m. 5(1)'in, bir bilgisayar programını yasal olarak satın alan kişinin, hataları düzeltmek için bu programın tamamını veya bir kısmını kaynak koda dönüştürme hakkına sahip olduğu şeklinde yorumlanması gerektiğine ve bunun yapılmasının Direktif m. 6'daki şartların sağlanmasına bağlı olmadığına hükmetmiştir. Ancak ABAD, kaynak koda çevirmenin yalnızca bu düzeltmeyi gerçekleştirmek için gerekli olduğu ölçüde yapılmasını ve programı yasal yollarla elden eden kişinin, taraflar arasında yapılan sözleşmede belirtilen koşullara uygun olarak bu tür bir eylemi gerçekleştirme hakkına sahip olması gerektiğini vurgulamıştır.

## SONUÇ

Bilgisayar programlarının bir eser olarak nitelendirilmesi ve ilim ve edebiyat eseri olarak korunması hususunda, günümüzde bir tartışma bulunmamaktadır. FSEK ve AB Direktifleri incelendiğinde gerek kaynak kodunun, gerek nesne kodunun bilgisayar programlarına sağlanan korumadan yararlanacağını kabul edildiği anlaşılmaktadır. Zira bu husus da tartışmalı değildir.

Bir bilgisayar programının kaynak koduna erişilmesi ve ona yapılacak müdahalelerin eser sahibinin işleme hakkı başta olmak üzere mali haklarına aykırılık oluşturacağı değerlendirilmektedir. Buna karşılık Direktif ve FSEK'de yer alan hükümler, bu müdahalelerin bazı hallerde eser sahibinin haklarına getirilecek istisnalardan biri olarak kabul edilebilmesine izin vermektedir.

Bu hallerden özellikle kod formunun çoğaltılması ve kod formlarının çevirisine hasredilmiş olan hüküm, Direktif m. 6 ve FSEK m. 38/6'da yer alan hükümdür. Buna göre, bilgisayar programının kod formlarının çoğaltılması ve birbirlerine çevrilmesi, araişlerliği sağlamaya ilişkin olmak kaydıyla, hükümden yer alan diğer şartları da karşılıyorsa, mümkündür.

Konumuza ilişkin bir diğer hüküm ise, kod formlarının çevirisinden açıkça bahsetmemekle birlikte, Direktif m. 5 ve FSEK m. 38/3'te yer alan hata düzeltme de dâhil, programın kendisinden beklenen amaca uygun kullanımı için yapılacak müdahalelere izin veren hükümdür. Yukarıda açıklanan ABAD kararı, hata düzeltme de dâhil programın beklenen amaca uygun kullanımı için kod formlarının çevirisine izin vermektedir. FSEK'de yapılan değişikliklerin Direktif'e uyumlaştırma kapsamında yapıldığı düşünüldüğünde, Türk hukuku bakımından da bu yorumun uygulama alanı bulabileceği değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, hangi istisna uygulanırsa uygulansın, eylemin programdan normal yararlanma ile çelişmemesi ve hak sahibinin meşru yararlarına makul olmayan bir müdahale teşkil etmemesi gerektiği de göz önünde bulundurulmalıdır.

## Kaynakça

### Kitap ve Makaleler

- Aksu Mustafa, "Avrupa Birliği ve Parlamentosu ve Konseyi'nin Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına Dair Yönergesi (2009/24/EG)", *Terazi* 4, S. 37, 2009, s. 139-145.
- Aksu Mustafa, "Avrupa Adalet Divanının Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunmasına Dair 2 Mayıs 2012 Tarihli SAS Institute-World Programming Kararının Değerlendirilmesi", *ÜHFM*, C. LXXII S. 1, 2014, s. 807-829.
- Aksu Mustafa, *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, Beta, İstanbul 2006 (Bilgisayar Programları).
- Arıkan Ayşe Saadet, "Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 3, 1996, s. 309-381.
- Ateş Mustafa, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Seçkin, Ankara 2003.
- Bainbridge David, *Software Copyright Law*, Butterworths, London 1997.
- Bozgeyik Hayri/Bozgeyik Ahmet, "Yazılımlar için Telif Hakkı Korumasında Güncel Sorunlar", *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı* 2012, ed. Tekin Memiş, Yetkin, Ankara 2013, s. 81-96.
- Bozgeyik, Hayri, "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25, S. 3, 2009, s. 167-222.
- Dalyan Şener, *Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması*, Ankara Seçkin, 2009.
- Downing Douglas/Covington Michael A./Covington Melodie Mauldin, *Açıklamalı Bilgisayar ve İnternet Terimleri Sözlüğü*, çev. Boğaç Erkan, Kerem Karaerkek, Levent Keskin, Murat Songür, 5. Baskı, Hacettepe TAŞ, Ankara 1999.
- Downing Robbie, *EC Information Technology Law*, J.Willey, New York 1995.
- Erel Şafak, "Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan* 49, S.1-2, 1994, s. 141-164.
- Erel Şafak, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 2. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 1998 (Fikir ve Sanat).
- Erişgin Nuri, "Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 48, S. 1, 1999, s. 213 - 253.
- Erişgin Nuri, "Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmenin Hukukî Niteliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, S. 4, 2003, s. 41-68.
- Grützmacher Malte, "UrhG § 69e Dekompilierung", *Praxiskommentar Urheberrecht*, ed. Arthur Axel Wandke/Winfrid Bullinger, Beckonline, 2022, § 69e, <beckonline.beck.de>, Erişim Tarihi: 23.11.2022.
- Hirsch Ernst, *Hukuki Bakımdan Fikri Say C. II.*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1943.

- Karasu Rauf/Suluk Cahit/Nal Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*. 5. Bası, Seçkin, Ankara 2021.
- Kaya Arslan/Sönmez Numan Sabit, "İngiltere ve Galler Adalet Divanının "Navitaire Kararı" Işığında Bilgisayar Programlarına Esas Fikrin ve Konseptin Korunabilirliği Üzerine Bir İnceleme", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, S. 1, 2020, s. 83-97.
- Kaya Arslan, "Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür?", *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, Beta, İstanbul 2000, s. 431-458 (Bilgisayar Programlarının Çoğaltılması).
- Kaypakoğlu Serhat, *Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması*, İpekçi Yayıncılık, İzmir 1997.
- Keskin Dilşad, "Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi", *TAAD* 10, S. 3, 2012, s. 95-128.
- Kılıçoğlu Ahmet Mithat, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Helvacı Serap/Atar Eray Aksın, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Üç Aşamalı Test", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, S. 3, 2016, s. 1289-1302.
- Loewenheim Ulrich/Spindler Gerald, "§ 69e Dekompilierung", *Uhrheberrecht Kommentar*, ed. Ulrich Loewenheim/Matthias Leistner/Ansgar Ohly, 5. Bası, C.H. Beck, Münih 2017.
- Merhacı Özden Selin, "Fikri Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmelerde Üç Adım Tesiti ve Yorumlanması", *Terazi Hukuk Dergisi* 13, S. 140, 2018, s. 24-34.
- Mooney Cotter Anne Marie, *Intellectual Property Law-Professional Practice Guides*, Routledge-Cavendish, London 2003.
- Odman N. Ayşe, *Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü*, Seçkin, Ankara 2002.
- Özden Selin, *Karşılaştırmalı Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.
- Polater Salih, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukuna Göre Güzel Sanat Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları*, Oniki Levha, İstanbul 2021.
- Spies Benjamin, "UrhG § 69e Dekompilierung", *BeckOK Urheberrecht*, ed. Hartwig Ahlberg/Götting Horst-Peter/Anne Lauber-Rönsberg, Beckonline, 2022, § 69e, <beck-beckonline.de>, Erişim Tarihi: 23.11.2012.
- Tekinalp Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Tellini Mark P., "Uniform Copyright Protection for Computer Software in the EEC", *B.C.Int'l&Comp.L.Rev* 13, S. 2, 1990, s. 483-501.
- Topaloğlu Mustafa, *Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması*, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul 1997 (Bilgisayar Programları).
- Topaloğlu Mustafa, *Bilişim Hukuku*, Karahan Kitabevi, Adana 2005 (Bilişim).
- Tritton Guy, *Intellectual Property in Europe*, Sweet&Maxwell, London 2002.
- Yavuz Levent/Alıca Türkay/Merdivan Fethi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu* 1. Cilt, Seçkin, Ankara 2014.

Yelmen Adem, "Bilgisayar Programlarına İlişkin Lisans Sözleşmelerindeki Gizlilik Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, S. 2, 2020, s. 991-1019.

Yıldırım Mustafa Fadıl, "Bilgisayar Programlarında Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları ve Kullanıcının Hukuki Konumu", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, S. 1-2, 2003, s. 563-580.

## Diğer Kaynaklar

Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi, <[https://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012\\_03\\_18\\_349175.pdf](https://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_349175.pdf)> Erişim Tarihi: 17.04.2023

Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology-Copyright Issues Requiring Immediate Action, <[http://aei.pitt.edu/1209/1/COM\\_\(88\)\\_172\\_final.pdf](http://aei.pitt.edu/1209/1/COM_(88)_172_final.pdf)> Erişim Tarihi: 16.11.2022 (Yeşil Kitap).

Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, OJ L 122, 17.05.1991; <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31991L0250&from=EN>> Erişim Tarihi: 16.11.2022.

Directive 2009/24/EC of The European Parliament and of The Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, OJ L 111/16, 05.05.2009; <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009L0024&from=EN>> Erişim Tarihi: 16.11.2022.

21.02.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun, RG. 03.03.2001, S. 24335.

07.06.1995 tarih ve 4110 sayılı Kanun, RG. 12.06.1995, S. 22311.

Judgment of the Court (Third Chamber), 22 December 2010, C 393/09, para. 34, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0393&from=GA>> Erişim Tarihi: 16.11.2022.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2008/9074, K. 2010/4561, 27.04.2010 (Yavuz/Alıca/Merdivan s. 1343).

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Adalet ve Millî Eğitim Komisyonları Raporları (1/722), 15.06.1994, S. Sayısı: 771, m. 14.

CJEU, Judgment of the Court (Fifth Chamber), 6 October 2021, C13/20, <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=FBB81E41C7F6B2C22E689A7CF5903089?text=&docid=247056&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1425310>> Erişim Tarihi: 23.11.2022.

CJEU, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 16 July 2009, C-5/08, Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening; <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0005>> Erişim Tarihi: 11.04.2023.

CJEU, Judgment of the Court (Third Chamber), 22 December 2010, C-393/09, Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury, para. 34 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0393&from=GA>> Erişim Tarihi: 11.04.2023.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2019/364, K. 2020/3698, 30.9.2020 (Kazanıcı İçtihat Bankası).

# ANAYASAL İLKELER İŞİĞİNDA YAPAY ZEKÂ TEKNOLOJİLERİ: AVUKATLIK BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME

ARTIFICIAL INTELLIGENCE TECHNOLOGIES IN THE  
LIGHT OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES: A REVIEW IN  
THE CONTEXT OF LAWYERS

Nadire ÖZDEMİR\*

Deniz POLAT\*\*

**Özet:** İlk robot avukatlardan Ross, yapay zekâ teknolojileriyle birlikte hukuk ve avukatlık mesleğinde yaşanan dönüşümü daha da tartışılabilir hâle getirmiştir. Tartışmalar daha çok meslek etiği, savunma hakkı, hakkaniyet, adil yargılanma ilkesi ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde yürütülmektedir. Hukuk dünyasında yapay zekâ teknolojilerinin nesnel, şeffaf ve önyargıdan arındırılmış bir yargılamaya hizmet etmesinin mümkün olup olmadığı sorusu tartışılırken yapılan yarar/zarar hesaplamasının temelinde çoğulcu demokratik anayasal ilkeler yer almalıdır. Söz konusu teknolojilerin kullanımına ilişkin yol gösterici olan bu ilkeler, yapay zekâ avukatların meslek etiğine, ayrımcılık yasağına, savunma hakkı özelinde adil yargılanma hakkına ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine etkisini incelemeyi de gerekli kılmaktadır. Yapay zekâ avukatların işlevsel oldukları ve insan gücüne ayrılması gereken zamanı azalttığı açıktır. Bununla birlikte söz konusu teknolojilerin hakkaniyet olarak adaletin gerçekleştirildiği bir hukuk düzenine ne ölçüde fayda sağlayacağına dair uzun vadeli bir öngörü yapmak güçtür. Bu faydanın gerçek kılınabilmesi için disiplinler arası bir çalışmayla, yapay zekâ avukatların kullanımında teknolojinin ve algoritmaların yaratacağı risklerin en aza indirilmesi gerekir. Ancak bu şekilde teknolojik gelişmelerin hukuk sistemine olumlu etkisi ile temel hak ve özgürlükler ve demokratik anayasal ilkeler arasındaki adil dengenin sağlanması mümkün olur. Bu kapsamda, yapay zekâ teknolojilerinin hukuk hayatında kullanımına ilişkin ulusal üstü düzenlemeler, kılavuzlar ve konuya ilişkin uzman raporları ve görüşleri özellikle yardımcıdır.

\* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, naozdemir@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1406-4833.

\*\* Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, polat@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8085-2032, Makalenin Gönderim Tarihi: 23.02.2023, Kabul Tarihi: 05.05.2023

**Anahtar Kelimeler:** Yapay Zekâ, Adil Yargılanma Hakkı, Avukatlık, Meslek Etiği, Ayrımcılık Yasağı

**Abstract:** Ross, one of the first robot lawyers, has made the transformation in law and the legal profession even more controversial with artificial intelligence technologies. Discussions are mostly carried out within the framework of legal ethics, the right to defence, the principle of fairness, right to a fair trial, and the prohibition of discrimination. While answering the question of whether it is possible for artificial intelligence technologies to serve an objective, transparent and prejudice-free trial in the legal world, pluralist democratic constitutional principles should be the basis of the benefit/harm calculation made. These principles, which guide the use of these technologies, make it necessary to examine the impact of artificial intelligence on the professional ethics of lawyers, prohibition of discrimination, the right to a fair trial and therefore on the rule of law. Artificial intelligence lawyers are functional and reduce the time required for human power. However, it is hardly possible to foresee whether these technologies will benefit the legal system in which justice is realized as fairness. To realize this benefit, the risks posed by technology and algorithms in the use of artificial intelligence lawyers should be minimized through an interdisciplinary study. Only in this way it will be possible to achieve a fair balance between fundamental rights and freedoms and democratic constitutional principles, with the positive effect of technological developments on the legal system. In this context, supranational regulations, guidelines and expert reports and opinions on the use of artificial intelligence technologies in legal system are particularly helpful.

**Keywords:** Artificial Intelligence, Right to a Fair Trial, Lawyers, Legal Ethics, the Prohibition of Discrimination

## GİRİŞ

Yapay zekâ teknolojileri ve hukuk, son yılların en güncel ve popüler konuları arasında öne çıkmaktadır. Konuya ilişkin gittikçe derinleşen tartışmalar ve buna paralel şekilde zenginleşen bir literatür söz konusudur. İlgili tartışmalar yapay zekâ teknolojilerinin hukuki statüsüne,<sup>1</sup> hukuki<sup>2</sup> veya cezai sorumluluğa,<sup>3</sup> yapay zekâ ve fikri mül-

<sup>1</sup> Konuya ilişkin bir çalışma için bkz. Zafer Zeytin/Eray Gençay, "Hukuk ve Yapay Zekâ: E-Kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması", *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2019, s. 39-70.

<sup>2</sup> Konuya ilişkin bir çalışma için bkz. Selin Çetin, "Yapay Zekâ ve Hukuk ile İlgili Güncel Tartışmalar, Yapay Zekâ Çağında Hukuk", İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019, s. 52-63 (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15324>, e.t. 30.8.2021).

<sup>3</sup> Konuya ilişkin bir çalışma için bkz. Gülşah Deniz Atalar, "Cezai Sorumluluk, Yapay Zekâ Çağında Hukuk", İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019, s. 64-73. (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15324>, e.t. 30.8.2021).



kiyet ilişkisine,<sup>4</sup> hukuki muhakemeye<sup>5</sup> veya meslek etiğine<sup>6</sup> ilişkin çeşitli alanlarda yapılmaktadır. Yapay zekâ ve hukuktaki gelişmeler hukuk aktörlerinin her birini ilgilendirmektedir ve bu anlamda mesleki pratiğe ilişkin sorunlar çok geniş bir yelpazeye yayılmaktadır. Ancak bu çalışmada, tartışmaların daha sınırlı bir alanda, avukatlık mesleği özelinde ele alınması amaçlanmıştır. Bu çerçevede, çalışmada yapay zekâ teknolojilerinin avukatlık mesleğini nasıl dönüştürdüğü hususu, meslek etiği, savunma hakkı, hakkaniyet, adil yargılanma ilkesi ve ayrımcılık yasağı kapsamında kısaca değerlendirilecektir.

## 1. ROBOT AVUKAT ROSS VE İLGİLİ TARTIŞMALAR

Gittiğiniz bir avukatlık bürosunda size verilen danışmanlığın hazırlık kısmının robot bir avukat tarafından gerçekleştirildiğini hayâl edin. Aklınıza gelen ilk soru ne olurdu? Danışmanlığın içeriğine veya niteliğine ilişkin herhangi bir kuşku duyar mıydınız? Yoksa tam tersi şekilde, güven duygunuz pekişir miydi? Yapay zekâ teknolojilerinin kimi araçlarının avukatlık hizmetinde kullanılması, müvekkiller açısından bu ve benzeri soruları akla getirmektedir. Bu sorular ise özün-

<sup>4</sup> Konuya ilişkin bir çalışma için bkz. Barış Özçelik, "Yapay Zekânın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler", *Adalet Dergisi* 2021/1, C. 66, s. 87-116.

<sup>5</sup> Konuya ilişkin bir çalışma için bkz. Douglas Walton, *Argumentation Methods for Artificial Intelligence in Law*, Springer, Heidelberg 2005; Muharrem Kılıç, "Hukuksal Aklın Transhümanistik Temsilleri ve Ontorobotik Varoluş Formları", *Adalet Dergisi* 2021/1, C. 66, s. 15-54.

