

HUKUK BÜLTENİ

HELİN MENTEŞE

SAYI: 1 - OCAK 2024



İlk Sayı;

Tüm dünya yakın zamanlarda devlet ve devlet-dışı aktörlerden kaynaklı işgal ve saldırılarla uluslararası hukukun adeta lağvedildiği bir dönemden geçerken, 2024 yılının bu hukuk ihlallerinin son bulduğu ve tüm insanlığın huzur ve barış içinde yaşadığı bir dönemin başlangıcı olmasını diliyoruz.

Bilgiyi ulaşılabilir kılmak için hazırladığımız bu dergide, hukuki alandaki yenilikleri, analizleri ve deneyimleri paylaşarak, hukukun evrenselliği, toplumsal adaletin ve farkındalığın sağlanmasına katkıda bulunmayı amaçlıyoruz.

Hukukun önemli alanlarındaki deneyimlerini, düşüncelerini ve araştırmalarını bizimle paylaşarak dergimize katkı sunan değerli akademisyen ve hukukçulara gönülden teşekkürlerimi sunuyorum.

Hukukun üstünlüğü ilkesinin her zaman benimsendiği, adaletin tesis edilmesinde hızlı, etkili ve şeffaf süreçlerin sağlandığı bir Türkiye dileğiyle, yargı sisteminin verimliliğini artıracak reformların hayata geçirilmesini ve toplumun tüm kesimlerinin hak ve adalet arayışında güven duygusunu pekiştirdiği bir hukuk yılı diliyoruz.

Saygılarımızla,

Helin MENTEŞE

HUKUK BÜLTENİ
HELİN MENTEŞE
SAYI: 1 - OCAK 2024

“Yayınlanan makalelerin tamamı izinli kullanılmıştır.
Yayın hakları, yazarların kendisine aittir.”

Grafik Tasarım
Adem ŞENEL



Güzeltepe, Özvatan Sokağı Alper Sitesi D:22/2, 06510 Çankaya / Ankara
Telefon: (0 312) 466 66 39



Bu ilk sayıyı, Marmara Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Bölüm Başkanı, Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kurucu Dekanı, hocam, en yakın arkadaşım Prof. Dr. Ferit Hakan BAYKAL anısında, en değerli emaneti Neriman Dora'ya adıyorum.

İçindekiler

Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk • 6

Prof. Dr. Sibel ÖZEL

Yapay Zekâ ve Hukuk • 30

Dr. Birol KIRMAZ

Avukatlık Mesleği ve Alçak Gönüllülük Üzerine • 39

Vedat Ahsen COŞAR

Suçun Küreselleşmesi ve Sınırışan Organize Suç • 41

Dr. İbrahim GÜL

Türk Hukuk Mevzuatında Joint Venture • 43

Helin MENTEŞE

Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının İnternet Üzerinden İhlali Nedeniyle İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi Tedbirine Başvuru Hakkı • 61

Erkal Hilmi KART

İhaleye Fesat Karıştırma Suçu • 73

Barış İlker EMİR

Ulusal Güvenlik Gerekçesiyle İletişimin Gizli Takibi Konusunda Aihm İçtihatı • 76

Ali Rıza GÜDER

Türkiyede Boşanma Davaları Sorunu • 83

Eyüp Sabri CANBOLAT

Türkiye'den Hukuki Haberler • 88



Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk

Prof. Dr. Sibel ÖZEL

I. Giriş

Yurt dışında iş yapan Türk müteahhitlik firmalarının artmasıyla birlikte çalıştırılmak üzere yurt dışına Türk işçi götürülmesi de hız kazanmıştır. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin kaynağı yurt dışı hizmet akdi olmakta ve matbu olarak hazırlanan bu sözleşme Türkiye İş Kurumu tarafından onaylanmaktadır. İşçilerin Türkiye’de yerleşik Türk vatanı, işverenin de çoğu kez Türkiye’de kurulu bir şirket olduğu bu iş sözleşmeleri işçinin borcunu ifa ettiği mutat işyerinin yurt dışı olması nedeniyle yabancılik unsurunu bünyesinde barındırmaktadır. Bu itibarla ilgili sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)¹ uyarınca uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekmektedir².

Yargıtay uzun süre işçinin iş sözleşmesine binaen Türkiye’de Türk işverene karşı açtığı davalarda çeşitli nedenlerle doğrudan Türk hukukunu uygulamıştır. İş hukukunun kamusal tarafı ve emrediciliği, işçi veya sigortalının Türk vatandaşı olması,

kamu düzeninin dikkate alınması, yurt dışına işçi gönderen kişi ya da şirketin yurt dışındaki şirketle organik bağının bulunması Türk hukukunun uygulanmasına gerekçe gösterilmiştir³.

Yargıtay’ın yurt dışında çalışan Türk işçilerin Türk işverene karşı Türkiye’de açtıkları davalarda

3 Yargıtay 9 HD 15095/20715, 24.11.2016. Yargıtay uygulamasının eleştirisi için bkz. Musa Aygöl, ‘Yabancı Unsurlu İş Hukuku İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi’ in Feriha Bilge Tanrıbilir and Gülce Gümüşlü Tunçağıl (eds), *10. Yılında MÖHUK Sempozyumu, 7-8 Aralık 2017* (Adalet 2018) 500 vd; Ercan Akyiğit, ‘Türk İşverenlerin Yabancı Ülkelerdeki İşlerde Türk İşçi Çalıştırmalarının İş Hukuku ve MÖHUK Açısından Değerlendirilmesi’ in *Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları* (İntes Yayınları 2017) 99 vd. Yurt dışında işveren olarak bilinen şirkete Türk şirketi ortak ise, iki şirket arasında organik bağ olduğu gerekçesiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve bu itibarla işçi ve işverenin Türk olması, ücretin Türkiye’de açılan bir hesaba yatırılması, işçinin mutat meskeninin Türkiye’de olması nedeniyle Türk hukukunun daha sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmesi ve Türk iş hukukunun kamu düzeni karakteriyle uygulanması yönündeki kararlar için bkz. Gaye Baycık, ‘Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen Türk İşçilerin Açtığı Davalarda Uygulanacak Hukuk’ in *Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları* (İntes Yayınları 2017) 117 vd.

işçiyi koruma adına Türk hukukunu uygulama tavrı 2020’den itibaren değişmeye başlamıştır⁴. Yargıtay HGK’nun 22.06.2022 tarihli kararı iş sözleşmelerinde yer alan çalışılan ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin klozların geçerli bir hukuk seçimi olduğu ve bu nedenle uygulanacak hukukun seçilen yabancı hukuk olduğu yönündeki uygulamasının çarpıcı bir örneğidir⁵.

Karara konu olayda ilk derece mahkemesi Türk hukukunu uygulamış; Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) Umman mahkemelerinin yetkili olduğu ve Umman hukukunun uygulanması noktasındaki itirazı reddederek davalılar arasında iş ortaklığı bulunsa da davacı işçinin Türk şirketi tarafından yurt dışına götürüldüğü, iş ortağı diğer davalının Türkiye’de şubesinin bulunduğu gerekçesiyle uyuşmazlığa Türk hukukunun uygulanmasında isabetsizlik bulunmadığına karar vermiştir. Yargıtay 9. HD ise hem taraflar arasında Umman hukukunun seçildiği yönünde anlaşma olduğu hem de MÖHUK m. 27(2) uyarınca mutat işyerinin Umman olması nedeniyle Umman hukukunun uygulanması yönünde hüküm vermiştir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Daire bu karara direnmiştir. BAM’a göre yurt dışı hizmet akitleri matbu niteliktedir ve çoğu kez boşluklar işveren tarafından doldurularak işçilere imzalatılmaktadır. Bu sözleşmenin 3. Maddesi uyarınca taraflar arasında hukuk seçimi yapıldığından söz edilebilmesi için işverenin işçiyi çalıştırılan ülke hukukuna göre tâbi olacağı çalışma şartları konusunda bilgilendirme yükümlülüğünü yazılı olarak yerine getirmesi ve bu bilgilendirmenin İş Kurumu nezdinde saklanması gerekmektedir. Olayda davacı işçi için uygulanacak yer hukukunun dahi yazılmadığının belirlendiği, iş hukukunun güçsüz taraf olan işçinin korunması amaçlı olarak sözleşmeye

getirilen emredici nitelikli 3. Maddenin uygulanmaması karşısında taraflar arası hukuk seçimi yapıldığının kabulüne imkân bulunmamaktadır. Bu nedenle Türk hukukunun uygulanmasında bir aykırılık görülmemektedir. Ayrıca işçinin yurt dışı hizmet akitlerini imzalayarak ve işverenleri ile aralarında doğan uyuşmazlıklarda kamu düzeni yönünden Türk iş hukukunun uygulanması nedeniyle çalışılan ülke mevzuatının uygulanmaması yönünde hukuki güvenlik/koruma içinde olduğunu kabul ettiğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin imzalanması ile iş hukuku gibi özel ve teknik bilgi gerektiren bir alanda çalışılan ülkenin iş hukuku mevzuatının unsurlarının bilerek imzalandığının kabulü; sözleşmenin güçsüz tarafı olan işçinin korunmasız bırakılması anlamını taşıyacaktır. İşverenin davacı işçiye uygulanacak hükümleri ve çalışma şartlarıyla ilgili bilgilendirmeyi yapmamış olması taraflar arasında hukuk seçimi olmadığı ve bu itibarla MÖHUK m. 27(4) uyarınca değerlendirme yapılarak Türk hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