<sup>6</sup> Konuya ilişkin bir çalışma için bkz. Ed Walters, "The Model Rules of Autonomous Conduct: Ethical Responsibilities of Lawyers and Artificial Intelligence", *Georgia State University Law Review*, Vol. 35, No. 4, 2019, s. 1073-1092; Steven John Thompson, *Machine Law, Ethics, and Morality in the Age of Artificial Intelligence*, IGI Global, Hershey 2020; Muharrem Kılıç, "Ethical-Juridical Inquiry Regarding the Effect of Artificial Intelligence Applications on Legal Profession and Legal Practices", *John Marshall Law Journal*, Vol. XIV, No. 2, Spring 2021, s. 202-226. Avukatların mesleki davranış kurallarına ve etik ilkelere ilişkin Uluslararası Barolar Birliği'nin (IBA) Hukuk Mesleği için Uluslararası Davranış Kuralları (International Principles on Conduct for the Legal Profession), Amerikan Barolar Birliği'nin Mesleki Davranış Model Kuralları (Model Rules of Professional Conduct) ve Birleşmiş Milletler'in Avukatların Rolüne Dair Temel İlkeleri (Basic Principles on the Role of Lawyers) örnek olarak gösterilebilir. Bkz. [https://www.icj.org/wp-tent/uploads/2014/10/IBA\\_International\\_Principles\\_on\\_Conduct\\_for\\_the\\_legal\\_prof.pdf](https://www.icj.org/wp-tent/uploads/2014/10/IBA_International_Principles_on_Conduct_for_the_legal_prof.pdf), e.t. 03.11.2021; [https://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct\\_table\\_of\\_contents/](https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/), e.t. 03.11.2021; <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/roleoflawyers.aspx>, e.t. 03.11.2021.

de hak arama özgürlüğü, savunma hakkı ve adil yargılanmaya ilişkin hususlara işaret etmektedir. Öyle ki hakkaniyet olarak adaletin ve dolayısıyla adil yargılanma ilkesinin gerçekleşebilmesi için savunma hakkının tam, yeterli ve etkili olacak düzeyde kullanılması gerektirmek.<sup>7</sup> Bu hususların, yapay zekâ teknolojilerinin bir ürünü olan robot avukatlar özelinde ise ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

2015'te Amerikan *Ross Intelligence* şirketi, hukuki sorunlar üzerine araştırma yapıp çözüm bulmaya programlı *Ross* isimli ilk robot avukatı<sup>8</sup> hukuk dünyasına tanıştırdı.<sup>9</sup> İngilizce dilinde sorulan soruları anlayıp cevap veren *Ross*, hukuk bürolarının işini kolaylaştırmak amacıyla programlanmıştı. Söz konusu robot, yargı kararlarına ilişkin bilgileri derleyip toplamayı ve dava sonucunu tahmini de içeren bir tür danışmanlık hizmeti verme özelliklerini haizdi.<sup>10</sup> Hukuk dünyasına tanıştırıldığı günden itibaren *Ross*'u "işe alan" avukatlık bürolarının sayısı gittikçe arttı.<sup>11</sup> Öyle ki, onlarca avukatın birlikte yaptığı işi tek başına yapan *Ross*'un kimi avukatların işini kaybetmesine yol açabileceği bile

<sup>7</sup> ECHR, *Ludi vs. Switzerland*, No. 12433/86, 15.06.1992, para. 49-50; *Artico v. Italy*, No. 6694/74, 13.05.1980, para. 33; *Insanov v. Azerbaijan*, No: 16133/08, 14.03.2013, para. 142, 160. AYMK, Ali Kemal Tekin Başvurusu, No: 2014/875, 02.02.2017, para. 40, 42. Aynı yönde bkz. ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararı için bkz. *Burns v. Oluo*, 360 U.S. 252, 257-58 (1959).

<sup>8</sup> Belirtmekte fayda vardır ki avukatlık mesleğinde kullanılan pek çok hukuk teknolojisi öne çıkmaktadır. Bu sistemler içerisinde kimi kaynaklarda "ilk robot avukat" olarak *Ross* belirtilirken, kimi kaynaklarda ilk robot avukat olarak özellikle trafik cezalarında uzmanlaşmış *DoNotPay* isimli uygulama gösterilmektedir (<https://donotpay.com>, Özden İpçi, Avukatlık Mesleğinde Yapay Zekâ Kullanımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 39-47).

<sup>9</sup> Catherine Nunez, "Artificial Intelligence and Legal Ethics: Whether AI Lawyers Can Make Ethical Decisions", *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 20, 2017, s. 192-193; Katherine Medianik, "Artificially Intelligent Lawyers: Updating the Model Rules of Professional Conduct in Accordance With the New Technological Era", *Cardozo Law Review*, Vol. 39, No. 4, 2018, s. 1498. *Ross Intelligence*'in yanı sıra Amerika'da yapay zekâ ve hukuk alanında araçlar üreten pek çok şirket söz konusudur. Blue J Legal, Beagle, Everlaw, Ravel Law, Seal ve Legal Robot bunlar arasında sayılabilir. (Bkz. Glen Meyerowitz, "Lawyers, Here's How to Begin Learning About Artificial Intelligence", *RAIL: The Journal of Robotics, Artificial Intelligence & Law*, Vol. 1, No. 4, 2018, s. 261-262.

<sup>10</sup> A. Dory Reiling, "Courts and Artificial Intelligence", *International Journal for Court Administration*, Vol. 11, No. 2, 2020, s. 3-5

<sup>11</sup> Bununla birlikte, Thomson Reuters and Westlaw'ın kendilerinden veri alındığı iddiasıyla, *Ross Şirketi*'ne dava açmıştır. Söz konusu davanın zorlukları sebebiyle ilgili şirket yeni müşteri kabul etmeyeceğini ve 31 Ocak 2021 itibarıyla *Ross* platformunu kapatacaklarını belirtmiştir. (Bkz. <https://blog.rossintelligence.com/post/announcement>, e.t. 3.9.2021)

öngörülmüştü.<sup>12</sup> Ancak *Ross Intelligence*'in CEO'su yaptığı açıklamada, robot avukat sisteminin merkezinde hâlâ “insan avukat” olduğunun altını çizerek, robot avukatların içtihat tarama gibi çok vakit alan işleri hallederken, insan avukatların müvekkillerine daha fazla zaman ayırıp daha “yaratıcı” danışmanlıklar sunabileceğine dikkat çekmişti.<sup>13</sup> Kullanıma sunuldukları günden beri pek çok soruyu gündeme getiren *Ross*, yapay zekâ teknolojileri ve avukatlığa ilişkin literatürde süregelen tartışmalara yenilerini ekledi. Yapay zekâ teknolojilerinin orta ve uzun vadede yol açma ihtimali olan hukuki sorunlar masaya yatırılmakla birlikte söz konusu teknolojilerin avukatlık mesleğini dönüştürme potansiyellerine de işaret edildi. Bu doğrultuda tartışmalar robot avukatların avantajları ve dezavantajları üzerine yoğunlaştı.

Avukatların ciddi bir mesai harcadıkları davaya hazırlık süreçleri düşünüldüğünde, robot avukatların avantajlarının oldukça fazla olduğu söylenebilir. Dava stratejisi belirlemek amacıyla içtihat derlemenin robot avukatlarca üstlenilmesi, insan avukatlara zaman kazandırması açısından büyük bir artı olarak değerlendirilmektedir. *Ross Intelligence* CEO'sunun da belirttiği üzere, insan avukatlar açısından bir bakıma “angarya” sayılabilecek işlerin robotlar tarafından yapılması, avukata söz konusu işlerle uğraşmaya harcadığı zamanı geri kazandıracaktır. Kimi yazarlar, zamandan edinilen bu tasarrufun daha ucuza avukatlık hizmeti sunulmasına vesile olabileceğini de ileri sürmektedir.<sup>14</sup> Gerçekten de hukuki araştırmaya ayrılan zaman avukatlık mesleğinin büyük bir kısmını oluşturmaktadır. Bu noktada, özellikle, saat başı ücretlendirme yapılan bürolarda danışmanlık ücreti belirlenirken insan avukatın daha uzun bir sürede yapacağı işin robot avukat tarafından daha kısa bir sürede yapılabileceği de not edilmelidir. Elbette danışmanlık ücretine yansıyan bu hususun avukatlar arasındaki rekabete de etki edeceğini öngörmek güç değildir.<sup>15</sup> Zira daha kısa sürede hazırlanıp daha uygun fiyata sunulan bir avukatlık hizmeti, avukatlık ücret tarifesi etkileyebilecektir.

<sup>12</sup> Cecille de Jesus, “AI Lawyer “Ross” Has Been Hired By Its First Official Law Firm”, (<https://futurism.com/artificially-intelligent-lawyer-ross-hired-first-official-law-firm>, e.t. 13.10.2021).

<sup>13</sup> Randall Comer, “AI and the Dawn of the Human Lawyer”, *Ohio Lawyer*, Vol. 31, No. 6, 2017, s. 4.

<sup>14</sup> *Medianik*, s. 1506-1507. Aynı yönde bkz. İpçi, s. 84.

<sup>15</sup> *Medianik*, s. 1507.

Öte yandan genel olarak tüm yapay zekâ araçlarının yol açabileceği sorunlara işaret eden akademisyen ve hukuk uygulayıcıları, robot avukatlar açısından da benzer olumsuz eleştirileri gündeme getirmektedir. Eleştirilerin önemli bir kısmı meslek etiği ilkelerine yöneliktir. Robotların da içinde bulunduğu pek çok yapay zekâ teknolojilerinin uygulamada, avukatlık meslek etiği ilkelerine yönelik soru işaretleri sunduğu belirtilmektedir. Söz konusu meslek etiği ilkelerinden öne çıkanı da avukat ve müvekkil arasındaki sır tutma ilkesidir. Örneğin, avukatların müvekkillerine ait bilgilerin gizliliği, yapay zekâ araçlarının üçüncü taraf satıcılar tarafından sağlandığı durumlarda ihlale açıktır.<sup>16</sup> Dolayısıyla yapay zekâ araçlarını kullanan avukatların, taraf gizliliğini sağlamak hususunda daha titiz davranması gerektiği ileri sürülmektedir.

Yapay zekâ ve avukatlık ilişkisine yönelik soru işaretlerinden bir diğeri de robot avukatın sunduğu danışmanlığın önyargılı olup olmayacağı ve de bununla ilgili olarak şeffaflık ilkesinin gözetilip gözetilmeyeceğine ilişkindir. Elbette hukuk pratiğine ilişkin önyargılar, özellikle önyargılı bilgileri kullanan robot avukatlar açısından da söz konusu olacaktır. Önyargılı düzenlemeleri veya önyargılı içtihatları esas alarak görüş oluşturan robot avukatların sunduğu hizmetler, özünde eşitliğe aykırı hususlar barındırabilecektir. Üstelik, yapay zekâ programlarıyla pekiştirilen bu önyargıları seçmek her zaman için kolay değildir.<sup>17</sup> Söz konusu mekanizmaların karmaşık algoritmalar içermesi sebebiyle işleyişin şeffaf olmaması, yargı kararlarına sinmiş olan önyargıların da gizlenmesine veya gözden kaçmasına sebep olabilmektedir.<sup>18</sup> Bu soru-

<sup>16</sup> Lam Chen Meng, "Impact of Artificial Intelligence on the Professional Responsibilities of Lawyers", *Singapore Law Review*, Vol. 37, 2019-2020, s. 57. Konuya ilişkin ayrıca bkz. M. R. Calo, "Robots and Privacy", *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (ed. Patrick Lin/Keith Abney), MIT Press, Cambridge, London 2014, s. 187-202. Gizliliğe ilişkin söz konusu sorun Avrupa Komisyonu'nun 2019'da yayınladığı "Güvenilir Yapay Zekâ için Etik Kuralları: Yapay Zekâ Konusunda Üst Düzey Uzman Grubu (Ethics Guidelines for Trustworthy AI: High-Level Expert Group on Artificial Intelligence)" başlıklı kılavuzda da konu edilmiştir. Bkz. *EuropEthics Guidelines for Trustworthy AI: High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*, 2019, s. 17, European Commission, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI: High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*, 2019, (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, e.t. 01.10.2021).

<sup>17</sup> P. J Davis, "Law Without Mind: AI, Ethics, and Jurisprudence", *California Western Law Review*, Vol. 55, No. 1, 2018, s. 180.

<sup>18</sup> Davis, s. 1801-182.

na yönelik çözüm arayışı literatürde ve uygulamada tartışılmaktadır. Avrupa Komisyonu'nun 2019'da konuya ilişkin yayınladığı ve yapay zekâ teknolojilerinin kullanımına dair önemli hususlara dikkat çeken *Ethics Guidelines for Trustworthy AI: High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*<sup>19</sup> başlıklı kılavuzda da olası önyargıları önlemek ve elemek için çeşitli önerilere yer verilmektedir. İlgili Kılavuz, veri toplama aşamasında tanımlanabilir ve ayrımcı önyargıların ortadan kaldırılması gerektiğine dikkat çekmektedir.<sup>20</sup> Öte yandan, yapay zekâ sistemlerinin oluşturulmasında (örneğin algoritmaların programlanmasında) önyargılar fark edilmeden kullanılabilir. Böyle bir durumda, yapay zekâ sisteminin amacını, gereksinimlerini ve sınırlarını açık ve şeffaf bir şekilde analiz etmek ve ele almak için gözetim süreçleri devreye sokulmalıdır. Kılavuza göre, bu gözetim ve denetim süreçleri, önyargıları bir nebze de olsa engelleyebilir. Ayrıca söz konusu sistemlere yönelik çalışmak üzere farklı sosyal çevrelerden, kültürlerden ve disiplinlerden işe alımlar, fikirlerin çeşitliliğini sağlayabilir.<sup>21</sup> Bu doğrultuda bir diğer çekince de şeffaflığa ilişkindir.

Yapay zekâ teknolojilerinin karmaşık yapısının yaratabileceği anlaşılabilirlik riskinin hukuk aktörleri açısından hesap verilebilirliği de gölgelediği ileri sürülmektedir.<sup>22</sup> Söz konusu karmaşık yapı hem teknik hem hukuki açıdan bir "kara kutu" olarak nitelendirilmektedir.<sup>23</sup> Ayrıca, genel olarak tüm teknolojik araçlara özgü risklerin hukuktaki yapay zekâ araçları için de geçerli olduğu düşünülebilir. Özellikle siber saldırı riski, hukuki sonuçları etkileyecek kadar yapay zekâ sis-

<sup>19</sup> European Commission, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI: High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*, 2019 (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, e.t. 01.10.2021).

<sup>20</sup> *Ethics Guidelines*, s. 18.

<sup>21</sup> *Ethics Guidelines*, s. 18. Örneğin Amazon ve LinkedIn'in sistemleri, iş başvurularında uygun aday önermeye yönelik cinsiyetçi bir şekilde çalıştığı iddiası üzerine yeniden gözden geçirilmiştir. Jana Soukupova, "AI-Based Legal Technology: A Critical Assessment of the Current Use of Artificial Intelligence in Legal Practice", *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 15, No. 2, 2021, s. 285.

<sup>22</sup> Richard M. Re/Alicia Solow-Niederman, "Developing Artificially Intelligent Justice", *Stanford Technology Law Review*, Vol. 22, No. 2, 2019, s. 263.

<sup>23</sup> Hukuk teknolojilerindeki 'karar verme' sürecinin neredeyse anlaşılmayacak kadar karmaşık olması "teknik anlamda kara kutu" olarak nitelendirilirken, algoritma ve verilerin 'ticari sır' olarak saklanması ise "hukuki anlamda kara kutu" olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Soukupova, s. 284-285.

temlerinin aldatıcı ve yönlendirici olarak kullanılmasına yol açabilir.<sup>24</sup> Kılavuz’da bu hususa da değinilmiş ve yapay zekâ teknolojilerinin güvenilir olmasına ilişkin birbiriyle örtüşen ve birbirini tamamlayan üç bileşenden söz edilmiştir. Bu bileşenlere göre, öncelikle, yapay zekâ araçları, geçerli tüm düzenlemelere uygun olması anlamında yasal olmalıdır (*lawful*). İkinci olarak söz konusu araçlar, etik ilke ve esaslara<sup>25</sup> aykırılık teşkil etmemelidir (*ethical*). Son olarak, söz konusu yapay zekâ aracının kullanımı sırasında iyi niyetle dahi olsa birtakım zararların ortaya çıkması olası olduğundan, sistemin gerek teknik gerekse sosyal açıdan sağlam (*robust*) olmasına özen gösterilmelidir.<sup>26</sup> Bu doğrultuda, hukuki uzmanlığın yanı sıra, başka uzmanlıkların da devreye girerek risklerin en aza indirilmesi gerekmektedir. Hatta tam da bu nedenle, ulusal sınırların ötesinde etki gösteren yapay zekâ sistemlerinin kullanımında ortaya çıkabilecek olası sorunlar ve bunlara ilişkin çözüm önerilerinin küresel nitelik taşıyabileceği gözden kaçmamalıdır.<sup>27</sup>

Yapay zekâ teknolojilerinin avukatlık mesleğinde kullanımına ilişkin yukarıda kısaca belirtilen hususlar avukatlık mesleğinin dönüşümüne de katkı sunmaktadır. Söz konusu dönüşümün ise birtakım anayasal ilkeleri ön plana çıkardığı ve ilgili tartışmaların bu ilkeler ışığında sürdüğü görülmektedir. Bu doğrultuda öncelikle yapay zekâ teknolojilerinin avukatlık mesleğini ne şekilde dönüştürebileceği kısaca ele alınarak söz konusu dönüşüm hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz parçası olan adil yargılanma hakkı ve ayırmacılık yasağı bağlamında değerlendirilecektir.

<sup>24</sup> Darshan Bhora/Kuldeep Shraavan, “Demystifying the Role of Artificial Intelligence in Legal Practice”, *Nirma University Law Journal*, Vol. 8, No. 2, 2019, s. 11.

<sup>25</sup> Bu ilke ve esaslardan özellikle “birey özerkliğine saygı” (respect for human autonomy), “zararın önlenmesi” (prevention of harm), “adil yargılanma” (fair trial), “açıklanabilirlik” (explicability) ilkeleridir. Bkz. European Commission, Ethics Guidelines for Trustworthy AI: High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, 2019, s. 12-13. Yine, Avrupa Komisyonu, tartışılan etik sorunların nasıl ele alınacağına ilişkin görüşler içeren Yapay Zekâ Üzerine-Mükemmellik ve Güvene İlişkim Avrupa Yaklaşımı başlıklı Raporu’nu (White Paper on Artificial Intelligence-a European Approach to Excellence and Trust) 2020 yılı Şubat ayında kamunun görüşüne de sunmuştur. Bkz. White Paper on Artificial Intelligence-a European Approach to Excellence and Trust, Brussels, 19.2.2020, [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf), e.t. 09.10.2021.

<sup>26</sup> Ethics Guidelines, s. 5.

<sup>27</sup> Ethics Guidelines, s. 5.

## 2. YAPAY ZEKÂ TEKNOLOJİLERİNİN AVUKATLIK MESLEĞİNİ DÖNÜŞTÜRMEŞİ

Yapay zekâ teknolojilerinin hukuk alanında kullanımı hızlı bir şekilde yaygınlaşmaktadır. Mesleki pratiklere bakıldığında, yapay zekâ araçları gittikçe genişleyen bir alanda ve çok sayıda kullanıcıya ulaşmış durumdadır. Belge tarama ve yönetimi, hukuki araştırma, sözleşme inceleme,<sup>28</sup> dava stratejisi belirleme, jüri seçimi ve dava sonucunu tahmin etmeye kadar pek çok konuda yapay zekâ teknolojilerinden faydalanılmaktadır.<sup>29</sup> Yapay zekâ teknolojileri her dönem avukatlık mesleğini etkilemiştir ve yeni gelişmelerin orta ve uzun vadede avukatlığı yeniden şekillendireceği öngörülmektedir.<sup>30</sup> Yapay zekâ teknolojilerinin insan avukatların sunduğu hizmetleri kısmen üsteleneceği bilinmekle birlikte, bu teknolojileri avukatlık hizmetlerinde sorunsuz ve yaratıcı şekilde kullanabilen avukatların da yeni roller yükleneceği ve bu anlamda mesleğe yönelik yeni becerileri haiz avukatlara ihtiyacın artacağı da öngörülmektedir.<sup>31</sup>

Söz konusu teknolojiler, öncelikli olarak hukuki bilgiye erişim yollarını dönüştürmüştür. Bu dönüşümü üç evreyle özetleyen *Benjamin Alaria et al*, ilk başta içtihatlar, hukuk dergiler, raporlar gibi basılı materyallerin kullanıldığını, daha sonra yargısal metinlerin çoğunun dijital ortama aktarıldığını ve nihayetinde son aşamada ilgili bilgileri daha kolay taramaya ve dava sonucunu tahmin etmeye yönelik teknolojik

<sup>28</sup> Sözleşmelere özel KIRA sistemi yapay zekâ teknolojileri arasında öne çıkmaktadır. İlgili sözleşmelerden ve hukuki belgelerden hükümleri saptamaya yarayan KIRA, gizli riskleri bulmak için bir sözleşmeyi diğer birçok sözleşmeyle karşılaştırabilmektedir. Bkz. Bhora/Shravan, s. 8. Benzer şekilde Ebrevia ve Lawgeex sistemleri de sözleşme taramada kullanılan yapay zekâ araçlarıdır. Bkz. Bhora/Shravan, s. 9-10.

<sup>29</sup> A. E. Davis, "The Future of Law Firms (and Lawyers) in the Age of Artificial Intelligence", *Direito Gv Law Review*, Vol. 16, No. 1, 2020, s. 3-5; J. L. Labowitz/J. Ortiz, "Happy Birthday Siri: Dialing in Legal Ethics for Artificial Intelligence, Smartphones, and Real Time Lawyers", *Texas A&M Journal of Property Law*, Vol. 4, No. 5, 2018, s. 409.

<sup>30</sup> Bu dönüşüme ilişkin detaylı bir öngörü için bkz. Nagihan Özdemir, "Yapay Zekâ Işığında Avukatlık Mesleğinin Dönüşümü: Üniversiteler ve Baroların Rolü", *Yapay Zekâ Çağında Hukuk*, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019, s. 40-45. (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15324>, e.t. 30.8.2021). Yine mesleğin dönüşümüne ilişkin bkz. Kılıç, 2021, s. 204-208.

<sup>31</sup> John Armour et al., "Augmented Lawyering", [http://ssrn.com/abstract\\_id=3688896](http://ssrn.com/abstract_id=3688896), e.t. 20.1.2022, s. 56-58, 66.

araçların kullanıldığını belirtir.<sup>32</sup> Bu gelişim süreci, avukatlık pratiğine yönelik başka dönüşümlere de vesile olmuştur. Örneğin, söz konusu bilgiye erişim kolaylığının avukatlık bürolarındaki özellikle daha çok “angarya” olarak nitelendirilebilecek iş yükünün paylaştırıldığı kalabalık genç avukat sayısını azaltacağı; muhakeme odaklı bir hizmet sunmak üzere eğitilmiş avukatlardan oluşan hukuk bürolarının hiyerarşik değil, yatay biçimde yapılanmasına olanak tanıyacağı ve nihayetinde tüm bu değişimlerin avukatlık ücretlerine de yansıtacağı öngörülmektedir.<sup>33</sup> Dolayısıyla hukuki bilgiye daha rahat bir şekilde erişilmesi, orta ve uzun vadede avukatlık bürolarının yapısını değiştirerek danışmanlık ücretini de etkilemesi söz konusu olabilecektir.

Yapay zekâ teknolojilerinin avukatlığın da parçası olduğu hukuk pratiğine yönelik tutumları değiştireceği ve hukuk sistemine yeni değerler aşılayacağı da tartışılmaktadır.<sup>34</sup> Bu doğrultuda söz konusu teknolojiler, hukuk literatürüne yeni kavram ve terimleri de getirmiştir. Aslında hukuk dünyasında uzun süredir geçerli olan birtakım program ve veri analizi araçları, “kodlanmış adalet” (*codified justice*) kavramının tartışılmasına vesile olmuştur. Bir tür “hukuk algoritması”na işaret eden kodlanmış adalet, “standartlaştırılmış prosedürlerin bir dizi olguya rutin bir şekilde uygulanması” anlamına gelmektedir.<sup>35</sup> Bu tür bir standardizasyonun temel amacı, karar vermede hukuk aktörlerinin takdir yetkisini (yani insan faktörünü) olabildiğince azaltarak, keyfilik ve önyargının önüne geçip tutarlılığı ve şeffaflığı artırmaktır.<sup>36</sup> Dolayısıyla yapay zekâ teknolojilerinin herhangi bir yazılım desteğinden farklı olduğu ve sağlayacağı avantajların veya yol açacağı dezavantajların ötesinde, avukatlık mesleğini ve adalete ilişkin algıları da dönüştüreceği göz önünde bulundurulmalıdır. Not etmek gerekir ki, karar vermede insan faktörünün mümkün olduğu kadar azaltılması, önyargılardan arındırılmış bir tutarlılık için etkili bir yöntem olarak düşünülebilse de avukatların şu an için sunduğu hizmetlerin doğasında yer alan birtakım hususları yapay zekâ teknolojilerinin insani

<sup>32</sup> Benjamin Alarie *et al.*, “How Artificial Intelligence Will Affect The Practice of Law”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 68, No. 1, 2018, s. 112.

<sup>33</sup> Davis A. E, s. 7.

<sup>34</sup> Re/Solow-Niederman, s. 247.

<sup>35</sup> Re/Solow-Niederman, s. 253-254.

<sup>36</sup> Re/Solow-Niederman, s. 254.



bir hassasiyetle gerçekleştiremeyeceği de ileri sürülmektedir. Bununla ilgili olarak muhakemenin (*judgement*), empatinin (*empathy*), yaratıcılığın (*creativity*) ve uyum yeteneğinin (*adaptability*), yapay zekâ teknolojileri aracılığıyla gerçekleştirilebildiğini söylemek zordur.<sup>37</sup> İnsani muhakemeye özgü takdir yetkisine işaret eden bu gibi özelliklerin, kimi zaman savunma hakkının işlevsel biçimde kullanılabilmesi, hakkaniyet olarak adaletin gerçekleştirilebilmesi ve dolayısıyla adil yargılama ilkesine uygun hareket edilebilmesi için gerekli olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu anlamda, avukatlık mesleğinde karşımıza çıkan yapay zekâ teknolojilerine ilişkin söz konusu gelişmeler, savunma hakkı ve bu hakla bütün olan adil yargılanma ilkesi, hak arama özgürlüğü, delil gösterme, hukuki dinlenilme ve ayrımcılığa uğramama hakkı gibi birtakım hak ve ilkelere yönelik tartışmaları da içinde barındırmaktadır.

### 3. HUKUK DEVLETİ, ADİL YARGILANMA HAKKI VE AYRIMCILIK YASAĞI BAĞLAMINDA AVUKATLIK ÖZELİNDE YAPAY ZEKÂ TEKNOLOJİLERİ

Hukukun üstünlüğüne ve bağlayıcılığına olan güven, hukuk mesleğine güveni de gerektirir. Avukatlık özelinde hukuk mesleğine güven ise avukat-müvekkil arasındaki güvene, avukatlık hizmetinin şeffaflığına ve bu hizmetin sunulmasında eşit işlem yapma ilkesine riayet edilmesine bağlıdır. Bu nedenle, hukuk devleti ilkesi ile avukatlık mesleği arasında ayrılmaz bir bağ olduğunu söyleyerek başlamak gerekir.

Hukuk devleti esas itibarıyla keyfi yönetim tehlikesini en aza indirmeyi amaçlar. Ancak, bu, herhangi bir hukuk düzeninde bulunması gereken erdemlerden yalnızca biridir ve bunun farklı ilkelerle dengelemesi gerekir.<sup>38</sup> Başka bir ifadeyle, dar anlamda hukuk devleti, hak ve özgürlüklerin korunması ve hakkaniyet olarak adaletin gerçekleştirilebilmesi için yeterli değildir. Bunu sağlayabilmek için hem şekli hem de maddi açıdan adil olan yöntem ve içerikler gerekir.<sup>39</sup> Dolayısıyla, adil bir sonuç için hem maddi adaletin hem de şekli adaletin

<sup>37</sup> Davis A. E., s. 6.

<sup>38</sup> Joseph Raz, "The Rule of Law and Its Virtue", *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* içinde, Oxford University Press, Oxford 1979, s. 211, 228.

<sup>39</sup> Michel Rosenfeld, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", *Southern California Law Review*, Vol. 74, 2001, s. 1314.

gerekliliği not edilmelidir.<sup>40</sup> Yine, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilebilmesi için kişilerin yalnızca hak özneleri olarak tanınması da yeterli değildir. Aynı zamanda, işlevsel hak arama araçları ve yöntemleri sunulmalıdır. Hukuk devletinin, hak arama özgürlüğü, savunma hakkı, adil yargılanma hakkı ve ayrımcılık yasağı gibi birtakım hak ve ilkelerle bir bütün olarak ele alınması da bundandır<sup>41</sup>.

Bir hakkın tanınmasını anlamlı kılan, olası ihlallere karşı onun aynı zamanda yargısal bir güvenceye kavuşturulmuş olmasıdır.<sup>42</sup> Bu nedenle, hak arama özgürlüğü pozitif hukukta tanınan diğer hakların da ön şartı ve şekli güvencesi niteliğindedir.<sup>43</sup> Adil yargılanma hakkı da öncelikle hak arama özgürlüğünün gerçekleşebilmesi ve etkili biçimde kullanılabilmesi için büyük öneme sahiptir<sup>44</sup>. Öyle ki, işlevsel hak arama araçlarının tanınabilmesi ve güvenceye alınabilmesi ancak hukuk devletinin esaslı unsuru olan adil yargılanma hakkının tanınması ve gerçekleştirilmesiyle mümkündür.<sup>45</sup>

Adil yargılanma hakkı, yargılama öncesinde, yargılama sırasında ve yargılama sonrasında karşılanması gereken haklar ve ilkeleri barındırır. Bu anlamda, tüm bu aşamalara ilişkin yöntemsel ilkeleri belirleyerek, nesnel bir yargılama sonucunda adil bir karara varmayı güvence altına alır ve böylece hukuk devletinin temel unsurunu oluşturur.<sup>46</sup>

<sup>40</sup> Gülriz Uygur, "Adalet ve Hukuk Devleti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, S. 3, 2004, s. 30. Şekli adalet ve hukuk devleti ilişkisi için ayrıca bkz. John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge 1994, s. 235.

<sup>41</sup> Deniz Polat Akgün, "Adil Yargılanma Hakkı ve Hukuk Devleti Işığında "Şiddete Uğramış Kadın Sendromu" Üzerine Bir İnceleme, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1, 2022, s. 155.

<sup>42</sup> İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku I: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, İmge Kitabevi, 7. b., Ankara 2013, s. 127.

<sup>43</sup> Kaboğlu, s. 144. Türk Anayasa Mahkemesi'ne göre de hak arama özgürlüğü; hakta işlerlik ve önem kazandıran, insanlık yaşamında yadsınamaz bir yeri olan ve toplumsal barışı güçlendiren bir dayanaktır ve adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının da uygar bir yöntemidir. Bkz. AYMK, E. 1991/2, K. 1991/30, k.t. 19.9.1991, RG. 16.09.1992, S. 21347.

<sup>44</sup> Polat Akgün, s. 155.

<sup>45</sup> Bkz. Tom Bingham, *The Rule of Law*, Penguin Books, London 2011, s. 90. Anayasa Mahkemesi'nin aynı yöndeki kararları için bkz. AYMK, E. 1992/8, K. 1992/39, k.t. 16.06.1992; E. 2004/25, K. 2008/42, k.t. 17.01.2008; Nevruz Bozkurt Başvurusu, No: 2013/664, 17.09.2013, para. 32.

<sup>46</sup> Bkz. Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4*, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara 2018, s. 1. Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ve 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde güvenceye alınmıştır. Sözleşme'ye göre, yargıla-

Bununla birlikte, adil yargılanma hakkı bakımından önemli olan sonuçtan çok yargılama sürecinin tamamıdır.<sup>47</sup> Bu nedenle, yargılamanın tüm yönetsel gerekliliklerini içeren “uzun bir liste” (*laundry list*) adil yargılanma kavramını oluşturur.<sup>48</sup> Dolayısıyla adil yargılanma ilkesi hem içerik hem de sonuca yönelik olarak adil bir karar verilip verilmediğinden önce, adil bir karar verilebilmesi için gerekli tüm koşulların sağlanıp sağlanmadığıyla ilgilidir.<sup>49</sup> Avukata danışma ve onunla iletişim kurma hakkı da bu koşullar arasında yer alır. Kuşkusuz, eşit işlem görme ve ayrımcılığa uğramadan bu hakkı kullanabilme de avukata erişim hakkının gereklerindedir. Öyle ki, ayrımcılık yasağı bugün, hukuk önünde eşitlik ve hukuken eşit korunma ilkelerinin ötesinde hukuk karşısında eşitlik ve hukuken eşit yararlanma ilkelerini de kapsamaktadır.<sup>50</sup>

---

manın kanunla kurulan, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul sürede, açık/aleni ve hakkaniyete uygun olarak yapılması gerekir. Sözleşme’de yer alan açık teminatlar dışında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, birtakım örtülü güvenceleri de adil yargılanma hakkı kapsamında ele almaktadır. “Çelişme ilkesi”, “silahların eşitliği ilkesi”, “mahkemeye başvurma hakkı”, “gerekçeli karar hakkı”, “susma hakkı”, “kendini suçlayıcı delil sunmaya zorlanamama hakkı”, “duruşmada hazır bulunma hakkı”, “duruşmaya etkili katılma hakkı” ve “delil sunma hakkı” bunlar arasındadır. Bkz. İnceoğlu, s. 112; F. Gökçen Taner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 46-47; Jeremy Waldron, “The Rule of Law and the Importance of Procedure”, *Nomos 50: Getting The Rule of Law* (ed. James E. Fleming), New York University Press, New York 2011, s. 5-6.

<sup>47</sup> Karen Reid, *A Practitioner’s Guide to The European Convention on Human Rights*, Sweet & Maxwell, Londra 1998, s. 50.

<sup>48</sup> Bkz. Waldron, s. 3-31, özellikle s. 3-7. Ayrıca bkz. John Gardner, “The Supposed Formality of the Rule of Law”, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 195-221.

<sup>49</sup> İnceoğlu, s. 1. Buna karşılık, AİHM’ye göre açıkça hatalı bulgulara dayanan bir karara varan, taraflarca sunulmuş olan savları, delilleri ve mütalaaları önyargısız biçimde incelemeyen bir yargı organı, adil ve hakkaniyetli yargılama yapma yükümlülüğünü ihlal etmiş olur. Bu nedenle, istisnai de olsa, yargı kararlarının içeriğinin de adil olup olmadığının denetlendiğini söylemek mümkündür. Bkz. ECHR, *Kraska v. Switzerland*, No. 20398/92, 19.04.1993, para. 30; Reid, s. 50.