BAM’a göre davalılar Türk işveren/Türkiye’de şubesi bulunan işverendir; işçi her fırsatta Türkiye’ye gelmiştir ve yerleşim yeri, sosyal çevresi Türkiye’de; Türkiye’de sosyal güvence sistemi içinde yer almaktadır; ücretlerin brütleştirilmesi dahi yurt dışı çalışmalarda 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümleri dikkate alınarak yapılmıştır; yurt dışı hizmet akdi Türk iş hukukuna özgü kurumlar gözetilerek düzenlenmiştir; sözleşme ana başlıklarına ilişkin başlıklar Türk iş hukuku dikkate alınarak belirlenmiştir; sözleşme Türkiye İş Kurumu vasıtasıyla Türkiye’de Türkçe olarak kaleme alınmıştır. Yargıtay uygulaması dikkate alındığında uyuşmazlığa daha sıkı ilişkili hukuk olarak Türk hukukunun uygulanmasında bir aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararının temyizi üzerine Yargıtay HGK, BAM’ın verdiği kararın usul hukuku anlamında gerçek bir direnme karan olmadığı, bozma kararından önce tartışılıp değerlendirilmeyen yeni gerekçelere dayalı yeni hüküm niteliğindeki karara

1 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007 RG. 12.12.2007/26728.

2 Aynı nedenle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi de MÖHUK kapsamında ele alınmalıdır.

4 Yargıtay 9 HD 5618/16557, 24.11.2020 ve aynı yöndeki diğer kararlar ile değerlendirme için bkz. Rifat Erten, ‘Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşı İşçilerin Türkiye’de Açtıkları İşçi Alacaklarına Dair Davalarda Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri’ Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan (Yetkin 2022) 214 vd. Kararlar ile ilgili olumlu görüş için bkz. Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figamneşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Beta 2021).

5 Yargıtay HGK 529/1017, 22.06.2022. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK 526/1014, 22.06.2022.

karşı temyiz itirazlarının incelenmesi için özel daireye gönderilmesine karar vermiştir⁶.

Görüldüğü üzere yurt dışında çalışmak üzere İş Kurumu aracılığıyla iş akdi yapıldığında işçinin işverene karşı açtığı davada ilk derece mahkemesi ve BAM hukuk seçimini geçerli kabul etmemiş ve Türk hukukunu uygulamış; Yargıtay ise taraflarca hukuk seçimi olduğu gerekçesiyle karar bozmuştur⁷.

Matbu formda hazırlanan ve bazı meselelerde çalışılan ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin hükümler bulunan bir yurt dışı hizmet akdi ile yurt dışına çalışmaya giden Türk işçinin Türkiye’de Türk işverene karşı açtığı iş alacağına ilişkin davada uygulanacak hukukun (ve hatta mahkemenin yetkisinin) belirlenmesi MÖHUK’un doğru uygulanması ve milletlerarası özel hukuk kavramlarının doğru değerlendirilmesine bağlıdır. Yabancılık unsuru içeren bir iş sözleşmesinde hukuk seçiminin anlamı ve geçerliliği; hukuk seçiminin bulunmadığı durumda MÖHUK m. 27(2) gereği mutat işyeri hukukunun tespiti; ilişkiyle sıkı bağlantılı bir başka hukukun bulunması halinde mutat işyeri hukukundan vazgeçme durumu; iş hukukuna ilişkin doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanı,

bu kuralların üçüncü bir ülke hukukunda bulunması halinde nasıl değerlendirileceği; uygulanacak yabancı hukukun Türk kamu düzenine hangi durumda aykırı olduğu için uygulanmayacağı hususlarının incelenmesi gerekmektedir.

Bu makalede öncelikle MÖHUK m. 27 kapsamında iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk ele alınacak ve ardından İş Kurumu aracılığıyla yapılan yurt dışı hizmet akülerinde yer alan “çalışılan ülke hukukunun” uygulanması yönündeki hükümlerin gerçek bir hukuk seçimi olup olmadığı inceleneyecektir. Hukuk seçiminin geçerli olmadığı durumda uygulanacak hukukun tespitinde daha sıkı bağlantılı hukukun mutat işyeri hukukuna tercih koşulları ve milletlerarası özel hukukun iki önemli kavramı olan doğrudan uygulanan kurallar (müdahaleci kurallar) ile kamu düzeninin uygulama alanı değerlendirilecektir.

II. Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukuk

A. Genel Olarak

Bireysel iş sözleşmeleri özel hukuk bağlanımda bir sözleşmesel ilişki kurduğu için uygulanacak hukuk meselesi de sözleşmelerin tâbi olduğu rejime göre belirlenecektir. Ancak iş sözleşmelerinde tarafların eşit olmaması, zayıf tarafın korunması gereği milletlerarası özel hukuk sisteminde iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun özel olarak belirlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Avrupa Birliği (AB) düzenlemesi olan Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzük⁸ ve milletlerarası özel hukuk kanunları gibi 5718 sayılı MÖHUK m. 27 de iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku m. 24’ten ayrı olarak, zayıf taraf olan işçinin korunmasına hizmet edecek şekilde ayrıca belirlemiştir.

Bu noktada ele alınması gereken ilk husus, sözleşmesel alanda çok önemli bir ilke olan hukuk

seçiminin iş sözleşmelerinde de kabul edilip edilmeyeceğidir. Zira taraf iradesinin önemli bir görünümü olan hukuk seçimi ile taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe kendileri belirlemektedir. MÖHUK m. 24 bu serbestiyi açık veya halin şartlarından tereddüde yer yenileyecek biçimde anlaşılabilir hukuk seçimi olarak kabul edilmiştir⁹. Zayıf taraf olan işçinin güçlü işveren karşısında korunması gereği hukuk seçiminin kabul edilip edilmemesi yönünde tereddütlere yol açmıştır. Bu itibarla iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin reddi ile işçi yararına hukuk seçiminin kabulü düşüncesi karşı karşıya gelmiştir¹⁰.

İşçi ile işveren arasında eşit pazarlık gücünün olmaması, iş ilişkisinin işçi ve aileleri için geçim kaynağı olması sınırsız bir hukuk seçiminin reddini gerektirmektedir. İşçiyi korumak için getirilen maddi hukuk hükümleri de taraflarca bertaraf edilemeyen emredici kurallar ile işçi lehine değiştirilebilen kurallar olarak düzenlenmiştir¹¹. Aynı yaklaşım hukuk seçiminde de işçi lehine hukuk seçiminin engellenmemesi yönünde kendini göstermiştir. Dolayısıyla mutat işyerinde emredici hükümlerle sağlanan asgari korana sının temel alınmak üzere işçiyi daha iyi koruyan hukuk seçilebilir iken, asgari koruma sınırının altındaki bir hukukun seçimi geçersiz kabul edilmiştir.

Taraflar arasında hukuk seçiminin olmaması halinde ise objektif bağlama kuralı her iki taraf açısından da öngörülebilir ve menfaat dengesine uygun olan mutat işyeri hukuku olarak belirlenmiştir. Mutat işyeri hukukunun özel hükümle tercihi,

karakteristik edim borçlusunun işyeri ya da mutat meskeni hukukunu esas alan MÖHUK m. 24’ün iş sözleşmelerinde yetersiz kalacağı düşüncesidir. Zira iş sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusu işçidir ve onun mutat meskeni ya da ticari ve mesleki faaliyet gereği kurulan sözleşmelerde ise işyeri her durumda mutat işyeri kavramını karşılamamaktadır. Bu nedenle ayrı bir hükümle her iki taraf açısından da öngörülebilir ve özellikle iş sözleşmelerinde kamu hukuku kurallarının da etkisini gösteren mutat işyeri hukuku kuralı önemli ve makul bir bağlama kuralı olarak işlev görmektedir.

Diğer yandan sözleşmesel alanda etkisini güclendiren daha sıkı ilişkili hukuk kuralı iş sözleşmelerinde de varlığını sürdürerek mutat iş yeri hukukunun yaratacağı adaletsizlikleri gidermekte ve çoğu durumda zayıf tarafı korumak için getirilen özel bağlama kuralının bu işlevini yerine getirmesine hizmet etmektedir.

B. MÖHUK m. 27 Uyarınca Uygulanacak Hukuk

MÖHUK m. 27 modern gelişmeleri izleyerek iş sözleşmeleri için ayrı bir bağlama kuralı getirmiştir. Buna göre “(1) İş sözleşmeleri, işçinin muta d işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz.

(3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması halinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(4) Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinde¹² uygulanacak hukuk taraf iradeleriyle belirlenmektedir.

¹² İş sözleşmelerinde yabancılık unsuru işçi ya da işverenin yabancı olması, işverenin merkezinin yabancı ülkede bulunması, işçinin işini mutaden yerine getirdiği yerin

⁶ Yargıtay HGK 528/1016, 22.06.2022 sayılı kararı da aynı yöndedir.

⁷ Yargıtay 9 HD 644/2238, 23. 02.2022 sayılı kararında mutat işyerinin Etiyopya olduğu belirlenmiş ve taraflar arasında MÖHUK m. 27(1) uyarınca hukuk seçimi anlaşması bulunduğundan uyumsuzluğa Etiyopya hukukunun uygulanması yönünde hüküm vermiştir. Mutat işyerinin Afganistan (Yargıtay 9 HD 6029/8323, 27.06.2022); Arnavutluk (Yargıtay 9 HD 2698/6694, 23.03.2021); Abu Dabi/BAE (Yargıtay 9 HD 5186/8074, 21.06.2022); Belarus (Yargıtay 9 HD 1704/3055, 09.03.2022); Gürcistan (Yargıtay 9 HD 4811,9192, 18.05.2021); Irak (Yargıtay 9 HD 10366/14521, 20.10.2021); Kazakistan (Yargıtay 9 HD 4330/4921,20.04.2022); Kosova (Yargıtay 9 HD 7280/8049, 20.06.2022); Libya (Yargıtay 9 HD 3913/4917, 20.04.2022); Nijerya (Yargıtay 9 HD 10819/15036, 27.10.2021); Rusya (Yargıtay 9 HD 8187/12587, 22.09.2021); Rusya ve Gabon (Yargıtay 9 HD 870/1441, 08.02.2022); Suudi Arabistan (Yargıtay 9 HD 9875/15524, 09.11.2021); Türkmenistan ve Azerbaycan (Yargıtay 9 HD 3339/3862, 22.03.2022); Ukrayna (Yargıtay 9 HD 5070/3194); Umman (Yargıtay 9 HD 5936/4629, 22.02.2021) olduğu davalarda da aynı şekilde mutat işyeri lehine yapılan hukuk seçimi sözleşmelerine binaen uygulanacak hukukun belirlenmesi sonucuna ulaşılmıştır.

⁸ Regulation (EC) No: 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) Official Journal of the European Union, 4.07.2008, L 177/6. Tüzük Gerekeç 23’te zayıf tarafın yaptığı sözleşmelerde kanunlar ihtilafı kurallarının onların menfaatlerini koruyacak şekilde düzenlenmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim and Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (On İki Levha 2022) 403 vd; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat Kitapçılık 2020) 283 vd; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (Beta 2021) 323 vd; Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Beta 2021) 384 vd; Şanlı (n4)321 vd.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Vahit Doğan, ‘5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti’ (2007) XI (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 147, 150 vd; Doğa Elçin, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk* (Adalet 2012) 63 vd.

¹¹ Marcin Czerwinski, ‘The Law Applicable to Employment Contracts Under the Rome I-Regulation’ (2015) Adam Mickiewicz University Law Review 147, 152.

Ancak burada MÖHUK m. 24'ten farklı olarak sınırlı bir hukuk seçimine izin verilmiştir. Sınırlı hukuk seçiminin açık olabileceği gibi örtülü olarak da yapılabileceği kabul edilmektedir¹³. Burada önemli olan hukuk seçimiyle işçinin mutat işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari korumadan mahrum bırakılamayacağı hususudur.

Roma I Tüzüğü m. 8(1) de aynı şekilde iş sözleşmelerinde taraf iradesine izin vermiş ancak hukuk seçimi olmadığında Tüzük uyarınca uygulanacak hukukta bulunan ve tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemeyecek hükümlerin sağladığı korumadan işçinin mahrum bırakılamayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla MÖHUK'tan farklı olarak sadece mutat işyeri hukukunun değil, mutat işyeri olmadığında uygulanacak olan işçinin işe alındığı işyeri hukukunun (m. 8(3)) ve daha sıkı bağlantılı hukukun (m. 8(4)) işçiyi koruyan emredici kurallarına aykırı hukuk seçimi yapılamayacaktır.

Gerek MÖHUK gerekse Roma I Tüzüğü uygulanacak hukukta emredici kurallarla işçinin sahip olduğu korumayı esas alarak daha ileri koruma sağlayan hukukun seçilmesini kabul etmiş ancak daha düşük standartta koruma içeren hukuk seçimini geçersiz kılmıştır. Her iki düzenleme de emredici hükümler ya da anlaşmayla bertaraf edilemeyecek hükümler terimini kullanmıştır. Bu tercih doğrudan uygulanan kurallar dışındaki emredici hükümleri

yabancı bir ülke olması halinde kendini göstermektedir. Tümüyle Türk hukukunu ilgilendiren bir iş sözleşmesi tarafların yabancı bir hukuku seçmesi ile yabancılik unsuru taşıyan sözleşme haline gelmez. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel Özel, 'Sözleşmesel İlişkide Yabancılik Unsuru ve Hukuk Seçimi' in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ah Önal, Kübra Altıparmak and Cansu Kaya (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin 2016) 423 vd. Ancak önsel olarak yabancılik unsuru taşıyan bir iş sözleşmesinde MÖHUK m. 27(1) uyarınca hukuk seçimi yapılabilecektir. Tümüyle Türk hukukuna tâbi bir iş sözleşmesinde yabancı hukukun seçilmesi MÖHUK m. 27(1) anlamında hukuk seçimi değil, TBK m. 26 anlamında sözleşme özgürlüğüdür ve yabancı hukuk bir sözleşme hükmü olarak TBK m. 27(1)'deki sınırlara tâbidir.

13 Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Derya Tarman, 'Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk' (2010) 59(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521, 528 vd; Elçin (n 10) 71 vd; Özel, Pürselim, Erkan and Karaca (n 9)460-461; Czerwinski (n 11) 153.

işaret etmektedir. Doğrudan uygulanan kurallar emredicidir ancak her emredici kural doğrudan uygulanan kural değildir. Doğrudan uygulanan kurallar aşağıda belirttiğimiz üzere tarafların seçimiyle bertaraf edilemeyen ve ilgili ülkenin siyasi, sosyal ve ekonomik yapısını korumak için çıkarttığı kurallardır. Buna karşılık iş hukukundaki emredici kurallar mutlak ve nisbî emredici kurallar aynını içermektedir. Mutlak emredici kurallar taraflarca uyulması zorunlu ve değiştirilme olanağı olmayan kurallardır. Nisbî emredici kurallar ise işçi yararına değiştirilebilen kurallardır. İş hukukundaki emredicilik daha ziyade işçi yararına olmak üzere işverene karşı sözleşme serbestisinin kısıtlanmasını öngörmektedir¹⁴.