<sup>50</sup> Ulaş Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 69. AİHS’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı hem bir hak hem de Sözleşme’ye hâkim temel bir ilkedir. AİHM de meşru amaç taşımayan, ölçülü, makul ve nesnel olmayan farklı muamelelerin ayrımcı kabul edileceğini belirtmektedir. Bkz. ECHR, *Rasmussen v. Denmark*, No. 8777/79, 28.11. 1984, para. 38. Türk Anayasa Mahkemesi de AİHM kararlarına gönderme yaparak, ayrımcılığı kısaca nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi olarak tanımlamıştır. Buna göre, din, siyasi düşünce, cinsel kimlik gibi kişilik unsurları olan ve kişisel tercihlere

Tüm bu ilke ve esasların, yapay zekâ ve avukatlık mesleği bağlamında yorumu, birtakım soruları akla getirmektedir. “Hangi durumda nasıl davranılırsa adil olunur?” sorusunun cevabını her zaman evrensel ilkeler vermeyebilir. Eğer, evrensel bir ilkeyi somut duruma uyguladığımızda etkili sonuç yaratmıyorsa, adil davranılıp davranılmadığı da bilinemeyecektir. Bu nedenle, ilkeler ile tarafsızlığı, tutarlılığı ve doğruluğu beraberinde getiren adalet düşüncesi tek başına yeterli değildir. Adaletin gerçek kılınabilmesi için birçok şarttan her birinin, bir diğeri için gerekli olduğu düşünülmelidir. Hakkaniyet de bu şartlardan biri olarak adaletin temelini oluşturur.<sup>51</sup> Özellikle suç isnadı altında olan kişilerin avukat yardımından yararlanabilmesi hakkaniyete uygun bir yargılama süreci için büyük önem taşır. AİHM de içtihatlarında sıklıkla suç isnadı altında olan herkesin bir avukat tarafından temsil edilmesi ve etkili biçimde savunulması çelişme ve silahların eşitliği ilkelerinin ve dolayısıyla da adil yargılanma ilkesinin temel unsurlarından biri olduğunu ifade etmektedir.<sup>52</sup> Bununla birlikte, insan avukat, kuralları ve içtihatları vekili olduğu tarafa ilişkin elindeki verileri dikkate alarak yorumlayabilecekken, yapay zekâ teknolojisine sahip bir robot avukat yalnızca veri tabanındaki parametreleri dikkate alarak, maddi vakaya konu önceki verileri, mevzuatı ve içtihatları tarayacak ve elindeki vakayı yalnızca bu verilerle karşılaştırarak, muhakeme etmeden/edemeden yargıcın nasıl karar vereceğini tahmin etmeye çalışacaktır. Ortaya koyacağı ve insan avukata yol gösterici olan yasal çözümlemenin çerçevesi de bundan oluşacaktır. Burada gözden kaçırılan önemli husus ise yargıçların daima yalnızca mevzuata göre değil, hukukun izin verdiği ölçüde takdir yetkilerini de kullanarak hükme vardıkları gerçeğidir. Elbette bu durumda karar tahminlerinin birbiriyle çelişme ihtimali doğar. Bu da savunma amaçlı yürütülen tüm çalışmanın eksik kalmasına ve dolayısıyla savunma hakkının işlevsel biçimde kullanılamamasına yol açabilecektir. Konuya ilişkin

---

dayanan ya da cinsiyet, yaş, engellilik gibi tercih yapılamayacak olan birtakım kişisel özelliklere dayanarak fırsatlar sunulmasının önlenmesi veya fırsatlardan mahrumiyet ayrımcılık olarak nitelendirir. Bkz. AYMK, Tuğba Arslan Başvurusu, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para. 112.

<sup>51</sup> John Rawls, “Justice As Fairness”, *The Journal of Philosophy*, Vol. 54, No. 22, 1957, s. 658.

<sup>52</sup> ECHR, Krombach v. France, No. 29731/96, 13.02.2001, para. 89; Loboda v. Ukraine, No. 8865/06, 17.11.2016, para. 33.

yöneltilen eleştirilerden biri de budur. Hukuk teknolojilerindeki veri çoğu zaman hukuki hikâye ve bağlamdan bağımsız uygulanabilmektedir. Bu da başka bir hikâyeye ait ve o bağlama özgü verinin, ilgisiz bir hikâyeye ve bağlama uyarlanması riskini taşımaktadır.<sup>53</sup> Öyle ki, yapay zekâ yazılımının, davanın tarafının eğitim durumunu, işsiz olup olmadığını, gelir seviyesini ve ceza yargılamasına konu bir davada kişiyi suça yöneltebilecek diğer etkenleri gerektiği şekilde dikkate alıp değerlendiremediği ve bu nedenle de aldığı kararların doğruluk payını saptamada risk taşıdığı endişesi dile getirilmektedir.<sup>54</sup> Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (*European Commission for the Efficiency of Justice/CEPEJ*) tarafından kaleme alınan “Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde ve Çevrelerinde Kullanımına İlişkin Avrupa Etik Şartı (*European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment*)” kapsamında da aynı konulara dikkat çekilmektedir. Şart’a göre, “tahmine dayalı bir adalet aracı” olarak robot avukatların taraflara büyük avantaj sağladığı, özellikle insan avukatların bir prosedürün başarı şansını ampirik ve sistematik olarak değerlendirerek müvekkillerine daha iyi tavsiye vermelerine olanak tanıdığı kabul edilmektedir.<sup>55</sup> Ne var ki, robot avukat tarafından hizmet alan bir tarafın kazanma şansının son derece düşük olduğu bir davası da söz konusu olabilir. Böyle bir örnekte başarı şansının düşüklüğü, avukatın müvekkiline yardım etme kararını etkileyebilir mi sorusu önem taşır. Bu soruyu soran Şart, mesleki uygulamanın, hukuki tavsiyeye ihtiyaç duyan kişilerin nihayetinde bundan mahrum kalma riskini en aza indirmeyi amaçlaması gerektiğini söylemektedir.<sup>56</sup> Yine, daha önce hiç karşılaşmamış bir konuda insan avukatların bilgi, beceri ve deneyimleriyle çözüm üretme ihtimalleri varken, robot avukat bu bakış açısından yoksun kalacak,<sup>57</sup> emsal kararlar olsa dahi yalnızca verilerinde yer alan bilgilerle bir çeşit karşılaştırma faaliyeti yapabilecektir. Bu anlamda, her somut olayın kendine özgü doğasının olduğu

<sup>53</sup> Soukupova, s. 287-288.

<sup>54</sup> Gizem Yılmaz, “Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı”, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C. 28, S. 1, 2020, s. 46.

<sup>55</sup> European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment, <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>, e.t. 8.10.2021, s. 14, 48.

<sup>56</sup> European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment, s. 48.

<sup>57</sup> İpçi, s. 96.

gerçeğinin robot avukatlarca varsayılan biçimde ihmal edilme ihtimali yüksektir. Dolayısıyla, yapay zekâ teknolojilerinin beraberinde getirdiği riskler de bu kapsamda düşünülmeli ve yalnızca tahmine dayalı bir savunmanın hakkaniyet anlamında adalete ve adil yargılanmaya her zaman için hizmet etmeyebileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

Yapay zekâ yazılımlı avukatlar aracılığıyla yürütülen savunmalarda yaşanabilecek ve adil yargılanmayı etkileyebilecek öne çıkan sorunlardan biri de yapay zekâ sistemlerinin dezavantajlı bireylerin durumunu kötüleştirme, ayrımcılığa neden olma ve belirli *stereotipler* yaratma ihtimalidir. Bu olasılık aynı zamanda yukarıda da değinildiği üzere yapay zekâ teknolojilerinin sahip olduğu verilerin önyargılardan ne ölçüde arındırılabilmesi ve şeffaf olup olmadığı tartışmasına da işaret eder. Maddi eşitlik ve bireysel adalet, keyfi sınıflandırmaları en aza indirmeye yardımcıdır.<sup>58</sup> Ancak, acaba, söz konusu teknoloji dava konusu kişi sırf belirli bir gruba dahil olduğu için sınıflandırma temelli işleyerek doğrusal ve tümünden gelimci bir sonuca mı ulaşacaktır, yoksa bireysel adaleti dikkate alarak somut olayı ayrı ele alabilecek midir?<sup>59</sup> Gerçekten de algoritmalarından kaynaklanabilecek olası ayrımcı sonuçların öngörülmesi ve bunlara ilişkin önlemlerin alınması gerektiği Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Komisyonu tarafından önerilen Yapay Zekâ Tüzüğü taslağında da kaleme alınmıştır.<sup>60</sup> Buna göre, avukatların kullandığı ve kullanacağı bu gibi yapay zekâ teknolojilerinin, yönlendirici (*manipulative*) ve dolayısıyla önyargılardan arındırılmış biçimde eşit işlem görme hakkını törpüleyici etkileri olabileceği her daim göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>61</sup> Bu çerçevede, ulusal üstü düzenlemelerde de ifade edilen çeşitli esas ve ilkeler, yapay zekâ sistemlerinin dezavantajlı bireylerin durumunu kötüleştirmeyecek şekilde uygulanmasına ışık tutmalıdır.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> Chris Chambers Goodman, "AI/Esq.: Impacts of Artificial Intelligence in Lawyer-Client Relationships", *Oklahoma Law Review*, Vol. 72, No. 1, 2019, s. 179-180.

<sup>59</sup> Aynı yönde bkz. Goodman, s. 177 vd.

<sup>60</sup> Bkz. Regulation of the European Parliament and of the Council, Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, 2021/0106 (COD), 21.4.2021, s. 4, 11.

<sup>61</sup> *Ibid*, s. 21.

<sup>62</sup> Bkz. Ethics Guidelines, s. 13. Örneğin, Microsoft şirketinin 2016 yılında, insanlarla iletişim kurması ve bu iletişim sonucunda verilen tepkileri ölçmesi için oluşturduğu Tay isimli çevrimiçi ulaşılabilen bot'a bazı kişilerce verilen cevaplar nedeniyle söz konusu teknolojinin ırkçı ve cinsiyetçi bir veri tabanına sahip hâle geldiği

## SONUÇ

Yapay zekâ teknolojilerinin, orta ve uzun vadede avukatlık mesleğini yeniden şekillendirip dönüştürmeye devam edeceğini öngörmek mümkündür. Kuşkusuz, UYAP ve E-devlet gibi avukatların iş yükünü büyük oranda hafifleten yazılımlar mesleki pratiklerin kaçınılmaz bir parçası haline çoktan gelmiştir<sup>63</sup> ve nice yeni teknolojiler avukatların işini kolaylaştırarak mesleki pratiğe olumlu bir katkı sunacaktır. Ancak söz konusu teknolojilerin avukatlık mesleğinde kullanımının anayasal ilkelerle uyum içinde olmasına ve zararlı sonuçların önlenmesi için sağlam, tutarlı, güvenli, anlaşılabilir ve denetlenebilir veri işleme yöntemleri ve geniş ölçekli, işlevsel algoritmaların gerekliliğine dikkat çekilmelidir. Bu çerçevede, *Ross* gibi yapay zekâ sistemleri, hukukun üstünlüğü, temel hak ve özgürlükler ve adil yargılanma hakkı üzerindeki potansiyel etkileri göz önünde bulundurularak yüksek riskli olarak sınıflandırılmalıdır.<sup>64</sup> Yargılama öncesinde, sırasında veya sonrasında taraflardan biri tarafından kullanılan yapay zekâ teknolojisine ilişkin algoritmanın yeterli, şeffaf ve sağlam işleyecek biçimde tasarlanmamış olması tüm yargılama sürecini olumsuz etkileyebilir. Öyle ki, bu teknoloji, sunduğu verilerin veya sonuçların doğruluğundan şüphe duysa dahi yargıcın aksi yönde karar vermesini engelleyici psikolojik bir güce de sahip olabilir.<sup>65</sup> Yine, yapay zekâ teknolojilerinin hukuk sisteminde yer bulabilmesi için teknolojiye dair açık tanımlamalara ve hukuki çerçeveye ihtiyaç duyulduğu unutulmamalıdır. Yazılımların barındırdığı teknik sorunlar, meslek etiği ve sorumluluk esaslarına ilişkin tartışmalı konular öngörülebilir bir hukuki zemine

---

görülmüştür. Öyle ki, Microsoft şirketi sistemi çalışmaya başlamasından 16 saat sonra kapatmak zorunda kalmıştır. Bkz. <https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/24/tay-microsofts-ai-chatbot-gets-a-crash-course-in-racism-from-twitter>; <https://www.forbes.com/sites/kalevleataru/2016/03/24/how-twitter-corrupted-microsofts-tay-a-crash-course-in-the-dangers-of-ai-in-the-real-world/?sh=5cf8b90a26d2>, e.t. 28.12.2021. Konuya ilişkin ayrıca bkz. İpçi, s. 99.

<sup>63</sup> Avukatlık ve teknoloji kullanımına ilişkin detaylı bir çalışma için bkz. Başak Buluz, "Türkiye'de Avukatlık Mesleğinde Teknoloji Kullanımı", *Yapay Zekâ Çağında Hukuk*, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019, s. 37-39. (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15324>, e.t. 30.8.2021).

<sup>64</sup> Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, 2021/0106 (COD), 21.4.2021, s. 28, para. 40.

<sup>65</sup> Janneke Gerards, "The Fundamental Rights Challenges of Algorithms", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 37, No. 3, 2019, s. 205-209 (<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0924051919861773>, e.t. 16.04.2021).

kavuşturulmalıdır.<sup>66</sup> Söz konusu olası teknolojik sorunlar denetlenebilir, sağlam ve güvenli yazılımlarla desteklenebilirse, robot avukatların sunacağı önyargıdan bağımsız ve şeffaf bir hukuki yardımından bahsetmek mümkün olabilir. Bununla birlikte, insana özgü muhakeme ve takdir yetisinin gerekli olduğu maddi olayı inceleme, konuya ilişkin içtihatları derleme, değerlendirme ve çıkarım yapma gibi avukatlık mesleğinin özünü oluşturan birtakım eylemlerde yapay zekâ teknolojilerinin gerçekten işlevsel olabileceğini öngörmek için henüz erken olduğunu not etmek gerekir. Öyle ki, içinde birçok farklı hak ve ilkeyi barındıran adil yargılanma hakkı açısından söz konusu teknolojilerde ciddi boşluklar ve eksiklikler olduğu, bu teknolojilerin sistematik biçimde hareket eden pür kanuncu bir anlayışı yansıtan sonuçlara neden olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu da tamamen yapay zekâ teknolojilerine dayanan bir savunmanın gerçek anlamda eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine uygun olup olmayacağı sorusunu doğurmakta, dolayısıyla adaletin sağlanmasına gölge düşürebileceğine dair bir şüpheye yol açmaktadır. Buna karşılık, avukatlık mesleğinde yapay zekâ teknolojilerinin hiçbir şekilde kullanılmaması gerektiğini söylemek de doğru olmaz. Odağında insan olan bu teknolojilerin asıl faydası, insan becerilerinin yerine geçmesi değil, aksine onları destekleyip geliştirmesi ve güçlendirmesidir.<sup>67</sup> Bu nedenle, söz konusu teknolojiler insan becerilerinin geliştirilmesi amacıyla destekleyici olarak kullanıldığı ve sürekli bir denetim altında geliştirildiği takdirde anayasal ilkelere olası çatışmaların daha az olacağı söylenebilir.

<sup>66</sup> Avrupa Birliği Komisyonu tarafından 2021 yılında yayınlanan “Yapay Zekâya İlişkin Uyumlu Kurallar Koyulması ve Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinin Değiştirilmesi (Regulation of the European Parliament and of the Council-Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts)” başlıklı düzenleme teklifi bu anlamda dikkate değerdir. Söz konusu düzenleme teklifi yapay zekâ teknolojilerine ilişkin kuralların çerçevesini çizen bir yasal düzenleme olma özelliğini taşımaktadır. Bkz. Regulation of the European Parliament and of the Council-Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, 2021/0106 (COD), 21.04.2021, [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF), e.t. 09.10.2021.

<sup>67</sup> James Wilson/Paul R. Daughtery, “Collaborative Intelligence: Humans and AI Are Joining Forces”, *Harvard Business Review* 2018, <https://hbr.org/2018/07/collaborative-intelligence-humans-and-ai-are-joining-forces>, e.t. 07.10.2021.