Mutat işyerinin Türkiye olduğu bir uyuşmazlıkta taraflar anayasada yerini bulan sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak işçiyi koruyan emredici hükümlerden daha az koruma sağlayan yabancı hukuk seçemezler. Mutlak emredici kurallar Türk iş hukukunun doğrudan uygulanan kuralları olarak bertaraf edilemez ve her durumda ilişkiye uygulanır. Buna karşılık nisbi emredici kurallar doğrudan uygulanan kural değildir ve işçi yararına olmak üzere taraf iradesiyle bertaraf edilebilir.

Seçilen hukukun uygulanması işçinin mutat yerinde sahip olduğu asgari korumadan daha iyi koruma sağlaması koşuluna bağlandığı için, seçilen hukuk ile mutat işyeri hukukunun işçiyi koruyan hükümlerinin karşılaştırılması gerekmektedir¹⁵. Doktrin dar kapsamlı karşılaştırma yerine davada uygulanacak hüküm ile bağlantılı hükümlerin bir grup olarak dikkate alınarak karşılaştırma yapılmasını kabul etmektedir¹⁶.

MÖHUK ve Roma I Tüzüğü hukuk seçiminde işçi yararına bir hukuk öngörürken bu hukukun iş sözleşmesiyle bağlantısını aramamıştır. Buna karşılık İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu

14 Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canpolat and Erçüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (Beta 2022) 22-23.

15 Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan (n 10) 155 vd; Elçin (n 10) 100 vd. Yargıtay 9 HD 5617/16556, 24.11.2020 kararında yararlılık karşılaştırması yapılması yönünde karar vermiştir.

16 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 4) 358; Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n. 9) 462.

(MÖHK)¹⁷m. 121(3) hangi hukukların seçilebileceğini hükme bağlamıştır. Buna göre taraflar ancak işçinin mutat meskeni hukukunu veya işverenin işyeri, yerleşim yeri veya mutat meskeni hukukunu seçebilir. Bu yerler dışında hukuk seçimi yapılamaz. Burada açıkça işçinin mutat işyeri hukukunun seçimi engellenmiştir.

MÖHUK uyarınca yapılacak hukuk seçimi işçinin mutat işyeri hukukundaki işçiyi koruyucu hükümlerle, Roma I Tüzüğü uyarınca yapılacak hukuk seçimi ise Tüzük uyarınca iş sözleşmesine uygulanacak hukuklardaki koruyucu hükümlerle sınırlandırıldığı için tarafların mutat işyeri hukukunu hukuk seçimi yöntemiyle belirlemeleri halini ayrıca incelemek gerekmektedir. Aslında bu bağlama kuralı zaten hukuk seçimi olmadığında uygulanacak hukuku işaret etmektedir. Ancak taraflar bu hukuku seçmişse seçilen hukuk artık uygulanacak hukuk olup diğer basamak bağlama kurallarına gidişi engellemektedir. Buna göre MÖHUK sadece işçinin mutat işyerinin koruyucu hükümlerini esas alarak hukuk seçimi öngördüğü için seçilen hukukun diğer bağlama kurallarına göre belirlenecek maddi hukukla karşılaştırılması yapılmayacakta Bir başka ifadeyle hukuk seçimi MÖHUK m. 27(4) uyarınca uygulanacak olan en sıkı bağlantılı hukuku da bertaraf etmektedir. İşte Roma I Tüzüğü buna izin veremeyerek uygulanacak hukuku belirleyecek bütün bağlama kurallarının işaret ettiği maddi hukukun koruyucu hükümlerinin hukuk seçimiyle bertaraf edilemeyeceğini hükme bağlamıştır.

MÖHUK'a göre mutat işyerinin yurt dışında olduğu, iş sözleşmesinin taraflarının Türk vatan-daşı olduğu ve mutat mesken veya yerleşim yerlerinin Türkiye olduğu; dolayısıyla en sıkı bağlantılı hukuk olarak Türk hukukunun uygulanması gereken uyuşmazlıklarda, mutat işyeri hukukunun seçilmesi geçerli bir hukuk seçimi olarak mütalaa edildiğinde, aslında işçinin Türk hukukuna göre sahip olduğu korumadan daha aşağı standartta koruma sağlayan mutat işyeri hukukunun uygulanması temin edilmiş olmaktadır. Aşağıda yurt dışı hizmet

17 İngilizce metin için bkz. Federal Act on Private International Law (PILA) <fedlex.admin.ch/eli/cc/1/998/1776_1776_1776/en> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.

akitlerinde değineceğimiz üzere normalde Türk hukukunun uygulanacağı bir iş sözleşmesinde tarafların mutat işyeri hukukunu seçmesi ile işçi sahip olacağı asgari korumayı yitirebilecektir ve bu durum MÖHUK m. 27(1)'in konuluş gayesine aykırıdır. Bir başka ifadeyle MÖHUK m. 27(1)'de getirilen işçi lehine hukuk seçimi, en sıkı bağlantılı hukuk olarak Türk hukukunun uygulanacağı bir durumda işçi lehine değil, aleyhine sonuç verecektir. Zira Türk hukukundan daha düşük standartta koruma getiren mutat işyeri hukuku, MÖHUK m. 27(2) gereği değil, MÖHUK m. 27(1) uyarınca seçilen hukuk olarak uygulanınca, en sıkı bağlantılı hukukun uygulanmasına da engel olma işlevi gerecektir. Bu itibarla mutat işyeri hukuku seçiminde işçinin özgür iradesi ile ve bilinçli olarak bu hukuku seçip seçmediğinin irdelenmesi gerekmektedir.

Hukuk seçiminin olmadığı durumlarda MÖHUK m. 27(2) işçinin mutat işyeri hukukunu esas almıştır. Madde mutat işyeri tanımı yapmamış ancak işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapmış olmasını mutat işyerinin değişimi olarak kabul etmemiştir. Buna göre iş seyahatleri, montaj faaliyetleri, fuar ya da sergilerde hizmet ifası gibi kısa süreli işler mutat işyerini değiştirmemektedir¹⁸. Önemli olan *animus revertendi* (işçinin dönme niyeti) ve *animus retribendi* (işverenin döndükten sonra işçiyi istihdam etme niyeti) kıstasının somut olayda gerçekleşmiş olmasıdır. Geçici görevlendirmenin süresi ile ilgili belirli bir kıstas bulunmamakla beraber genel olarak iki yıllık bir sürenin geçici olacağı kabul edilmektedir¹⁹.

Roma I Tüzüğü'nün uygulaması açısından işçinin yurt dışında işini yaptıktan sonra kaynak ülkeye dönmemesinin beklendiği durumlarda mutat işyeri değişmemektedir. İşçinin aynı grup şirkete bağlı bir

18 Nomer(n 9) 351-352.

19 Czenvinski (n 11) 156-157. İşçi ve işverenin iradesi işçinin geri döneceği yönünde olsa da işçinin yurt dışında çalıştığı süre uzun bir döneme yayılmışsa, artık mutat işyerinin o yer olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Ugljesa Grusic, *The European Private International Law of Employment* (Cambridge University Press 2015) 159 vd. Ayrıca bkz. Doğan (n 10) 160.

işverenle yeni sözleşme yapmış olması da başka bir ülkede geçici çalışma olarak mütalaa edilmektedir²⁰.

Buna karşılık işçi sadece yabancı ülkede çalışmak üzere işi alınmışsa ya da işveren yabancı ülkeye gönderilen işçiyi geri alma niyetinden veya işçi geri dönme niyetinden vazgeçerse, işçinin yabancı ülkede fiilen çalıştığı yer artık mutat işyeri haline gelecektir²¹.

Mutat işyeri kavramı Türk maddi hukukunda yer almamaktadır. İç hukukta işyeri kavramı vardır ve bu kavram 4857 sayılı İş Kanunu²² m. 2'de tanımlanmaktadır. Türk hukuku açısından işyerinin belirlenmesi için Bölge Çalışma Müdürlüğüne kayıt yapılması; asıl işyeri ile bağlı işyeri ayrımının da bu kayıt esnasında belirtilmesi; teknik ve ekonomik bağımlılık sebebiyle üretim süreci içinde bütünlük teşkil eden yerlerin tek işyeri olarak kabul edilmesi öngörülmüştür²³.

Uygulanacak hukuku belirleyen mutat işyeri kavramı işçinin işini fiilen yerine getirdiği yeri işaret etmektedir. İşyerinin belirlenmesinde işletmenin iç teşkilatlanması, firmanın ticaret siciline kayıtlı olup olmaması rol oynamayacaktır. İşveren için yapılan işin ağırlık merkezinin bulunduğu yer mutat işyerini oluşturmaktadır. Bu noktada işverenle işçinin anlaşmasına göre işçinin faaliyetlerini fiilen icra ettiği yer mutat işyeridir²⁴. Dolayısıyla mutat işyerinin tespitinde işçinin işini nitelik, nicelik ve süre olarak hangi ülkede ağırlıklı olarak yerine getirdiğinin belirlenmesi önem arz etmektedir²⁵. Yargıtay

uygulanmasında da mutat işyeri işin zaman ve içerik olarak ağırlıklı ifa yeridir²⁶.

AB hukukunda da hem iş sözleşmelerinde uygulanacak hukuku hem de mahkemelerin yetkisini belirleyen mutat işyeri kavramı Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları ile yorumlanmıştır²⁷. Buna göre işçinin işverene karşı borçlanın esas olarak ifa ettiği, her seyahat sonrası döndüğü, ofisinin bulunduğu yer mutat işyeridir²⁸. İşçinin faaliyetlerinin merkezini oluşturan, çalışma saatlerinin çoğunu geçirdiği, ofisinin bulunduğu, her iş seyahatinden soma döndüğü yer mutat işyerinin tespitinde dikkate alınmaktadır²⁹. İşçinin fiillerinin çoğunun yerine getirildiği³⁰; işin tamamlanmasından sonra işçinin döndüğü yer de mutat işyerinin belirlenmesinde önemlidir³¹.

İşçinin taşıma işini yerine getirdiği yer ile talimatları aldığı yerin aynı yer olması halinde bu yer mutat işyeri kabul edilmektedir³². Dolayısıyla bir uçak veya gemide çalışan uçuş görevlileri ve denizciler bir havaalanı ya da limandan hareket eden uçak veya gemide çalışmakta ve bu araçlar her yolculuk sonucu aynı yere dönüş yapmakta ise mutat işyeri havaalanı veya limanın bulunduğu yer olmaktadır³³.

MÖHUK m. 27(3)'e göre işçinin işini belirli bir ülkede mutat olarak yapmayıp devamlı olarak birden

riöz-Büyükalp, 'Mutat İşyeri Kavramı ve MİÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulanması Sorunu' (2018) 8(2) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195, 206; Hatice Selin Pürselim-Arning, *İş İlişkisi Kapsamında Rekabet Yasağı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha 2022) 152.

26 Yargıtay 9 HD 5617/16556, 24.11.2020, Yargıtay 22 HD 9339/16564, 18.09.2019.

27 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sariöz-Büyükalp (n 25) 208 vd; Czerwinski (n 11) 156 vd; Özel (n 23) 1358 vd; Mlusa Aygül, Nazlı Çoban, 'Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mlutat İşyerinin Tespiti' (2020) 15(16) Terazi Hukuk Dergisi 1815, 1819 vd.

28 Mlulox IBC v. Geels, 13 July 1993, Case C-125/92 <https://curia.europa.eu> pr. 25.

29 Ruten v. Cross Mledical Case, 9 January 1997, Case C-3 83/95 <https://curia.europa.eu> pr. 26-27.

30 Koelzsch v. Luxemburg 15 Mlarh 2011, Case C-29/10 <https://curia.europa.eu> pr. 45.

31 Id, pr. 49.

32 Jan Vougsgeard v. Navimen AS, 15 December 2011, Case C-384/10 <https://curia.europa.eu> pr. 40.

33 Bkz. Grusic (n 19) 122-123.

fazla ülkede yapması halinde iş sözleşmesi işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. Roma I Tüzüğü m. 8(3)'e göre ise işçinin mutat işyerinin olmadığı durumda uygulanacak hukuk işçinin işe alındığı işyerinin bulunduğu ülke hukukudur³⁴.

Mutat işyerinin tek bir ülke olarak belirlenemediği, işin aynı yoğunlukta ve devamlı olarak birden fazla ülkede yerme getirildiği durumlarda veya işin açık denizler, kutuplar veya uzay gibi bir ulusal hukukun uygulanmadığı yerlerde ifa edildiği durumlarda uygulanacak hukuk işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku olacaktır³⁵. Milletlerarası turnelerle faaliyet gösteren sirk veya gösteri grupları, devamlı sınır ötesi çalışan uzak yol sürücülere, demiryolu, deniz ve havayolu ulaşımında çalışan personel, deniz kazaları veya petrol yangınlarında çalışan kurtarma personelinin iş sözleşmeleri hukuk seçimi olmadığında işverenin esas işyeri hukukuna tâbi olacaktır³⁶.

MÖHUK m. 27(4) sözleşmeye uygulanacak hukukun 2.ve 3. Fıkra hükümlerine göre belirlendiği durumlarda iş sözleşmesi ile daha sıkı bağlantılı başka bir hukuk varsa, bu hukukun uygulanması konusunda hâkime takdir hakkı vermiştir. Roma I Tüzüğünde bir istisna (kaçış) klozu olarak düzenlenen ve dar yorumlanması kabul edilen³⁷ bu husus MÖHUK'a göre mutat işyeri veya işverenin esas işyeri hukukuna kıyasla daha sıkı ilişkili hukukun olduğu her durumda uygulanması gereken bir hüküm olarak kaleme alınmamıştır. MÖHUK m. 24(4)'deki kaçış klotundan farklı olarak "tâbi olur" yerine "uygulanabilir" yüklemine kullanılması kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir ve bu itibarla fıkranın uygulama alanının belirlenmesi gerekmektedir.

Daha sıkı ilişkili hukuk tarafların vatandaşlığı, sözleşmenin dili, ödemenin yapılacağı para birimi,

34 Ayrıntılı bilgi için bkz. Grusic (n 19) 167 vd; Czerwinski (n 11) 157 vd; Elçin (n 10) 139 vd.

35 Nomer (n 9) 353.

36 Id, 353. İşverenin esas işyerinin bulunmaması halinde uygulanacak hukuk en sıkı bağlantılı hukuka göre belirlenecektir. Nomer (n 9) 353. Uluslararası taşıma araçlarında ifa edilen iş sözleşmelerinde uygulanacak hukuk ile ilgili bkz. Aygün, Çoban (n 27) 1824vd.

37 Bkz. Grusic (n 19) 174 vd; Sariöz-Büyükalp (n 25) 237 vd.

belirli bir hukuka tâbi tutulmuş önceki iş sözleşmelerinin varlığı, tarafların yerleşim yeri veya mutat meskeni gibi unsurlarla belirlenmektedir³⁸. Bu itibarla Türkiye'de merkezi ya da bağlantısı olan işverenin, Türkiye'de mutat meskeni olan veya Türk vatandaşları olan bir işçi ile yurt dışında çalışmak üzere Türkiye'de imzaladığı, Türkçe kaleme alınan bir iş sözleşmesi mutat işyeri hukuku yerine Türk hukuku ile daha sıkı bağlantı halindedir.

Daha sıkı ilişkili hukukun hâkimin takdir hakkına bağlı olarak uygulanma imkânı, işçi lehine bir tercihi esas almayı gerektirmektedir. Bir başka ifadeyle daha sıkı ilişkili hukukun takdirinde işçinin menfaati esas alınmalıdır³⁹. Buna göre iş sözleşmesi mutat işyeri hukukuna kıyasla başka bir hukukla daha sıkı bağlantıda olsa bile, mutat işyeri hukuku işçi lehine ise hâkimin mutat işyeri hukukunda vazgeçerek daha sıkı ilişkili hukuku uygulama mecburiyeti yoktur. Hâkime verilen takdir hakkı işçiyi koruma prensibi çerçevesinde kullanılmalıdır.

Milletlerarası özel hukukta kanunlar ihtilafı hakkaniyeti esas olmakla birlikte maddi hukuk hakkaniyeti de göz ardı edilmemektedir. Amerikan hukukunda savunulan maddi hukuk hakkaniyet aynı biçimde kıta-Avrupa hukukunda yer almamakla beraber, özellikle zayıf tarafı koruyan kanunlar ihtilafı kuralları tesis edilmesi ve daha sıkı ilişkili hukuk istisnasıyla genel kuralın yol açabileceği adaletsizliklerin önlenmesi sağlanmıştır. Daha sıkı ilişkili hukuk kanunları ihtilafı hakkaniyeti açısından işçiyi daha yakın bağlantılı bir hukuka bağlamak için kullanılabileceği gibi; maddi hukuk hakkaniyeti açısından davacı lehine daha elverişli hükümler getiren hukukun bu bağlamda uygulanmasına da hizmet etmektedir^{39 40}. MÖHUK m. 27(4)'de hâkime tanınan bu takdir hakkı ile zayıf tarafı korumak için getirilen kural maddi hukuk hakkaniyetini sağlama işlevi de gerecektir.