## Kaynakça

### Kitaplar ve Makaleler

- Alarie Benjamin *et al.*, "How Artificial Intelligence Will Affect the Practice of Law", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 68, No. 1, January 2018, s. 106-124.
- Armour John *et al.*, "Augmented Lawyering", [http://ssrn.com/abstract\\_id=3688896](http://ssrn.com/abstract_id=3688896), e.t. 20.1.2022.
- Atalar Gülşah Deniz, "Cezai Sorumluluk", *Yapay Zekâ Çağında Hukuk, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu*, 2019, s. 64-73. (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15324>, e.t. 30.8.2021).
- Bhora Darshan/Shravan Kuldeep, "Demystifying the Role of Artificial Intelligence in Legal Practice", *Nirma University Law Journal*, Vol. 8, No. 2, 2019, s. 1-14.
- Bingham Tom, *The Rule of Law*, Penguin Books, London 2011.
- Buluz Başak, "Türkiye'de Avukatlık Mesleğinde Teknoloji Kullanımı", *Yapay zekâ Çağında Hukuk, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu*, 2019, s. 37-39. (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15324>, e.t. 30.8.2021).
- Calo M. R., "Robots and Privacy", *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (ed. Patrcik Lin/Keith Abney), MIT Press, Cambridge, London 2014.
- Comer Randall, "AI and the Dawn of the HUMAN Lawyer", *Ohio Lawyer*, Vol. 31, No. 6, 2017, s. 4-6.
- Çetin Selin, "Yapay Zekâ ve Hukuk ile İlgili Güncel Tartışmalar", *Yapay Zekâ Çağında Hukuk, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu*, 2019, s. (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15324>, e.t. 30.8.2021).
- Davis A. E., "The Future of Law Firms (and Lawyers) in the Age of Artificial Intelligence", *Direito GV Law Review*, Vol. 16, No. 1, 2020, s. 1-12.
- Davis J. P., "Law Without Mind: AI, Ethics, and Jurisprudence", *California Western Law Review*, Vol. 55, No. 1, 2018, s. 165-220.
- Gardner John, "The Supposed Formality of the Rule of Law", *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Gerards Janneke, "The Fundamental Rights Challenges of Algorithms", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 37, No. 3, 2019, s. 205-209. (<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0924051919861773>, e.t. 16.04.2021)
- Goodman Chris Chambers, "AI/Esq.: Impacts of Artificial Intelligence in Lawyer-Client Relationships", *Oklahoma Law Review* 2019, Vol. 72, No. 1, s. 149-184.
- İnceoğlu Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4*, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara 2018.
- İpçi Özden, *Avukatlık Mesleğinde Yapay Zekâ Kullanımı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Kaboğlu İbrahim, *Özgürlükler Hukuku I: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, İmge Kitabevi, 7. b., Ankara 2013.
- Karan Ulaş, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

- Kılıç Muharrem, "Hukuksal Aklın Transhümanistik Temsilleri ve Ontorobotik Varoluş Formları", *Adalet Dergisi* 2021/1, S. 66, s. 15-54.
- Kılıç Muharrem, "Ethical-Judicial Inquiry Regarding the Effect of Artificial Intelligence Applications on Legal Profession and Legal Practices", *John Marshall Law Journal*, Vol. XIV, No. 2, Spring 2021, s. 202-226.
- Lacobowitz J.L./ Ortiz J., "Happy Birthday Siri: Dialing in Legal Ethics for Artificial Intelligence, Smartphones, and Real Time Lawyers", *Texas A&M Journal of Property Law*, Vol. 4, No. 5, 2018, s. 407-442.
- Lam Chen Meng, "Impact of Artificial Intelligence on the Professional Responsibilities of Lawyers", *Singapore Law Review*, Vol. 37, 2019-2020, s. 43-60.
- Medianik Katherine, "Artificially Intelligent Lawyers: Updating the Model Rules of Professional Conduct in Accordance With the New Technological Era", *Cardozo Law Review*, Vol. 39, No. 4, 2018, s. 1497-1532.
- Meyerowitz Glen, "Lawyers, Here's How to Begin Learning About Artificial Intelligence", *RAIL: The Journal of Robotics, Artificial Intelligence & Law*, Vol. 1, No. 4, 2018, s. 261-266.
- Nunez Catherine, "Artificial Intelligence and Legal Ethics: Whether AI Lawyers Can Make Ethical Decisions", *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 20, 2017, s. 189-204.
- Özçelik Barış, "Yapay Zekânın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler", *Adalet Dergisi* 2021/1, S. 66, s. 87-116.
- Özdemir Nagihan, "Yapay Zekâ Işığında Avukatlık Mesleğinin Dönüşümü: Üniversiteler ve Baroların Rolü", *Yapay Zekâ Çağında Hukuk*, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019, s. 40-45. ([www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15324](http://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15324), e.t. 30.8.2021).
- Polat Akgün Deniz, "Adil Yargılanma Hakkı ve Hukuk Devleti Işığında "Şiddete Uğramış Kadın Sendromu" Üzerine Bir İnceleme", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1, 2022, s. 145-175.
- Rawls John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge 1994.
- Rawls John, "Justice As Fairness", *The Journal of Philosophy*, Vol. 54, No. 22, 1957, s. 653-662.
- Raz Joseph, "The Rule of Law and Its Virtue", *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* içinde, Oxford University Press, Oxford 1979, s. 210-229.
- Re Richard M./Solow-Niederman Alicia, "Developing Artificially Intelligent Justice", *Stanford Technology Law Review*, Vol. 22, No. 2, 2019, s. 242-289.
- Reid Karen, *A Practitioner's Guide to The European Convention on Human Rights*, Sweet & Maxwell, Londra 1998.
- Reiling A. Dory, "Courts and Artificial Intelligence", *International Journal for Court Administration*, Vol. 11, No. 2, 2020, s. 1-10.
- Rosenfeld Michel, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", *Southern California Law Review*, Vol. 74, 2001, s. 1307-1352.
- Soukupova Jana, "AI-Based Legal Technology: A Critical Assessment of the Current Use of Artificial Intelligence in Legal Practice", *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 15, No. 2, 2021, s. 279-300.

- Taner F. Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Thompson Steven John, *Machine Law, Ethics, and Morality in the Age of Artificial Intelligence*, IGI Global, Hershey 2020.
- Uygur Gülriz, "Adalet ve Hukuk Devleti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, S. 3, 2004, s. 29-38.
- Waldron Jeremy, "The Rule of Law and the Importance of Procedure", *Nomos 50: Getting The Rule of Law* (ed. James E. Fleming), New York University Press, New York 2011, s. 3-31.
- Walters Ed, "The Model Rules of Autonomous Conduct: Ethical Responsibilities of Lawyers and Artificial Intelligence", *Georgia State University Law Review*, Vol. 35, No. 4, 2019, s. 1073-1092.
- Walton Douglas, *Argumentation Methods for Artificial Intelligence in Law*, Springer, Heidelberg 2015.
- Wilson James/Daughtery R. Paul, "Collaborative Intelligence: Humans and AI Are Joining Forces", *Harvard Business Review* 2018, <https://hbr.org/2018/07/collaborative-intelligence-humans-and-ai-are-joining-forces>, e.t. 07.10.2021.
- Yılmaz Gizem, "Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı", *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C. 28, S. 1, 2020, s. 27-55.
- Zeytin Zafer/Gençay Eray, "Hukuk ve Yapay Zekâ: E-Kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması", *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2019, s. 39-70.

## **Mahkeme Kararları**

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

- Artico v. Italy, No. 6694/74, 13.05.1980.
- Rasmussen v. Denmark, No. 8777/79, 28.11.1984.
- Ludi vs. Switzerland, No. 12433/86, 15.06.1992.
- Kraska v. Switzerland, No. 20398/92, 19.04.1993.
- Ruiz-Mateos v. Spain, No. 12952/87, 23.06.1993.
- Dombo Beheer B. V. v. Netherlands, No. 14448/88, 27.10.1993.
- Kerojarvi v. Finland, No. 17506/90, 19.07.1995.
- Ankerl v. Switzerland, No: 17748/91, 23.10.1996.
- De. Haes and Gijssels v. Belgium, No: 19983/92, 24.02.1997.
- Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain, No. 10590/83, 06.12.1998.
- Krombach v. France, No. 29731/96, 13.02.2001.
- A.B. v. Slovakia, No: 41784/98, 04.03.2003.
- Marcello Viola v. Italy, No: 45106/04, 05.10.2006.
- Zagorodnikov v. Russia, No: 66941/01, 07.06.2007.
- Insanov v. Azerbaijan, No: 16133/08, 14.03.2013.
- Loboda v. Ukraine, No. 8865/06, 17.11.2016.

Loboda v. Ukraine, No: 8865/06, 17.11.2016.

Palchik v. Ukraine, No: 16980/06, 02.03.2017.

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

E. 1991/2, K. 1991/30, k.t. 19.9.1991.

E. 1992/8, K. 1992/39, k.t. 16.06.1992.

E. 2004/25, K. 2008/42, k.t. 17.01.2008.

E. 2012/69, K. 2012/149, k.t. 11.10.2012.

Nevruz Bozkurt Başvurusu, No: 2013/664, 17.09.2013.

Tuğba Arslan Başvurusu, B. No. 2014/256, 25.06.2014.

Ali Kemal Tekin Başvurusu, No: 2014/875, 02.02.2017.

### **Diğer Mahkeme Kararları**

Burns v. Oluo, 360 U.S. 252, 257-58 (1959).

### **Resmî Gazete Sayıları**

RG. 19.03.1954, S. 8662.

RG. 16.09.1992, S. 21347.

### **İnternet Kaynakları**

Cecille de Jesus, "AI Lawyer "Ross" Has Been Hired By Its First Official Law Firm", (<https://futurism.com/artificially-intelligent-lawyer-ross-hired-first-official-law-firm>, e.t. 13.10.2021).

DoNotPlay, <https://donotpay.com>, e.t. 4.1.2022.

European Commission, Ethics Guidelines for Trustworthy AI: High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, 2019 (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, e.t. 01.10.2021) (Ethics Guidelines)

European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment, <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>, e.t. 8.10.2021.

Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, 2019. ([https://www.echr.coe.int/Documents/GuideArt\\_6\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/GuideArt_6_ENG.pdf), e.t. 05.10.2021.)

<https://blog.rossintelligence.com/post/announcement>, e.t. 3.9.2021.

Regulation of the European Parliament and of the Council-Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, 2021/0106 (COD), 21.04.2021, [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF), e.t. 09.10.2021.

White Paper on Artificial Intelligence-a European Approach to Excellence and Trust, Brussels, 19.2.2020, [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf), e.t. 09.10.2021.

# THOMAS HOBBS'UN LEVIATHAN'DA SUNDUĞU DOĞA YASALARININ SİYASET FELSEFESİ IŞIĞINDA İNCELENMESİ\*

## AN ANALYSIS OF THE LAWS OF NATURE PRESENTED BY THOMAS HOBBS IN LEVIATHAN WITH REGARD TO POLITICAL PHILOSOPHY

Muhammet Emin ERDEMLİ\*\*

**Özet:** Thomas Hobbes'a göre eşitliğin olduğu doğa durumunda; rekabet, güvensizlik, şan ve şeref nedenlerinden dolayı herkesin herkesle savaşı vardır. Ölüm korkusu ve rahat yaşam sürmek isteği, insanları aklın yasaları olan barış şartlarına yani doğa yasalarına yönlendirir. Doğa durumunda bulunan doğa yasalarından ilki, herkesin her şeye hakkının olduğunu belirtir. Bu temel doğa yasasının amacı barışı aramak ve izlemektir. Hobbes'un siyaset felsefesi bu amaç ile bağıntılıdır. İkinci doğa yasası ise insanların haklarını devrederek aralarında "toplum sözleşmesi" yapması üzerinedir. Sözleşmenin tek başına pratik hayata dair etkisi olamayacağı için egemen güce ihtiyaç duyulur. Devletin kurulması ile diğer doğa yasaları uygulama alanı bulur. Çünkü Hobbes'a göre, adalet, mülkiyet, hakkaniyet gibi doğa yasaları ifa edilmesi gereken bir sözleşmeye dayanır. Sözleşmeye uymanın zorunluluğu ise barışı tesis edebilecek güçlü otoriteyi gerektirir. Sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesine tabi olmamakla birlikte Hobbes'un "Leviathan (veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti)" isimli eserinde başlıca yirmi doğa yasası görülür. Bu araştırmanın amacı, "Leviathan" üzerinden Hobbes'un siyaset felsefesine dair görüşlerinin sunulup doğa yasalarının incelenmesidir.

**Anahtar Kelimeler:** Barış, Devlet, Doğa Durumu, Doğa Yasaları, Toplum Sözleşmesi

**Abstract:** In the state-of-nature where everyone is equal; there is a state of war of all against all due to competition, insecurity, glory and honor according to Thomas Hobbes. Fear of death and desire to live a comfortable life led people to a peaceful state which called laws of reason, thus this state can be described as the laws of nature. The first law of nature states that everyone has the right to everything. The purpose of this first fundamental law of nature

\* Makalemiz, araştırma ve yayın etiğine uygun olarak hazırlanmıştır.

\*\* Yüksek Lisans Öğrencisi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, m.eminerdemli@gmail.com, ORCID: 0000-0002-9310-5092, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.02.2023, Kabul Tarihi: 22.03.2023

is to seek and pursue the peace. The political philosophy of Hobbes is related to this purpose. Individuals in the community transfer their rights and make a "social contract" between each other. This is the second law of nature. Communities need a sovereign power to enforce the contract because the contract cannot have effect on practical life, solely. Other laws of nature can become applicable with the establishment of the state. Therefore, according to Hobbes, laws of nature such as justice, right to property and equity are based on a contract that must be fulfilled. On the other hand, the obligation to comply with the contract requires a powerful authority that can establish the peace. The twenty main laws of nature are visible in the Hobbes's "Leviathan" (or The Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civill), although not being subject to the principle of limited number (numerus clausus). This research aims to present Hobbes' views on political philosophy through "Leviathan" and analyze the laws of nature.

**Keywords:** Peace, State, State of Nature, Laws of Nature, Social Contract

## GİRİŞ

Siyasal topluluğun dönemler içinde farklı kavramlar ile ele alınması, siyasi meşruiyetin kaynağında değişiklikler görülmesine neden olur. "Meşruiyetin kaynağı İlk Çağ siyaset düşüncesinde rasyonel insanın bilgi ve becerileri iken Orta Çağ'da Tanrı iradesi olur."<sup>1</sup> Rasyonel insanın bilgisi ve Tanrı kavramlarına başvurularak meşruiyet probleminin önüne geçilir. "İnsan ve toplum anlayışında önemli bir kırılma, orta çağ sonrasını ve reformların yaşandığı dönemi niteleyen Rönesans sürecinde başlamıştır."<sup>2</sup> Rönesans ile insanın yeniden keşfi, siyaset kuramlarına yönelik temel sorunların da tartışılmasına yol açar. Siyasal topluluğun kuruluş aşaması, egemen gücün meşruiyeti, egemen güç ve uyrukların haklarının sınırları; temel sorunların konusunu oluşturur. Modern dönemde, Antik Çağ ve Orta Çağ'ın kavramları ile meşruiyet sorununa çözüm bulunamadığı için, toplum düzeni sözleşmelere dayandırılır. Araştırmamızın konusu olan Thomas Hobbes'un siyaset felsefesi hakkındaki görüşleri de yaşadığı dönemin koşulları karşısında sözleşme ile oluşturulmuş yapay bir mekanizma olan devleti konu alır.

<sup>1</sup> Lokman Çilingir, *Pratik Felsefe*, Elis Yayınları, Ankara 2018, s. 182.

<sup>2</sup> Olkan Senemoğlu, "Machiavelli'den Hobbes'a Rönesans Dönemi Siyaset Teorisinde İnsan Doğası ve Toplum Anlayışı", *İnsan&İnsan*, Yıl/Year 3, Sayı/Issue, 8, Bahar/Spring 2016, 77-100, s. 77.

Hobbes da bütün filozoflar gibi içinde yaşadığı zamanın çocuğudur. Onun yaşadığı dönem İngiltere ile İspanya'nın savaşın eşiğine geldiği, İngiltere'de ekonomik sıkıntılar ve iç savaşın baş gösterdiği zamana karşılık gelir. Bir papazın oğlu olan ve genç yaşta Oxford'da iyi bir eğitim gören Hobbes, doğa bilimleri alanındaki gelişmeleri, bilhassa Galileo ve Kepler'i yakından takip eder. Materyalist ontolojiden hareket eden düşünür, epistemolojisini olgusal ve deneysel temeller üzerine inşa eder. Siyaset sahasında çok ses getirecek olan eseri Leviathan'ı, İngiltere'deki iç savaş sebebiyle Fransa'daki ikametgâhi esnasında kaleme alır.<sup>3</sup>

Savaş ortamının hâkim olduğu dönemde yaşayan Hobbes, "Leviathan (veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti)" ile sunduğu siyaset felsefesinde bu dönemin izlerini okuyucuya yansıtır. İnsan üzerine açıklamalarda bulunarak, insan anlayışının şekillendiği devlet hakkında zemin oluşturur. Bu açıklamaları sırasında sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesine tabi olmamakla birlikte başlıca yirmi doğa yasası sunar. Biz de Hobbes'un siyaset felsefesinin ana konularına değinerek "Leviathan" isimli eserinde<sup>4</sup> karşılaşılan doğa yasalarını açıklamaya çalışacağız.

## 1. İNSAN

Hobbes, insanı diğer canlılardan ayıran temel özelliğin konuşma icadı olduğunu belirtir. Konuşma, adlar ve bağlantılarından oluşur. "İnsanlar bu sayede, düşüncelerini ifade etmekte, geçmişte kalan düşüncelerini hatırlamakta ve karşılıklı fayda ve haberleşme için onları birbirlerine söylemektedirler."<sup>5</sup> Bu düşünceler sadece algıya tabi olan şeyler hakkındadır. Algılama, nesnelerin duyu organları üzerindeki etkisi ile gerçekleşir. Akıl ise, "düşüncelerimizin işaretlenmesi ve ifade edilmesi için üzerinde anlaşılmuş genel adların hesaplanmasından,

<sup>3</sup> Çilingir, Pratik Felsefe, s. 183.

<sup>4</sup> Araştırmamız "Leviathan" isimli esere yönelik olmasına rağmen, Thomas Hobbes'un "De Cive" ve "Elements of Law" isimli eserlerinde de doğa yasaları bulunmaktadır. Bu eserlerde bulunan doğa yasalarının karşılaştırması için Bkz. Cihan Deniz Zarakolu, Thomas Hobbes'un Siyaset Felsefesi, Belge Yayınları, İstanbul Mart 2013, ss. 212 - 215.

<sup>5</sup> Thomas Hobbes, Leviathan, çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul Ocak 2022, s. 35.

yani toplanması ve çıkarılmasından, başka bir şey değildir.”<sup>6</sup> Böylece insan, algıladığı nesne hakkında düşünerek, adlar ve bağlantılarından en büyük icadı olan konuşmayı gerçekleştiren canlıdır. Öyle ki, Hobbes’a göre doğruluk ve yanlışlığın olabilmesi için de konuşmaya ihtiyaç vardır.

İki ad, bir sonuç veya doğrulama üretecek şekilde bir araya getirildiğinde: sözcelimi; insan canlı bir yaratıktır veya o bir insan ise, canlı bir yaratıktır gibi; eğer şu sondaki ad, canlı yaratık, daha önceki ad olan insan sözcüğünün ifade ettiği her şeyi ifade ediyorsa, o zaman doğrulama veya sonuç doğrudur; aksi takdirde yanlıştır. Çünkü doğru ve yanlış, nesnelere değil, konuşmanın vasıflarıdır.<sup>7</sup>

Görüldüğü üzere konuşmanın olduğu yerde, doğru ve yanlıştan söz edilebilir. Konuşma ile düşüncelerin belirtilmesi, insanları diğer canlılardan ayıran yeni bir yeteneğini ortaya çıkarır. Düşünceler ki, “onlar olmadan önce, insanlar arasında, aslanlar, ayılar ve kurtlar arasında olduğundan fazla devlet veya toplum veya anlaşma veya barış yoktu.”<sup>8</sup> İnsanlar birbirlerine düşüncelerini aktararak anlaşma sağlarlar. Anlaşmanın ürünü olan toplum sözleşmesi ile devletin oluşumu sağlanır. Böylece Hobbes, devlet kavramına konuşma yüklemine bağlar. Jean Jacques Rousseau ise: “Ama en güçlü dil, işaretin konuşmadan önce her şeyi söylediği dildir. (...) Ama kalbi harekete geçirmek ve güçlü duygulanımları alevlendirmek söz konusu olduğunda, durum başkadır.”<sup>9</sup> der. Rousseau, temel gereksinimlerden ziyade güçlü duygulanımlar halinde konuşmanın insanları birbirine yaklaştırdığını belirtir. Konuşmanın dolayısıyla insanın farklı ele alınışı, doğa durumu ve toplum sözleşmesi hakkında farklı yorumlara ulaşılmasına neden olacaktır. Çünkü, toplum sözleşmesi hakkında açıklamada bulunan filozoflar, insan anlayışından hareketle doğa durumunu ve doğa durumundan çıkış olarak toplum sözleşmesini sunarlar.