38 Czerwinski (n 11) 158.

39 Nomer (n 9) 353; Çelikel, Erdem (n 9) 348; Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 468; Aygül (n 3) 507; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 4) 361; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Savaş 2022) 431.

40 Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 25-26.

III. Yurt Dışı Hizmet Akitleri

A. Genel Olarak

Yurt dışında çalıştırılmak üzere Türkiye’den işçi götürülmesi halinde Türkiye İş Kurumu (Kurum) tarafından hazırlanan hizmet akitleri kullanılmakta ve bu akitler Kuruma onaylatılın aktadır. Bu şekilde Kurum tarafından hazırlanan, işçi ve işveren tarafından imzalanan ve Kurum tarafından onaylanan akitler münhasıran yurt dışında çalıştırılmak üzere işçi istihdamını sağladığı için, her iki taraf Türk veya Türkiye’de yerleşik olsa da mutad işyerinin yabancı ülke olması nedeniyle yabancılik unsurunu bünyesinde barındırmaktadır.

Bu bağlamda bu sözleşmelerde geçerli bir hukuk seçiminin olup olmadığı, hukuk seçimi yoksa mutad işyeri hukuku yerine daha sıkı ilişkili hukuk olarak Türk hukukunun uygulanıp uygulanamayacağına irdelenmesi gerekmektedir.

Yurt Dış İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği⁴¹ yurt dışındaki işlere işçi ve işçilere iş bulunması, işverenle işçi arasında yapılacak olan hizmet akitlerine aracılık edilmesi ve yurt dışına gidecek işçilerin işlemlerinin yapılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemektedir (m. 1).

Firma olarak isimlendirilen işveren yurt dışındaki işleri için Türkiye’den işçi götürecek olan Türk veya yabancı uyruklu firmayı ifade etmektedir (m. 3(c)).

Hizmet örneği Kurum tarafından hazırlanan Türk veya yabancı uyruklu firma ile işçi arasında veya vekilleri arasında imzalanan bireysel hizmet akitlerinin (m. 3(ç)) Kuruma onaylatılması zorunludur (m. 8). Yurt dışına işçi götürülmesi ile ilgili mevzuata aykırı davranılması halinde idari para cezası ve diğer yaptırımlar uygulanmaktadır (m. 10). İşçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklar hizmet akdinde gösterilen yetkili mercilerce çözüme kavuşturulur (m. 11(1)).

Kuram Türkiye ile imzalanan ikili işgücü anlaşmaları⁴² uyarınca yurt dışı hizmet akdi örnekleri⁴³

hazırlamıştır. Bu anlaşmalar iki ülke hükümetleri ve halkları arasında var olan dostane ilişkiyi teyit ederek, karşılıklı çıkara dayalı ilişkileri teşvik etmek amacıyla yapılmıştır⁴⁴. Karşılıklı dostluk ve iş birliği ile Türk işgücünün yabancı ülkede istihdamı için yapılan bu anlaşmalar hiçbir şekilde iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku ya da bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda mahkemelerin milletlerarası yetkisinin hangi kısıtlarla belirleneceğini öngören milletlerarası özel hukuk sözleşmeleri değildir. Bu itibarla bu ikili anlaşmalar yoluyla MÖHUK’ta uygulanacak hukuku ve milletlerarası yetkiyi gösteren kuralların bertaraf edilmesi söz konusu değildir. MÖHUK m. 1(2) uyarınca öncelik arz eden sözleşmeler milletlerarası özel hukuka ilişkin uygulanacak hukuka, mahkemelerin milletlerarası yetkisine ya da yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ya da adli yardıma ilişkin sözleşmelerdir⁴⁵.

Dolayısıyla işgücü anlaşmalarında yer alan hükümler kanunlar ihtilafı kuralı ve milletlerarası yetki kuralı getirmemektedir. Örneğin Türkiye-Katar İşgücü Anlaşması m. 8’de yer alan “bu sözleşmede haklar ve yükümlülükler de dahil olmak üzere, temel çalışma şartları da bu Anlaşma hükümlerine ve Katar İş Kanunu hükümlerine aykırı düşmeyecek şekilde açıkça belirtilir” hükmü işçi ile işveren

iskur.gov.tr.yurtdisi-hizmet.sozlesmesi> Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.

44 Türkiye ile Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Almanya, Fransa, Kuveyt, Katar, Ürdün, Libya, Hollanda, arasındaki ikili işgücü anlaşmalarının metinleri için bkz. (n 42).

45 Ay gül, Erdoğan uluslararası işgücü anlaşmalarının Anayasa m. 90(5) ve MÖHUK m. 1(2) uyarınca milli hukuka nazaran öncelikle uygulanacağını savunmaktadır. Bkz. Musa Aygül, Canan Erdoğan, “Türkiye İş Kurumu Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akümlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği” (2020) 2 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Prof. Dr. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı 753, 755. Anayasa m. 90 milletlerarası antlaşmaları düzenlemekte ve m. 90(5) de öncelik arz eden milletlerarası antlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğunu vurgulamaktadır. İş gücü anlaşmaları temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmadığı gibi, her şeyden önce antlaşma değildir. Anayasa m. 90(5) kapsamına girmeyen ikili iş gücü anlaşmaları MÖHUK m. 1(2) kapsamında milletlerarası özel hukuk ile ilgili “sözleşme” de değildir. Bu itibarla hiçbir biçimde MÖHUK hükümlerinin uygulanması engellenemez.

arasında yapılan iş sözleşmelerinde tarafların Katar hukukunu seçtiği yönünde yorumlanamaz. Aynı şekilde “dostane hiçbir çözüm bulunmazsa şikâyet Katar’daki yetkili adli makamlara havale edilir” (m. 15) hükmü milletlerarası yetki kuralı değildir ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini ortadan kaldırmaz⁴⁶. Kuveyt ile yapılan ikili işgücü anlaşmasına göre “istihdam koşullarının istihdam eden ülkenin ilgili yasa ve düzenlemelerine uygun olarak hazırlanan iş sözleşmesinde belirtileceğine” ilişkin hüküm (m. 5) de bir kanunlar ihtilafı kuralı değildir.

Dolayısıyla ikili işgücü anlaşmalarında yer alan hükümler kanunlar ihtilafı veya milletlerarası yetki kuralı işlevi görmeyecek ve Türk mahkemeleri tarafından doğrudan uygulanmayacaktır. Bu anlaşmalar iki ülke arasındaki iş birliğini geliştirmek üzere iki ülke hükümetleri arasındaki taahhütleri içermektedir. Ancak her iki ülkede de iş sözleşmeleriyle ilgili uygulanacak hukuku ve yetkili mahkemeyi belirleyen ve mahkemelerin doğrudan uyguladığı kurallar ihdas etmemektedir.

Yurt dışı hizmet akitlerinde uygulanacak hukukun taraf iradesiyle belirlenip belirlenmediği; hukuk seçimi yoksa uygulanacak hukukun MÖHUK m. 27 uyarınca nasıl tespit edileceği ve Türk mahkemesi önünde görülen davada doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni etkisinin sonuçlarının ayrı ayrı irdelenmesi gerekmektedir.

46 Ay gül, Erdoğan işgücü anlaşmalarıyla hukuk seçimi ve milletlerarası yetki kuralı getirildiğini ileri sürmektedir. Müelliflere göre bu ikili anlaşmalar ile işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi kaldırılmıştır. Bkz. (n 45) 766, dn. 39. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bu görüşün kabulünün sonucu şudur: Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hükümeti yabancı bir devlet ile yaptığı ikili bir anlaşma ile Türk işçi ve işveren arasındaki iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Türk mahkemesinin yetkisini kaldırmış; uyuşmazlığın sadece yabancı ülkede görülmesini temin ederek Türk vatandaşlarının adalete erişim hakkını bertaraf etmiştir. Bu sonuç kabul edilemeyeceği gibi yukarıda açıkladığımız üzere ikili işgücü anlaşmaları ne antlaşma ne de milletlerarası özel hukuk sözleşmesidir. Bu itibarla burada yer alan hükümlerin kanunlar ihtilafı ya da milletlerarası yetki kurallarını bertaraf etme gücü yoktur.

B. Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Hukuk Seçimi

a. Genel Olarak

Yurt dışı hizmet akitleri Türkiye İş Kurumu tarafından önceden hazırlanan ve işçi ile işverenin imzasından sonra Kurumun onayına sunulan sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler taraflarca müzakere yoluyla değil, üçüncü kişi olan Kurum tarafından hazırlanmış metinlerdir. Bu itibarla söz konusu akitler genel işlem koşulu niteliğini taşımaktadır⁴⁷.

Genel işlem koşulları olarak hazırlanan yurt dışı hizmet akitlerinde işverenin bilgi verme yükümlülüğü m. 3’te düzenlenmiştir. Buna göre işveren işin yapılacağı ülkedeki çalışma koşulları, ücret, fazla çalışma süreleri ile ücretlerini, hafta tatili, bayram tatili ve genel tatillere ilişkin koşulları, böyle günlerde ödenecek ücreti içeren açıklayıcı belgeyi işçiye; işçi ve işveren tarafından imzalanmış bir nüshayı da Kuruma vermek zorundadır. İşverenin işçiye vereceği belge içeriği ile işin yapılacağı ülkedeki uygulama arasında farklılıklar olursa işveren belgede belirtilen hususları uygulamakla sorumludur. Yine işin yapılacağı ülkedeki çalışma mevzuatında değişiklik olduğunda, değişiklikler işçiye yazılı olarak bildirilmelidir.

İş akdinin bildirimsiz olarak işçi veya işveren tarafından feshi çalışma mevzuatı bulunan ülkelerde bu ülke mevzuatına göre, bulunmayan ülkelerde ise 4857 sayılı İş Kanununun 24. ve 25. Madde hükümleri çerçevesinde gerçekleşecektir (m. 5).

İşveren işçiye çalışma saatleri ve koşulları hakkında önceden bilgilendirmekle yükümlüdür. Çalışma süresi, fazla çalışma saatleri ve ödemelerle ilgili olarak çalışılan ülke mevzuat hükümleri uygulanır. Ülke mevzuatında hüküm yoksa 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır (m. 8).

Hafta tatili, bayram tatili ve genel tatil günlerine ve bu günlerde çalışma yapılması halinde ödenecek ücretlere ilişkin çalışılan ülke mevzuatı uygulanır. Bu çalışmalara ilişkin ödemeler çalışılan ülke mevzuatına uygun olarak yapılır (m. 9).

İşçi çalışılan ülke mevzuatı esasları doğrultusunda yıllık ücretli izin hakkına sahiptir (m. 10).

47 Baycık (n 3) 105; Aygül, Erdoğan (n 45) 771.

İşçi ile işveren arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğacak anlaşmazlıklar ile diğer ihtilafların giderilmesinde işverenin Türkiye'deki ikametgâhının veya şirket merkezinin bulunduğu şehrin mahkemeleri ile icra daireleri yetkilidir. Sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlardaki ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatı, çalışılan ülkede konuya ilişkin hukuki düzenleme bulunmaması halinde Türk mevzuatı uygulanacaktır (m. 16).

Matbu formda hazırlanan ve genel işlem koşulları niteliğinde olan yurt dışı hizmet akdinde yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde geçerli bir hukuk seçimi yapılmış mıdır sorusunun cevabından önce m. 16'da yer alan ve işverenin Türkiye'deki ikametgâhının veya şirket merkezinin bulunduğu şehrin mahkemelerinin yetkili olduğunu belirleyen hükmün hukuken geçerli bir yetki anlaşması olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmesel ilişkilerde Türk mahkemelerinin yetki anlaşmasıyla yetkilendirilmesi MÖHUK'ta düzenlenmediği için, m. 40 uyarınca iç hukuktaki yetki anlaşmalarıyla ilgili düzenlemeye bakılması gerekmektedir. Buna göre HMK m. 17 ve 18 hükümlerine uygun olarak Türkiye'deki bir mahkeme yetki anlaşmasıyla yetkili kılınabilir⁴⁸. HMK'ya göre ancak tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yetki anlaşması yapılabilir. Bu itibarla işçi ve işveren açıkça müzakere yoluyla da genel işlem koşulları içinde yer alan bir hükümle de yetki anlaşması yapamazlar.

Yurt dışı hizmet akdi m. 16 hükmünde davacının işçi ya da işveren olmasına bakılmadan işverenin ikametgâhı veya merkezinin bulunduğu mahkemeler yetkilendirilmiştir ki bu mahkeme işverenin işçiye karşı açacağı davada davacının yerleşim yeri mahkemesini işaret etmektedir. Bir başka ifadeyle davacı işveren kendi yerleşim yerinde işçiye karşı dava açabilecektir ki iş hukukunda böyle bir yetki kısıtası kabul edilemez.

Türk mahkemelerinin yetkisi yetki anlaşmasıyla belirlenemeyeceği için bakılacak olan hüküm

48 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 598 vd; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 4) 502 vd; Nomer (n 9) 487 vd; Çelikel, Erdem (n 9) 662 vd.

MÖHUK m. 44'dür. Buna göre işçi işvereni dava ettiğinde mutaat işyeri yurt dışında olduğu için davalı işverenin yerleşim yeri⁴⁹, kendisinin yerleşim yeri veya mutaat meskeninin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır. Buna karşılık işveren işçiye dava ettiğinde mutaat işyeri yurt dışında olduğu için MÖHUK m. 44'e göre yetkili mahkeme olmadığından, MÖHUK m. 40'ı göndermesiyle İş Mahkemeleri Kanunu⁵⁰ m. 6 uyarınca davalının yerleşim yeri mahkemesi yetki kazanacaktır⁵¹.

Yurt dışı hizmet akdinde uygulanacak hukuk ile ilgili olarak belirli konularda çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağı belirtilmiştir. Çalışılan ülke mevzuatı mutaat işyeri hukukuna tekabül etmektedir⁵². Bu itibarla belirlenen konularda mutaat işyeri hukukunun seçilip seçilmediğinin irdelenmesi gerekmektedir.

b. Hukuk Seçimi Klozlarının Geçerliliği

Yukarıda incelendiği üzere iş sözleşmelerinde işçiye koruma amacıyla taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkânı getirilmiştir. Şartlara uygun geçerli bir hukuk seçimi olduğunda MÖHUK m. 27(2) uyarınca işçinin işini mutaden yaptığı işyeri hukuku uygulanmaz; taraflarca seçilen hukuk uygulanır.

Yurt dışı hizmet akitleri genel işlem koşulları olduğu için hukuk seçimi klozlarının geçerliliği de genel işlem koşullarıyla hukuk seçimi yapılabilmesinin koşullarına bağlıdır⁵³. Ancak daha önce temel sözleşmeden bağımsız olan hukuk seçimi anlaşmasının

49 İşverenin yerleşim yeri yurt dışında olduğu ancak Türkiye'deki şube veya acentesi aracılığıyla iş akdi yaptığı durumda şubenin veya acentenin bulunduğu yer mahkemesi de HMK m. 14(1) ve TTK m. 105(2) uyarınca yetkilidir. Bkz. Özel (n 23) 1365-1366.

50 İş Mahkemeleri Kanunu Kanun Numarası: 7036, Kabul Tarihi: 12.10.2017, RG. 25.10.2017/30221.

51 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel (n 23) 1363 vd.

52 Mutaat işyeri yerine çalışılan ülke hukuku kavramının kullanılması ile ilgili eleştiriler için bkz. Aygül, Erdoğan (n 45) 760.

53 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Özgenç, 'Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi Anlaşmasının Geçerliliği' in Zeynep Derya Tarman (ed) *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı* (On İki Levha 2018) 389 vd; Berk Demirkol, 'Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması' (2020) 40

hangi hukuka göre geçerli olacağının tespiti gerekmektedir.