Hobbes’a göre iyi ve kötü kavramları, konuşan kişi açısından farklılık göstereceği için mutlak değildir. “Bir insanın iştahı veya ar-

<sup>6</sup> Hobbes, Leviathan, s. 43.

<sup>7</sup> Hobbes, Leviathan, s. 38.

<sup>8</sup> Hobbes, Leviathan, s. 35.

<sup>9</sup> Jean Jacques Rousseau, Dillerin Kökeni Üstüne Deneme, çev. Ömer Albayrak, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul Mart 2018, ss. 3, 4.



zusunun yöneldiği şey, o insan bakımından, iyi bir şeydir: onun nefret ve istikrahının yöneldiği nesne, kötü, istihfafının nesnesi ise süfli ve değersizdir.”<sup>10</sup> Bu nedenle en yüksek iyilikten (summum bonum) bahsedilemez, çünkü insanın doyumlu bir arzusu yoktur. “Mutluluk, bir nesneden diğerine, arzunun devamlı ilerleyişidir; bir şeyin elde edilmesi bir başka şeye giden yoldur sadece.”<sup>11</sup> Mutluluklardan yani devamlı ilerleyen arzuların en belirginini kudret arzusudur. İnsanın durmak bilmeyen kudret arzusu, sahip olduğu kudreti ancak daha fazla kudret elde ederek koruyabilmesinden kaynaklanır. Bu nedenle kudret arzusu rekabet ortamını oluşturur. “Rekabet ortamında belirleyici olan insanların kendilerini başkalarına kabul ettirme, başkaları nazarında saygın olma tutkusudur. Başkalarının onayı ve başkalarından üstün olma hazzı toplumsal yaşamın rekabetçi olmasının bir yansımasıdır.”<sup>12</sup> Arzusu nesnelere arasında devamlı ilerleyen ve kudret sahibi olmak isteyen insanların amacına ulaşabilme gayreti savaşa neden olur. Savaşın hâkim olduğu bu hal doğa (doğal) durumudur.

## 2. DOĞA DURUMU

Hobbes’a göre doğa durumunda henüz devlet yoktur. “Doğa durumu, insan varlıklarının olduğu, fakat hiçbir yönetim veya politik kurumun, askeriye ya da polis benzeri bir yürütme gücünün bulunmadığı bir hal ya da durumu ifade eder.”<sup>13</sup> Egemen gücün olmadığı doğa durumu halinde insanın doyumsuz kudret arzusunun sınırları da olmayacaktır. Elde edilmek istenen arzu aynı oldukça insanlar arasında savaşın olması kaçınılmaz olur. Herkesin herkesle savaş halinde olduğu doğa durumunu daha hırçın kılan ise herkesin eşit olmasıdır.

İnsanlar doğuştan eşittir. DOĞA, insanları, bedensel ve zihinsel yetenekler bakımından öyle eşit yaratmıştır ki, bazen bir başkasına göre bedence çok daha güçlü veya daha çabuk düşünebilen birisi bulursa bile, her şey göz önüne alındığında, iki insan arasındaki fark, bunlardan birinin diğerinde bulunmayan bir üstünlüğe sahip olduğunu iddia etmesine yetecek kadar fazla değildir. Çünkü, bedensel güç

<sup>10</sup> Hobbes, Leviathan, s. 50.

<sup>11</sup> Hobbes, Leviathan, s. 81.

<sup>12</sup> Çilingir, Pratik Felsefe, s. 184.

<sup>13</sup> Ahmet Cevzici, 17. Yüzyıl Felsefesi, Say Yayınları, İstanbul 2019, s. 125.

bakımından, en zayıf olan kişi ya gizli bir düzenle ya da kendisi ile aynı tehlike altında olan başkalarıyla birleşerek, en güçlü kişiyi öldürmeye yetecek kadar güçlüdür.<sup>14</sup>

Görüldüğü üzere eşitlik kavramına yüce değerler atfedilmek yerine savaş ile olan bağlantısı sunulmaktadır. Doğa durumunda eşitliğin olması, savaş halini sürdürmeye devam ettirir. Çünkü Hobbes'a göre eşitlikten güvensizlik, güvensizlikten de savaş doğar.<sup>15</sup> Herkes, bir başkası için tehdit konumundadır. "İnsanların karşılıklı güvensizliği, onları herhangi bir daimî üretimden yoksun kılan bir düzensizlik oluşturur. Bu düzensizlik, insanlar arası ilişkilerin bir diğerini boyunduruk altına alma savaşının ötesine geçemez."<sup>16</sup> Hobbes, herkesin herkesle savaşına dair üç temel neden sunar. Bunlar rekabet, güvensizlik ve şan ile şereftir.

Birincisi, insanları, kazanç için; ikincisi, güvenlik için, üçüncüsü ise, şöhret için mücadele etmeye iter. Birincisi, başka insanların kişiliklerine, karlılarına, çocuklarına ve hayvanlarına egemen olmak için şiddet kullanır; ikincisi, kendilerini korumak için; üçüncüsü ise, kendi kişiliklerine yönelik olarak doğrudan doğruya veya hısımları, arkadaşları, milletleri, meslekleri veya adları dolayısıyla, bir söz, bir gülümseme, farklı bir görüş ve başka bir aşağılama işareti gibi küçümsemelere karşı şiddet kullanır.<sup>17</sup>

Devletin olmadığı doğa durumunda rekabet, güvensizlik, şan ve şeref nedenlerinden dolayı insanlar sürekli savaş halindedir. "Genel bir gücün olmadığı yerde, yasa yoktur; yasa olmayan yerde de adletsizlik yoktur. Cebir ve hile savaşta en büyük iki erdemdir."<sup>18</sup> Adalet ve mülkiyet kavramları devlet ile söz konusu olacağına göre savaş hali adalete de aykırı değildir. "Hobbes için yaşananların açıklanması, pekâlâ kısa ama kapsamlı bir ifade içerisine sığdırılabilir: Homo homini lupus!"<sup>19</sup> (insan insanın kurdudur). Buna rağmen Hobbes'a göre

<sup>14</sup> Hobbes, Leviathan, s. 99.

<sup>15</sup> Bkz. Hobbes, Leviathan, s. 100.

<sup>16</sup> Önder Kulak, "Thomas Hobbes", Siyaset Felsefesi Tarihi, Doğu Batı Yayınları, Ankara Eylül 2021, s. 211.

<sup>17</sup> Hobbes, Leviathan, s. 101.

<sup>18</sup> Hobbes, Leviathan, s. 103.

<sup>19</sup> Kulak, "Thomas Hobbes", s. 208.

insanları barışa yönelten duygular da vardır.<sup>20</sup> Ölümden korkmak ve hayatı rahat yaşayabilmek arzusu insanların barışmasını sağlayabilir. Barış, aklın sunduğu şartlar olan doğa yasaları ile sağlanabilir.

### 2.1. Doğa Yasaları

Hobbes'a göre hak ve yasa, ayrı kavramlardır. "HAK, yapmak veya yapmamak özgürlüğünden oluşur; YASA ise, bunlardan birini tespit ve ilzam eder."<sup>21</sup> Yani yasa, yapıp yapmama özgürlüğünü, hakkı belirleyerek yükümlülük oluşturur. Bu ayırmadan hareketle doğal hak ve doğa yasasını şöyle tanımlar:

Yazarların genellikle jus naturale dedikleri DOĞAL HAK, kendi doğasını, yani kendi hayatını korumak için kendi gücünü dilediği gibi kullanmak ve kendi muhakemesi ve aklı ile, bu amaca ulaşmaya yönelik en uygun yöntem olarak kabul ettiği her şeyi yapmak özgürlüğüdür.

(...)

DOĞA YASASI, lex naturalis, akılla bulunan ve insanın kendi hayatı için zararlı veya hayatını koruma yollarını azaltıcı olan şeyleri yapmasını yasaklayan veya insanın hayatını en iyi şekilde koruyabileceğini düşündüğü bir ilke veya genel kuraldır.<sup>22</sup>

Doğal hak, insana kendisini korumak için mutlak özgürlük verir; doğa yasası, insanın kendisini korumasını engelleyecek şeyleri yapmasını yasaklar. Ebedi olan doğa yasaları, yalnızca gayret gerektiren, uyulması kolay yasalardır. "Bu yasaların bilimi, gerçek ve tek ahlak felsefesidir. Çünkü ahlak felsefesi, insanların konuşmalarında ve toplumlarında, neyin iyi neyin kötü olduğunun biliminden başka bir şey değildir."<sup>23</sup> İyi ve kötünün değerlendirilmesi kişisel zevklere tabi olduğu için mutlak değildir. Mutlak olmama sorunu ahlak felsefesi ile çözümlenerek doğa yasalarına doktrin oluşturulur. Hobbes, sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesine tabi olmamakla birlikte on dokuz adet doğa yasasını açıklar. Leviathan'ın değerlendirme ve sonuç kısmında

<sup>20</sup> Bkz. Hobbes, Leviathan, s. 103.

<sup>21</sup> Hobbes, Leviathan, s. 104.

<sup>22</sup> Hobbes, Leviathan, ss. 103, 104.

<sup>23</sup> Hobbes, Leviathan, s. 124.

ise bir doğa yasası daha ekler. Tüm doğa yasalarını özetleyecek kural ise kendine yapılmasını istemeyeceğin şeyi başkasını yapmadır (quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris).<sup>24</sup> Bu kuraldan çıkarılabilecek doğa yasalarını münferiden inceleyeceğiz.

**I. Herkesin Her Şeye Hakkı Vardır:** “Herkesin onu elde etme umudu olduğu ölçüde, barışı sağlamak için çalışması gerektiği; onu sağlayamıyorsa, savaşın bütün yardım ve yararlarını araması ve kullanması gerektiği ilkesine veya aklın bu genel kuralına varılır.”<sup>25</sup> Bu kural ile ulaşılan temel doğa yasası, barışı aramak ve izlemek; doğal hak ise tüm amaç ve araçları kullanarak kendimizi korumaktır. Temel olan birinci doğa yasası doğa durumunu açıklamaktadır. “Hobbes’un bu noktadan itibaren medeni felsefe çerçevesinde tanımlayacağı bütün kavramlar -toplumsal sözleşme egemenlik ve devlet- bu temel doğa yasasına dayanmaktadır.”<sup>26</sup> Bu nedenle siyaset felsefesinin ana unsurları ve diğer doğa yasaları hakkında sunacağımız açıklamalar temel doğa yasası ile bağıntılı olarak barışı tesis etmek üzerine olacaktır.

**II. Hakkın Bırakılması:** “Bir insan başkaları da aynı şekilde düşündüklerinde, barışı ve kendini korumayı istiyorsa, her şey üzerindeki bu hakkını bırakmalı ve başkalarına karşı, ancak kendisine karşı onlara tanyacağı kadar özgürlükle yetinmelidir.”<sup>27</sup> Hobbes’a göre hak, feragat ederek ya da devrederek bırakılır.<sup>28</sup> Bırakılan haktan kimin yararlanacağına karar verilirse devredilir aksi halde feragat edilir. Ancak bırakılamayan haklar da vardır:

İlk olarak, insan canını almak için kendisine cebren saldıranlara direnmek hakkını bırakamaz; çünkü, bu hakkı bırakmakla, kendisi için herhangi bir yarar elde etmeyi amaçladığı düşünülemez. Aynı şey, yaralanmak, zincire vurulmak ve hapis edilmek için de söylenebilir; çünkü, böyle durumlarda sabretmekten gelecek bir yarar yoktur; bir başkasının yaralanması veya hapsedilmesine izin vermektense gelecek bir yarar olmadığı gibi.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> Bkz. Hobbes, Leviathan, ss. 104, 123.

<sup>25</sup> Hobbes, Leviathan, s. 104.

<sup>26</sup> Zarakolu, Thomas Hobbes’un Siyaset Felsefesi, ss. 217,218.

<sup>27</sup> Hobbes, Leviathan, s. 104.

<sup>28</sup> Bkz. Hobbes, Leviathan, s. 105.

<sup>29</sup> Hobbes, Leviathan, s. 106.

Aklın sunduğu barış şartlarından olan doğa yasaları, insanın yarar elde etmesini sağlar. Hakkın bırakılması yarar sağlamayacaksa eğer, doğa yasası olarak düşünülemez. Direnme hakkının bırakılmaması da bu nevidendir. Hakkın bırakılması olan ikinci doğa yasası ile toplum sözleşmesine dolayısıyla devletin kurulmasına zemin hazırlanır. Çünkü kişi veya kişilerin yararlanması amacıyla hakkın devredilmesi sözleşme ile gerçekleşir. İlk iki doğa yasasından sonra belirtilen yasalar, devletin kurulmasıyla uygulama alanı bulur. Bu nedenle öncelikle toplum sözleşmesi ve devlet hakkında açıklama yapmamız gerektiği için diğer doğa yasalarını<sup>30</sup> ileride sunacağız.

### 3. TOPLUM SÖZLEŞMESİ

Hayatta kalmak için savaşın değil barışın egemen olmasını ve bu barış ortamının şartlarının ne olması gerektiğini akıl yoluyla bulan insan, ikinci doğa yasasına göre hakkını devreder. Ancak tek bir insanın değil insanların karşılıklı bir şekilde hakkını devretmesi gerekir. Hakların böylece karşılıklı devredilmesine sözleşme diyen Hobbes, sözleşmenin türlerinden biri olarak ahit kavramını da tanımlar.

Yine, taraflardan biri kendi adına taahhüt ettiği şeyi teslim edebilir ve, ona itimat ederek, diğer tarafın kendi taahhüdünü ileriki bir tarihte yerine getirmesini bekleyebilir; ve bu durumda sözleşme, onun açısından, ANLAŞMA veya AHİT adını alır: veya her iki taraf da, ileride ifa etmek üzere, şimdi sözleşme yapabilirler: ki bu durumda, ileride ifa yapılmasına güvenildiği için, ifanın yapılmasına sözün tutulması veya sadakat denilir; ifanın yapılmaması ise eğer iradi ise, sadakatin ihlalidir.<sup>31</sup>

Görüldüğü üzere, ileri tarihli de olsa ifanın yerine getirilip hak devrinin karşılıklı olması esas alınmaktadır. Karşılıklılık yoksa buna bağlı denir.<sup>32</sup> Hobbes için hakların karşılıklı olarak devredilmesinin önemi özgürlük kavramını negatif olarak tanımlaması ile ilgilidir. Ona göre: “Özgürlükten, kelimenin doğru anlamıyla, dış engellerin yokluğu anlaşılır: bu engeller, çoğu zaman, insanın dilediğini yapma gücünün bir bölümünü elinden alabilirler; fakat, kendisinde kalan gücü, muhake-

<sup>30</sup> Bkz. Makalemizde bulunan “Diğer Doğa Yasaları” başlığı.

<sup>31</sup> Hobbes, Leviathan, ss. 106,107.

<sup>32</sup> Bkz. Hobbes, Leviathan, s. 107.

me ve aklının emrettiği şekilde kullanmaktan onu alıkoyamazlar."<sup>33</sup> Dış engelleri olmayan insan, hakkını bırakarak kendisine engeller oluşturabilir. Dış engelin varlığı ise özgürlüğün kısıtlanması anlamına gelir. Engelin olmamasına göre özgürlüğün tanımlanması, negatif özgürlük anlayışının sunulduğunu gösterir. "Hobbes'un özgürlük tanımı açısından, insan tam bir özgürlük halini ancak doğal durumda elde edebilir."<sup>34</sup> Ancak savaşın hâkim olduğu doğa durumunda özgürlüğün kısıtlanmaması pek mümkün değildir. Toplum sözleşmesinden sonra devletin kurulmasıyla uyruk olarak insanın özgürlüğü ayrı değerlendirilir. İleride açıklayacağımız mutlak egemen güç, özgürlüğe sahip olmandır. "Özgürlüğün sadece devletle ilişkilendirilmesi, yurttaşların böyle bir hakka sahip olmadıklarını gösterir. Yurttaşın en büyük ödevi yasalara uymaktır ki, yukarıda yapılan ayırım içerisindeki yurttaş özgürlüğe de budur."<sup>35</sup> Doğa durumunda özgürlüğün, savaş nedeniyle kısıtlanmasından sonra, devletin kurulmasıyla beraber egemen güce ve yasalara tabi olmanın getirdiği kısıtlamalarla karşılaşılır. "Uyrukların en büyük özgürlüğü, yasanın sessizliğine dayanır."<sup>36</sup> Egemen gücün kurala tabi tutmadığı durumlar için uyrukların özgürlüğünden bahsedilebilir. Buna rağmen uyrukların kendi varlıklarını savunmak ve kendilerine zarar vermemek bakımından itaat etmeme özgürlüğü<sup>37</sup> vardır. Dolayısıyla Hobbes için mutlak özgürlük mümkün görünmemektedir.

Huzur ve güvenliğini sağlamak için haklarını karşılıklı devreden insanlar aralarında sözleşme kurmuş olurlar. Ancak henüz egemen güç olmadığı için sözleşmenin ihlal edilmesine karşı cebir uygulayacak yine insanlardır. Böyle bir durumda ise herkesin herkesle savaşı tekrar başlamış olur. "Doğa yasaları pratik bir geçerliliğe ancak sözleşmeden gücünü alan bir egemenin idaresinde erişir. Zira, doğal hak ya da doğal yasaya dayanmayan sivil yasa yetersiz kalır."<sup>38</sup> Bu nedenle haklarını devreden insanlar, özgürlüklerini tek veya heyetten oluşan bir egemen güce vererek devletin kuruluşunu sağlar.

<sup>33</sup> Hobbes, Leviathan, s. 103.

<sup>34</sup> Kulak, "Thomas Hobbes", s.218.

<sup>35</sup> Yıldırım Torun, Hukuk Felsefesi, Orion Kitabevi, Ankara Ekim 2012, s. 230.

<sup>36</sup> Hobbes, Leviathan, s. 170.

<sup>37</sup> Bkz. Hobbes, Leviathan, s. 168.

<sup>38</sup> Çilingir, Pratik Felsefe, ss. 188,189.

#### 4. DEVLET (LEVIATHAN/EJDERHA)

Sözleşme ile hakların devredilmesi sonucunda barış haline geçilir. Bu hakların egemen güce devri ise devleti oluşturur. Bireysel güvenliği amaçlayan devletin kurulmasıyla savaş halinden çıkılır, böylece kendini koruyabilen insan daha mutlu hayat sürer. Hobbes'a göre devletin kuruluşu özetle şöyledir:

Herkes herkese, senin de hakkını ona bırakman ve onu bütün eylemlerinde aynı şekilde yetkili kılman şartıyla, kendini yönetme hakkını bu kişiye veya bu heyete bırakıyorum demişçesine, herkesin herkesle yaptığı bir ahit yoluyla, hepsinin bir ve aynı kişilikte gerçekten birleşmeleridir. Bu yapıldığında, tek bir kişilik halinde birleşmiş olan topluluk, bir DEVLET, Latince CIVITAS, olarak adlandırılır. İşte o EJDERHA'nın veya daha saygılı konuşursak, ölümsüz tanrının altında, barış ve savunmamızı borçlu olduğumuz, o ölümlü tanrının doğuşu böyle olur.<sup>39</sup>

Herkesin herkesle yaptığı sözleşme ile tek bir kişilik haline gelen topluluğu temsil edecek olan ise egemendir, geriye kalan herkese uyruk denir. Egemenin görevi, eğitim ve yasalar yoluyla halkın iyiliğini ve güvenliğini sağlamaktır. "Ancak hak ve özgürlüklerin lehine vazgeçildiği egemen, sözleşmeye taraf değildir; lehine sözleşme yapılan üçüncü kişi durumundadır."<sup>40</sup> Topluluk ve egemen açısından bakıldığında tek taraflı bir sözleşme görülmektedir. Sözleşmenin tarafları, egemenin yönettiği devletin uyruklarıdır. Egemen ise temsilci olmak hakkı verilen kişidir. Dolayısıyla egemenliğe devredilen hak ve yetkiler de devletin kuruluşu ile doğar. Hobbes, bu hak ve yetkileri devletin kurulmasının sonuçları olarak on iki maddede açıklar.

##### 4.1. Devletin Kurulmasının Sonuçları (Egemenin Hak ve Yetkileri)<sup>41</sup>

- i. Uyruklar, hükümet şekli hakkında değişikliğe karar veremez.
- ii. Hak ve yetkilerin devredildiği sözleşmeden dönülemeyeceği için egemen güçten de vazgeçilemez.

<sup>39</sup> Hobbes, Leviathan, s. 136.

<sup>40</sup> Aydan Ömür Surlu, Thomas Hobbes'un Devlet ve Hukuk Anlayışı, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2001, s. 47.

<sup>41</sup> Bkz. Hobbes, Leviathan, ss. 137-143.

- iii. Sözleşme ile belirlenen egemenin kuruluşuna karşı gelmek isteyen kimse, bunu adaletsizlik etmeden yapamaz.
- iv. Uyruk, egemenin eylemi hakkında eleştiride bulunamaz. Çünkü uyruk, temsil edilen olduğu için temsil edenin yetkisine dayanan eylemlerinin haksız olduğu kabul edilmez.
- v. Aynı gerekçe ile uyruk, egemeni eylemlerinden dolayı cezalandıramaz.
- vi. Egemen, barışı sağlamak ve uyruklarını savunmak için neye ihtiyaç olduğuna karar verir. İhtiyaçlar arasında öğretilecek olan düşüncelerin neler olması gerektiğine de egemen karar verir.
- vii. "Uyruklardan her birinin, başka hiçbir uyruğun adaletsizlik etmeden ondan alamayacağı hangi şeylerin kendisine ait olduğunu bilebileceği kurallar yapmak hakkı."<sup>42</sup> Mülkiyetin tanımını da içeren bu hakka göre egemen, kurallar ile adaletsizliği ve neyin o uyruğa ait olduğunu bilinmesini sağlar.
- viii. Uyuşmazlık ve yargılamaları çözme hakkı egemene aittir.
- ix. Diğer devletlerle barış veya savaş yapmaya karar verme hakkı egemen aittir.
- x. Egemen, danışmanlarının ve bakanlarının kim olacağına karar verme hakkına da sahiptir.
- xi. Yasalara uyulup uyulmaması sonucunda ödül ve cezayı verecek olan egemendir.
- xii. Devletin ihsanına layık olana şeref ve paye vermek hakkı egemene aittir.

Egemenliğe devredilen hak ve yetkiler bölünemez. Hobbes'a göre: "Kendi içinde bölünmüş bir krallık ayakta duramaz: çünkü, önceden bu bölünme olmadıkça, karşıt ordulara bölünme asla olmaz." İngiliz iç savaşının da etkisiyle Hobbes, kuvvetler ayrılığını savaşın nedeni olarak görür. Hak ve yetkilerin bölünmemesi de kuvvetin birliğine işaret eder. Böylece tek kişilik haline gelen topluluğu yöneten egemenin hak ve yetkileri, savaşa engel olabilecek güçte düzenlenir. Sözleşmeyle kurulan devletin güçlü egemene ihtiyacı olduğu gibi devletin türü de barışı sağlayacak güce sahip olmalıdır.

---

<sup>42</sup> Hobbes, Leviathan, s. 141.



## 4.2. Devlet Biçimleri

Monarşi, demokrasi ve aristokrasi olmak üzere üç tür devlet biçimi vardır. Temsilcinin bir veya birden fazla oluşuna göre devlet biçimi değişir. Hobbes üç devlet biçimini şöyle açıklar: “Temsilci ya bir kişi veya birden fazla kişi olmalıdır: eğer birden fazla ise, o zaman temsilci, herkesin veya sadece bazılarının heyetidir. Temsilci bir kişi olduğunda, devlet bir MONARŞİ’dir: bir araya gelecek herkesten oluşan bir heyet ise, DEMOKRASİ’dir veya halk devletidir: sadece bir kesimin heyeti olduğunda ise, ARİSTOKRASİ adını alır.”<sup>43</sup> Hobbes’a göre, tiranlık, oligarşi ve anarşi farklı yönetim biçimleri değildir. Sadece farklı adlardır. “Monarşi yönetimi altında memnun olmayanlar ona tiranlık derler; aristokrasiden memnun olmayanlar ise, onu oligarşi olarak adlandırırlar; yine, demokrasi yönetiminden zarar gördüklerini düşünenler ona, yönetimsizlik anlamına gelen anarşi adını verirler.”<sup>44</sup> Monarşi, demokrasi ve aristokrasi arasında değerlendirmede bulunan Hobbes, ölçüt olarak halkın barış ve güvenliğinin sağlanabilmesini gözetir. Egemenin hak ve yetkilerinin bölünmesine izin vermeyerek oluşturulan güç, devlet biçiminde de aranır. Bu güce sahip olabilecek otoriter devlet biçimi ise monarşidir.

Monarşide, özel çıkar kamu çıkarı ile özdeşir. Bir monarkın zenginliği, kudreti ve şerefi, uyruklarının zenginliği, gücü ve şöhretinden gelir sadece. Çünkü, düşmanlarına karşı bir savaşı sürdüremeyecek kadar yoksul veya rezil veya yoksulluk veya muhalefet nedeniyle, zayıf uyruklara sahip bir kral ne zengin, ne görkemli, ne de güvenli olabilir: demokrasi veya aristokraside ise, kamunun refahı, yolsuz bir kimsenin özel servetinden çok, zararlı görüşlerden, haince eylemlerden veya iç savaştan etkilenir.<sup>45</sup>

Görüldüğü üzere sözleşme ile kurulabilecek devlet biçimleri arasından monarşi, demokrasi ve aristokrasiye göre daha yararlı bulunur. Devredilen hak ve yetkilerin monarşi sistemi ile birlikte egemenin elinde olması, mutlak monarşi ile sonuçlanır. Böylece ölümlü tanrı, mutlak güce ve bu gücü uygulama kabiliyetini sağlayabilecek koşullara sahip olarak, uyruklarını herkesin herkesle savaşının hâkim olduğu doğa durumuna dönüşten korur. Ancak doğa durumunda de-

<sup>43</sup> Hobbes, Leviathan, s. 146.

<sup>44</sup> Hobbes, Leviathan, s. 146.

<sup>45</sup> Hobbes, Leviathan, s. 147.

mokrasinin izlerine rastlanılabilir. “Bir kimsenin başka herkesle olan ilk mutabakatı, çoğunluğun demokratik bir halk olarak ortaya çıkışını veya inşasını mümkün kılan bir şey olup, her insanın egemene, tek bir eşit oyla işaret etmesi de demokratik bir edimdir.”<sup>46</sup> Hakların bırakıldığı ikinci doğa yasasını denk gelen sözleşme sürecinde henüz devlet kurulmamıştır ancak devletin kurulma aşamasına geçilmiştir. Devletin olmadığı yerde devlet biçiminin olduğundan bahsetmek doğru bir adlandırma olmayacaktır. Dolayısıyla Hobbes’a göre doğa durumu döneminde tam anlamıyla demokrasiye değil demokrasinin izleri ve edimlerine rastlanır.

### 4.3. Diğer Doğa Yasaları

Ölüm korkusu ve rahat yaşam sürmek isteği, insanları aklın yasaları olan barış şartlarına yani doğa yasalarına yönlendirir. İnsanın yalnızca insan olmasından kaynaklanan hakları belirleyen yasalardan ilki herkesin her şeye hakkının olması, ikincisi ise hakkın bırakılması üzerinedir. Doğa durumunda açıklamış olduğumuz iki doğa yasası ile devletin kurulmasına zemin hazırlandığını ve toplum sözleşmesi yapılarak hakların devredildiğini gördük. Devletin kurulmasından sonra, on sekiz doğa yasası daha uygulama alanı bulur. Adalet, mülkiyet, hakkaniyet gibi doğa yasaları Hobbes’a göre, ifa edilmesi gereken bir sözleşmeye dayanır. Sözleşmeye uymanın zorunluluğu ise barışı tesis edebilecek güçlü otoriteyi gerektirir. Toplum sözleşmesi yapılmadan dolayısıyla devlet kurulmadan önce yalnızca iki temel doğa yasasının uygulama alanı bulmasının nedeni budur. Sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesine tabi olmamakla birlikte diğer doğa yasalarını münferiden incelemeye çalışacağız.

**III. Adalet ve Mülkiyet:** “Adaletin doğası, geçerli ahitlere uyulmasıdır: fakat ahitlerin geçerliliği, insanları onlara uymaya zorlayacak bir devlet gücünün kurulmasıyla başlar ancak: ve mülkiyet de o zaman başlar.”<sup>47</sup> Hobbes için adaletsizlik, ahdin ifa edilmemesi ile gerçekleşir. Çünkü ahit yapılarak haklar devredilir. Artık herkesin her şeye hakkı vardır denilemeyecektir. Hakların devredilmesi ile yapılan sözleşmenin (ahit veya anlaşma) gereklerinin yerine getirilmesi için otoriteye ihtiyaç duyulur. Ahdin ifa edilmesini sağlayacak güç, devlettir.

<sup>46</sup> Cevizci, 17. Yüzyıl Felsefesi, s. 142.

<sup>47</sup> Hobbes, Leviathan, s. 114.

Bu nedenle, ifanın olanağını sağlayan devletin bulunduğu ortamda, adalet veya adaletsizlikten bahsedilebilir. Mülkiyetin devlet ile olan ilişkisi ise korunma üzerinedir. “İnsanlar, kendisinin olanın, yalnızca kendisine ait olmasını ve bu aitliğin sürekli olmasını istediklerinden, doğa durumundaki güvencesiz eşit hak ve özgürlüklerinden, sözleşme ile sağlanan devlet gücüne dayalı hak ve özgürlükler karşılığında vazgeçmişlerdir.”<sup>48</sup> Bu nedenle, sözleşme ile kurulan otorite olmadıkça mülkiyetin korunması mümkün değildir. Hobbes, üçüncü doğa yasası olarak adalet ve onunla ilişkili olan mülkiyete değindikten sonra adaletin çeşitlerini açıklar. İlk olarak adalet, insan adaleti ve eylem adaleti olabilir. Çünkü adil ve adil değil sıfatları insana veya eyleme yüklenebilir. “İnsana atfedildikleri zaman, davranışların akla uygun oluşu ve olmayışı anlamına gelirler. Eylemlere atfedildikleri zaman ise, davranışların veya hayat tarzının değil, belirli eylemlerin akla uygun oluşunu veya olmayışını anlatırlar. Dolayısıyla adil bir insan, eylemlerinin tümüyle adil olması için elinden gelen bütün dikkati gösteren bir insandır.”<sup>49</sup> Görüldüğü üzere, belirli eylemlerin akla uygun oluşu ile adil eylem gerçekleştirilirken; insan akla uygun davranışları ile adil olur. Hobbes’a göre, adil eylemlerde bulunan insan adil ve böylece lekesiz olur.<sup>50</sup> İkinci olarak adalet, davranışların ve eylemlerin adaleti olabilir. “Davranışların adaletsizliği, haksızlık yapma eğilimi veya haksızlık yapmaya yatkınlıktır ve eyleme geçilmeden önce ve herhangi bir kişinin haksızlığa uğratılmasını varsaymaksızın adaletsizliktir. Fakat bir eylemin adaletsizliği, yani haksızlık, zarar verilmiş bir kişiyi ima eder; yani kendisiyle ahit yapılmış bir kişiye verilmiş bir zararı.”<sup>51</sup> Haksızlık gerçekleşmeden haksızlık yapmaya olan eğilim davranışların adaletsizliğini imler. Haksızlık gerçekleşmiş ise zarar veren bir eylemin adaletsizliğinden bahsedilir. Hobbes için üçüncü olarak adalet, mübadele ve bölüşümde adalet olabilir. “Mübadelede adalet sözleşmeye taraf olan kişinin adaletidir; yani, satın alma ve satma; kiralama ve kiraya verme, borç verme ve borç alma; mübadele, takas ve diğer sözleşmelerde ahdin ifasıdır. Bölüşümde adalet ise bir hakemin adaleti-

<sup>48</sup> Bekir Geçit, “Thomas Hobbes’da Toplum Sözleşmesi, Egemenlik ve Uyruluk: Egemenin ve Uyrukların Hak ve Yükümlülükleri Nelerdir?” *Temaşa Felsefe Dergisi*, 14 (2020), s. 113.

<sup>49</sup> Hobbes, *Leviathan*, s. 117.

<sup>50</sup> Bkz. Hobbes, *Leviathan*, s. 117.

<sup>51</sup> Hobbes, *Leviathan*, ss. 117, 118.

dir; yani, neyin adil olduğunun belirlenmesi işidir."<sup>52</sup> Sözleşmeye taraf olanların ahdin ifasını yerine getirmesi mübadelede adaleti oluşturur. Sözleşmeye taraf olmayan ama taraf olanların güvendiği hakem, adil olanın ne olduğunu belirleyerek bölüşümde adaleti gerçekleştirir. Bu ise on birinci doğa yasası olan hakkaniyet kavramına işaret eder.

**IV. Minnettarlık:** "Bir başkasından salt iyilik amacıyla bir fayda elde etmiş olan bir kişi, o faydayı sağlayanın, iyi niyetinden pişmanlık duymaması için gayret etmelidir."<sup>53</sup> Adalet kavramı içerisinde ahdin ifa edilmesi gerekliliğini barındırırken; minnettarlık, iyilik olarak bağışığı gerektirir. Bağıştta bulunanın pişman olmaması için bağıştan fayda elde eden kişi minnettarlığını sunmalıdır. "Bağış gönüllü olduğu için ve bütün gönüllü eylemlerin amacı insanın kendi iyiliği olduğu için, insanlar kendi iyiliklerinin gerçekleşmeyeceğini gördükleri takdirde, hayırseverlik veya itimat ve dolayısıyla karşılıklı yardım; ve insanlar arasında uyum olmayacaktır"<sup>54</sup> İnsanlar arasında uyumun olmaması ise savaş halinden çıkılamayacağı anlamına gelir. Hobbes'a göre bu tutum ile, barışı aramak ve izlemek olan temel doğa yasasının ihlal edilmesi nankörlüktür.<sup>55</sup> Çünkü temel doğa yasasının ardından hakların devredilmesi ile yapılan toplum sözleşmesi, devletin kurulmasına zemin oluşturur. Savaş halinin devam ettirmek ise doğa durumunda bulunmayı sürdürmektir.

**V. Karşılıklı Uyum veya Nezaket:** "Herkes diğer insanlarla uyumlu olmaya çalışmalıdır."<sup>56</sup> İnsanlar, zorunlulukla gereksindiği şeyleri elde etmekten öte başkalarının gereksinimlerini de elde etmeye çalışırsa barışı aramak ve izlemek olan temel doğa yasasını tekrar ihlal etmiş olur.

**VI. Affetmek:** "Geleceği dikkate alarak, bir kişi pişman olup af dileyenlerin geçmişteki suçlarını affetmelidir."<sup>57</sup> Hobbes'a göre geleceği dikkate almak ve pişman olmak affedilmenin koşullarıdır. Geleceği düşünmeyip, pişman olmayan ve bu nedenle düşmanlığını sürdüreni affetmek, korkudandır.

<sup>52</sup> Hobbes, Leviathan, ss. 118, 119.

<sup>53</sup> Hobbes, Leviathan, s. 119.

<sup>54</sup> Hobbes, Leviathan, s. 119.

<sup>55</sup> Bkz. Hobbes, Leviathan, s. 119.

<sup>56</sup> Hobbes, Leviathan, s. 119.

<sup>57</sup> Hobbes, Leviathan, s. 120.

**VII. Öç Alırken Sadece Gelecekteki Faydayı Düşünmek:** “Öç alırken, (yani kötülüğe kötülükle karşılık verirken,) kişi geçmişteki kötülüğün büyüklüğüne değil, meydana gelecek faydanın büyüklüğüne bakmalıdır.”<sup>58</sup> Hobbes, affetmek doğa yasası ile ilişkili olarak bu doğa yasasında da geleceği dikkate almayı vurgular. Çünkü kötülüğe kötülükle verilecek karşılık sonucunda geleceğe dair fayda yoksa neden-siz kötülük yapılmış olur. Bu ise temel doğa yasasına aykırılık içerir ki savaşa neden olur. Oysa Hobbes’un siyaset felsefesi barış ortamını oluşturmaya yönelik otoriter bir gücü hedefler.

**VIII. Aşağılamaya Karşı Olmak:** “Hiç kimse eylemle, sözle, yüz ifadesiyle veya jestlerle, başka birinden nefret ettiğini veya onu hakir gördüğünü göstermemelidir.”<sup>59</sup> Kişinin nefretinin yöneldiği nesne kötü; arzusunun yöneldiği nesne ise iyidir. Göreli olan iyi ve kötü kavramları uyumsuzluğa neden olur. Haklarını devreden insan, devlet kurumunun bünyesinde uyruk olarak kötü veya iyi hakkında belirlenim de bulunamaz. “Her özel kişi, iyi ve kötü hareketlerin ne olduğuna kendisi karar verir. Bu, toplum yasalarının olmadığı basit doğa durumunda ve ayrıca devlet yönetimi altında yasaların belirlememiş olduğu durumlarda doğrudur. Fakat diğer durumlarda, iyinin ve kötünün yargıcının, her zaman için devleti temsil eden yasa koyucu olduğu açıktır.”<sup>60</sup> Toplum sözleşmesi ile haklarını devreden kişi, devletin kurulması ile birlikte artık uyruk olarak sözleşmenin gereklerini yerine getirmelidir. Hobbes’a göre kişilerin, iyi ve kötü hakkında karar vermesi, devletin çökmesine yol açan kusurlardan<sup>61</sup> biridir. Aşağılama ile nefretini yönelttiği kişi de kötü olan hakkında karar vererek karşısındakini kışkırtır ve savaşı devam ettirir.

**IX. Kibre Karşı Olmak:** “Herkes bir başkasını doğal olarak eşiti kabul etmelidir.”<sup>62</sup> Herkesin eşit olduğu doğa durumundan aklın bulunduğu barış şartları yani doğa yasaları ile çıkan insanlar, başkalarını kendinden küçük görmemelidir.

**X. Küstahlığa Karşı Olmak:** “Barış şartlarına girildiğinde, hiç kimse başka herkese verilmesine razı olmadığı bir hakkı kendisine

<sup>58</sup> Hobbes, Leviathan, s. 120.

<sup>59</sup> Hobbes, Leviathan, s. 120.

<sup>60</sup> Hobbes, Leviathan, ss. 241.

<sup>61</sup> Bkz. Hobbes, Leviathan, ss. 240-249.

<sup>62</sup> Hobbes, Leviathan, s. 121.

vermemelidir.”<sup>63</sup> Kibre karşı olmak için eşitliği belirten bir önceki doğa yasası ile bu yasa ilişkilidir. Başkasına verilmesini istemediği bir hakkı kendisine yansıtır görmek eşitliğin kabul edilmemesi anlamına gelecektir.

**XI. Hakkaniyet:** “Bir kişinin, insanlar arasında hakemlik yapmakla görevlendirilmiş ise, onlar arasında tarafsız olması da doğal hukukun bir başka kuralıdır.”<sup>64</sup> Bölüşümde adaleti gerçekleştiren, sözleşmeye taraf olmayan ama taraf olanların güvendiği hakemdir. Hakemin tarafsız olması bu yasanın ön koşuludur. Ancak bu koşul ile akla uygun olan bölüşüme eşit şekilde karar verilebilmesi, hakkaniyet olarak adlandırılır.

**XII. Ortak Şeylerin Eşit Olarak Kullanılması:** “Bölünemeyen şeyler, eğer mümkünse ve miktarı esirgemeksizin yetiyorsa, ortaklaşa kullanılmalı; bölünebilir ise, hakkı olan kişilerin sayısı ile orantılı olarak kullanılmalıdır.”<sup>65</sup> Bölünemeyen şey tarafsız olmadan eşit dağıtılamayacaktır. Bölünebilen şey de hakka sahip olan kişiler göz önünde tutulmadan bölünürse hakkaniyete yani bir önceki doğa yasasına aykırı olacaktır.

**XIII. Kura:** “Bütün hakkın veya yararlanma dönüşümlü yapılırsa, ilk zilyetliğin; kura ile belirlenmesini gerektirir.”<sup>66</sup> Hobbes, bölünemeyecek ve ortaklaşa kullanılamayacak şeyler için, hakkaniyet doğa yasası ile ilişkili olarak bu doğa yasasını sunar. Hobbes’a göre zilyetlik<sup>67</sup>, elde tutma hakkıdır. Bölünemeyecek şey kura sonucunda, dönüşümlü olarak zilyetlere verilir.

**XIV. Ekberiyet ve İlk Zilyetliğe İlişkin:** “İki tür kura vardır, kararlaştırılmış ve doğal. Kararlaştırılmış kura, rakiplerce üzerinde anlaşılmış olandır: doğal kura ise, ya Greklerin κληρονομία [kleronomia-Çev.] dedikleri ve kura ile verilmiş anlamına gelen ekberiyet’tir; ya da ilk temellük’tür.”<sup>68</sup> Bir önceki doğa yasası ile ilişkili olarak bölünmeyecek şey ilk zilyete verilir. Ancak doğal kurada farklı olan husus, dönüşümlü olduğu belirtilmeyen şeyin ilk zilyete verilmesidir. Ekberiyet ile kastedilen de ilk doğan çocuğun ilk zilyet olmasıdır.

<sup>63</sup> Hobbes, Leviathan, s. 121.

<sup>64</sup> Hobbes, Leviathan, s. 121.

<sup>65</sup> Hobbes, Leviathan, s. 122.

<sup>66</sup> Hobbes, Leviathan, s. 122.

<sup>67</sup> Bkz. Hobbes, Leviathan, s. 126.

<sup>68</sup> Hobbes, Leviathan, s. 122.

**XV. Aracının Güvenliği:** “Barış için aracılık yapanların güvenlik içinde geçmelerine izin verilmesi de bir doğa yasasıdır.”<sup>69</sup> Temel doğa yasasının amacı olan barışı aramak kavramı araçlarını da içerir. Çünkü herkesin her şeye hakkı vardır diyerek ulaşılan doğal hak tüm amaç ve araçları kullanarak kendimizi korumaktır. O halde barışa aracılık yapanlara yardım etmek temel doğa yasası ile bağıntılıdır.

**XVI. Hakem Kararına Rız Olmak:** “İlk olarak, o eylemin yapılmış olup olmadığı; ikinci olarak, eğer yapılmış ise, yasaya aykırı olup olmadığı; birinciye, bir olgu sorunu; ikinciye ise bir hak sorunu denilir.”<sup>70</sup> Olgu veya hak sorununa taraf olanlar ya birbirinin ya da bir hakemin kararına razı olurlar. Birbirinin kararına razı olunamaması durumunda barışa ulaşmak için hakemin kararına razı olunur. Aksi takdirde temel doğa yasasına aykırı olarak barıştan uzaklaşılır.

**XVII. Hiç Kimse Kendinin Yargıcı Değildir:** “Herkes, her şeyi, kendi yararına uygun olarak yapacağına göre, hiç kimse kendi davasında uygun bir hakem olamaz.”<sup>71</sup> Bir önceki doğa yasası ile ilişkili olan bu yasa, iki tarafında kararına razı olduğu bir hakeme değinir. Kibre karşı olarak herkesin eşit görülmesi halinde her iki tarafında kendi davasına eşit ölçüde hakem olması hakkaniyete uygun olur. Bununla birlikte iki tarafta kendi yararına göre hareket edeceği için savaş hali oluşur. Barışın sağlanabilmesi için tarafsız hakeme ihtiyaç vardır.

**XVIII. Kendisinde Doğal Bir Tarafhılık Nedeni Olan Kişi Yargıç Olamaz:** “Aynı nedenle, taraflardan birinin zaferi sonucunda kendisine daha fazla çıkar veya onur veya haz sağlanacak olan hiç kimse hiçbir davada hakem olarak kabul edilmemelidir.”<sup>72</sup> Anlaşamayan tarafların barışını sağlayacak olan hakem tarafsız olmalıdır. Taraflardan birinin lehine verilecek karar sonucunda çıkar elde edebilecek kişi hakem olmamalıdır.

**XIX. Tanıklara İlişkin:** “Olgular hakkında bir anlaşmazlıkta, yargıç bir tarafa diğerinden daha fazla güvenmeyeceği için, başka bir delil yoksa, üçüncü bir kişiye veya üçüncü veya dördüncü bir kişiye veya daha fazla sayıda kişiye güvenmelidir.”<sup>73</sup> Hobbes, tanıklara güvene-

<sup>69</sup> Hobbes, Leviathan, s. 122.

<sup>70</sup> Hobbes, Leviathan, s. 122.

<sup>71</sup> Hobbes, Leviathan, s. 123.

<sup>72</sup> Hobbes, Leviathan, s. 123.

<sup>73</sup> Hobbes, Leviathan, s. 123.

bilmek için olgu sorunu olması ve başka delilin olmaması koşullarını belirtmektedir. Buna göre eylemin yasaya uygun olup olmadığı anlamındaki hak sorununda tanığa gerek görülmez. Eylemin gerçekleşip gerçekleşmediğinin başka bir delille ispatı mümkün değilse tanığa güvenilir.

**XX. Otoriteyi Korumak:** "Herkes, gücü yettiği ölçüde, onu barış zamanında koruyan otoriteyi savaş zamanında korumakla doğal olarak yükümlüdür."<sup>74</sup> Doğal durumdaki savaş halinden çıkmak için aklın sunduğu barış şartlarını izleyen insanlar toplum sözleşmesi ile kurulmasına zemin hazırladıkları otoritenin devamlılığını sağlamalıdır. Otoritenin olmaması, savaş halinin hâkim olduğu doğal duruma dönüş ile sonuçlanır.

Hobbes, açıkladığı tüm doğa yasalarının anlaşılmasını sağlayacak özet niteliğinde olan şu kadim kuralı sunar: Kendine yapılmasını istemeyeceğin şeyi başkasını yapma (*quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*).

Bu, insana, doğa yasalarını öğrenmek için, başka insanların eylemlerini kendininkiler ile tartarken onlar fazla ağır görünüyorsa, onları öteki kefeye kendininkileri de onların yerine koymasını ve kendi duygularının ve öz-sevgisinin tartıya hiçbir şey eklememesine dikkat etmesini gösterir. Böylece bu doğa yasalarından hiçbiri onun gözünde akla aykırı görünmeyecektir.<sup>75</sup>

Kişinin eylemleri arasına, kendi duygusu ve öz-sevgisi katılarak değerlendirilen (aklın barış şartları olan) doğa yasaları anlaşılacaklardır. Bu nedenle kendisine yapılmasını istemeyeceği eylemin başkasına da yapılmaması gerekliliğini karşılıklı değerlendirebilen kişi, aklı ile kadim kuralın özetlediği doğa yasalarına ulaşır.

## SONUÇ

Konuşarak düşüncelerini ileten insan, bu icadı ile diğer canlılardan ayrılır ve düşüncelerini paylaşarak, sosyal toplulukların kurulmasını sağlar. Henüz siyasal topluluğun kurulmamış olması nedeniyle doğa durumunda bulunan insanların düzenli ve barış içinde bir hayatı

<sup>74</sup> Hobbes, *Leviathan*, s. 516.

<sup>75</sup> Hobbes, *Leviathan*, ss. 123, 124.



yoktur. Buna rağmen doğa durumunda herkes eşittir. Eşitlik; rekabet, güvensizlik, şan ve şerefe dair savaş nedenlerini oluşturur. Herkesin herkesle savaşının sürdüğü bu durumdan çıkış, aklın sunduğu şartları yani barışın şartlarını kabul ederek mümkün olur. Barış şartları ise doğa yasalarıdır. Egemen gücün olmadığı ve doğa durumunda bulunan süreçte iki temel doğa yasası bulunmaktadır. İnsanın yalnızca insan olmasından kaynaklanan hakları belirleyen yasalardan ilki herkesin her şeye hakkının olduğunu belirtir. Bu kural ile ulaşılan temel doğa yasası, barışı aramak ve izlemek; doğal hak ise tüm amaç ve araçları kullanarak kendimizi korumaktır. İkincisi ise hakkın bırakılması üzerinedir. Hakkın bırakılması ile devletin kurulmasına zemin hazırlanır. Doğa yasalarının takip edilmesi, ölüm korkusu ve rahat yaşam arzusu; insanların sözleşme yaparak haklarını devretmesini sağlar. Ancak cebir uygulayabilecek egemen güç olmadan hakların devredilmesi pratik hayatta anlam ifade etmemektedir. Toplum sözleşmesi ile haklarını karşılıklı devreden insanlar tek bir kişilikte toplanıp, kendilerini temsil edecek egemen güce hak ve yetkilerini devreder. Böylece devlet kurulur. Hobbes'un siyaset felsefesinde İngiltere'deki iç savaşın etkileri görülür. Savaş ortamının hâkim olduğu bu dönemde barış, güçlü bir egemen ve devlet biçimiyle gerçekleşebilir. Hobbes, iç savaşın kuvvetler ayrılığından kaynaklandığını düşünerek egemene mutlak, bölünemez güç tesis eder. Bunu yapabilmek için doğa durumundaki insanı, haklarını devrederek oluşturduğu toplum sözleşmesinin süjesi yapar. Haklarını devreden insan, mutlak güce sahip olan egemene tabi olmakla barış içinde yaşayabilecektir. Devlet biçimleri ise monarşi, demokrasi ve aristokrasi olmak üzere üç tanedir. Kuvvetlerin birliğini ve barışı sağlayacak, savaşı, özellikle iç savaşı engelleyerek doğal duruma dönüşü de engelleyecek olan en güçlü yönetim, monarşidir. Hobbes, bu düşünceleri ile devlet biçimi mutlak monarşi olan ve mutlak güce sahip egemenin yönettiği bir Leviathan'ı, ölümlü tanrı olarak sunar. Döneminin koşullarından etkilenip egemene mutlak güç vererek savaşın engellendiği bir devlet sunumu yapan Hobbes, uyruklara özgürlük alanı bırakmayarak yalnızca barışa odaklanır. Egemenin barışı sağlaması, uyrukların hayatta kalmasını sağlayacaktır. Bununla birlikte uyruklar, insana yavaş bir hayat sürebilecekler midir? Devletin kurulması sonucunda egemene devredilen hak ve yetkiler tekrar hatırlandığında; uyrukların sözleşme gereği bir kez haklarını devrettiğini ve artık itiraz, eleştiri dahi kabul etmeyen bir sistemin

parçası oldukları görülür. Otoritenin kurulması ile birlikte diğer doğa yasaları uygulama alanı bulur. Hobbes'a göre, adalet, mülkiyet, hakkaniyet gibi doğa yasaları ifa edilmesi gereken bir sözleşmeye dayanır. Sözleşmeye uymanın zorunluluğu ise otoriteyi gerektirir. Toplum sözleşmesi yapılmadan dolayısıyla devlet kurulmadan önce yalnızca iki temel doğa yasası bulunmasının nedeni budur. Münferiden incelemiş olduğumuz doğa yasalarının barındırdığı amaç temel doğa yasasının amacıdır. Bu amaç barışı aramak ve izlemektir. Böylece Hobbes'un siyaset felsefesinde; barışı tesis edebilmek için donatılan egemen güç karşısında kısıtlı özgürlüğe sahip olan uyrukların durumu, temel doğa yasasının amacı ile açıklanır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Cevzici Ahmet, 17. Yüzyıl Felsefesi, Say Yayınları, İstanbul 2019.
- Çilingir Lokman, Pratik Felsefe, Elis Yayınları, Ankara 2018.
- Hobbes Thomas, Leviathan, çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul Ocak 2022.
- Rousseau Jean Jacques, Dillerin Kökeni Üstüne Deneme, çev. Ömer Albayrak, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul Mart 2018.
- Torun Yıldırım, Hukuk Felsefesi, Orion Kitabevi, Ankara Ekim 2012.
- Zarakolu Cihan Deniz, Thomas Hobbes'un Siyaset Felsefesi, Belge Yayınları, İstanbul Mart 2013.

### Makaleler

- Geçit Bekir, "Thomas Hobbes'da Toplum Sözleşmesi, Egemenlik ve Uyruklu: Egemenin ve Uyrukların Hak ve Yükümlülükleri Nelerdir?" *Temaşa Felsefe Dergisi*, 14 (2020), 110-124.
- Kulak Önder, "Thomas Hobbes", *Siyaset Felsefesi Tarihi*, Doğu Batı Yayınları, Ankara Eylül 2021, 208-225.
- Senemoğlu Olkan, "Machiavelli'den Hobbes'a Rönesans Dönemi Siyaset Teorisinde İnsan Doğası ve Toplum Anlayışı", *İnsan&İnsan*, Yıl/Year 3, Sayı/Issue, 8, Bahar/Spring 2016, 77-100.

### Diğer Kaynaklar

- Surlu Aydan Ömür, Thomas Hobbes'un Devlet ve Hukuk Anlayışı, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2001.