MÖHUK'ta hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin hangi hukuka göre belirleneceğine ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Roma I Tüzüğü m. 3(5) uyarınca hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği ve taraf iradelerine m. 10, 11 ve 11 uygulanacaktır. 10. Maddeye göre sözleşmenin veya herhangi bir sözleşme hükmünün varlığı ya da geçerliliği Roma I Tüzüğünde belirlenen hukuka tâbidir. Buna göre hukuk seçiminin geçerliliği de seçilen hukuka göre belirlenecektir. Aynı yaklaşım MÖHUK m. 32(1) uyarınca Türk doktrininde de benimsenmiştir⁵⁴. Buna karşılık hukuk seçiminin geçerliliğinin *lex fori*'ye⁵⁵ ya da *favor negotii* prensibi gereği asıl sözleşmeye uygulanan hukuka veya tarafların sahip olduğu müşterek hukuka tâbi tutulması⁵⁶ gerektiği de savunulmaktadır.

Kanaatimizce hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin seçilen hukuka mı yoksa *lex fori*'ye mi tâbi olacağı meselesindeki görüş farklılıkları MÖHUK m. 24 çerçevesinde yapılan hukuk seçimi ile ilgilidir. MÖHUK m. 24 herhangi bir sınırlama olmaksızın taraflara hukuk seçimi imkânı tanımaktadır. Hukuk seçimi anlaşmasının varlığı ve maddi

(2/II) Public and Private International Law Bulletin 1313 vd.

54 Nomer (n 9) 329; Tekinalp (n 9) 278-279; Özgenç (n 53) 410; Erten (n 4) 242-243; Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Beta 2014) 70; Cemile Demir-Göky ayla, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri* (Vedat Kitapçılık 2013) 295; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 2021) 184.

55 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 4) 331; Ayşe Güvercin-Şahan, '5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti' (2018) 2 Public and Private International Law Bulletin 441, 459; Aygül, Erdoğan (n 45) 762 vd.

56 Vahit Doğan, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti* (Yetkin 1996) 29-30. Hukuk seçiminin hukuki temelini milli hukuka değil, milli hukukların üstünde sınır aşırı (*transnational*) hukuk düzenine dayandığı ve hukuk seçiminin geçerli olup olmadığının *transnational* hukukun kabul ettiği ilkeler ışığında karar verilmesi yönündeki görüş için bkz. Berk Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Vedat Kitapçılık 2011) 39 vd.

geçerliliğinin MÖHUK m. 32(1) uyarınca seçilen hukuka tâbi olması taraf beklentisi ve menfaatlerine uygun olduğu gibi MÖHUK'a da aykırılık teşkil etmemektedir. Bununla beraber hukuk seçiminin sınırlı olduğu sözleşmelerde, hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği seçilen hukuka tâbi tutulamaz. Bu noktada MÖHUK m. 26 ve 27'de öngörülen sınırlı hukuk seçimi ile MÖHUK m. 25'te reddedilen hukuk seçiminin MÖHUK m. 32(1) hükmü ile bertaraf edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla taşınmazın aynına veya kullanımına ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimi yapılamaz (MÖHUK m. 25). Yapılan hukuk seçimi Türk mahkemesi önünde geçersizdir. Tüketici ve iş sözleşmelerinde de taraflar ancak m. 26 ve 27 şartları uyarınca sınırlı hukuk seçimi yapabilirler. Şartlara uymayan hukuk seçimi geçersizdir. Bu itibarla yurt dışı hizmet akdinde yer alan hukuk seçimi klozlarının geçerliliği Türk hukukuna tâbidir.

Türkiye İş Kurumu tarafından hazırlanan ve taraflarca imzalanıp Kuruma onaylatılan yurt dışı hizmet akitleri TBK m. 20 kapsamında genel işlem koşulları kategorisine girmekte ve hukuk seçimine ilişkin bir hükmünün geçerliliği de ancak TBK m. 21-25 çerçevesinde olmaktadır. Bir başka ifadeyle genel işlem koşullarında hukuk seçimi klozu olması tek başına bu klozun geçersizliği anlamına gelmemektedir⁵⁷. Bu noktada genel işlem koşulları içinde bir hüküm olarak yer alan hukuk seçimi ile tarafların yaptığı sözleşmeye içtenleştirme (*incorporation*) yoluyla dahil edilen genel işlem koşullarında yer alan hukuk seçimi arasındaki farka dikkat çekilmelidir⁵⁸. Yurt dışı hizmet akülerindeki hukuk seçimi sözleşmenin bir hükmünde yazılıdır. Bu itibarla genel işlem koşulları içinde yer alan hukuk seçiminin geçerliliğinin ele alınması gerekmektedir. Bu da hukuk seçimine ilişkin hükmün TBK m. 21 uyarınca yürürlük denetimi ve TBK m. 25 uyarınca içerik denetimine tâbi tutulmasını gerektirmektedir.

TBK m. 21'e göre karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi, karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında

57 Aygül, Erdoğan (n 45) 771; Özgenç (n 53) 412; Demirkol (n 53) 1346.

58 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç (n 53) 413 vd; Demirkol (n 53) 1328 vd.

açıklayıcı bilgi verilmesi, bunların içeriğini öğrenme imkânının sağlanması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur (TBK m. 22).

Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa karşı taraf lehine yorumlanır (TBK m. 23). Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz (TBK m. 25).

Dolayısıyla yurt dışı hizmet akdinde yer alan çalışılan ülke mevzuatı lehine yapılan seçimin geçerli olabilmesi için TBK m. 21-25 hükümlerine uygun olması gerekmektedir.

Doktrinde yurt dışı hizmet akdinde yer alan hukuk seçimi klorlarının TBK hükümleri uyarınca geçerli olduğu kabul edilmektedir⁵⁹.

Yukarıda belirttiğimiz üzere yurt dışı hizmet akitleri m. 3 işverenin bilgi verme yükümlülüğü başlığı altında işverenin çalışma koşulları, ücret, fazla çalışma süreleri ve ücreti, tatillere ilişkin koşullar ve ödenecek ücret ile ilgili açıklayıcı belgeyi işçiye verme yükümlülüğü getirmiştir. İşçi tarafından imzalanan, işverenin kaşesi ve yetkili kişinin imzasını taşıyan bir nüsha da Kuruma verilir. İşverenin bilgi verme yükümlülüğünün kapsamına giren bu hususlarda çalışılan ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin hükümler bulunmaktadır (m. 8,9,10). Dolayısıyla işverenin yurt dışı hizmet akdi m. 3'de açıkça belirlenen yükümlülüğünün ihlalinin, akdin diğer hükümlerinde öngörülen çalışılan ülke mevzuatının, orada konuya ilişkin düzenleme yoksa Türk mevzuatının uygulanacağına ilişkin klorun (m. 16) geçerliliğine etkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ankara BAM 7. HD⁶⁰ hukuk seçimi anlaşmasının geçerli olabilmesi için işverenin işçiye bilgilendirme

yükümlülüğünü yazılı olarak yerine getirmesi ve tarafların imzalaması ile Kimim nezdinde bu bilgilendirmenin saklanması zorunlu gömlektir. BAM'a göre işçinin konulması amaçlı olarak sözleşmeye getirilen emredici nitelikteki 3. Maddenin uygulanmaması karşısında hukuk seçimi yapıldığının kabulüne imkân yoktur. İş hukuku gibi özel ve teknik bilgi gerektiren bir alanda çalışan ülkenin iş hukuku mevzuatının unsurlarının bilerek imzalandığının kabulü sözleşmenin güçsüz tarafı olan işçinin korumasız bırakılması anlamına gelmektedir.

Buna karşılık Yargıtay 9. HD⁶¹ tarafların hukuk seçimi anlaşması yaptığını ve uygulanacak hukukun buna göre belirlenmesi gerektiğini karara bağlamıştır. Doktrinde de tarafların geçerli olarak kısmi hukuk seçimi yaptığı ve mutata işyeri hukukunun seçilen hukuk olarak uygulanması gerektiği savunulmuştur⁶². Buna göre genel işlem koşulları hakkında işçiye açıklayıcı bilgi verilmesi ve içeriğini öğrenme imkânının sağlanması yeterlidir. İşçi Türkiye İş Kurumu internet sitesinden sözleşme metnini okuyabildiği için, hukuk seçimine ilişkin hükümler güven teorisine dahi başvurmaya gerek olmayacak derecede açıktır ve bağlayıcıdır. İşçinin açıkça yazılmış bir hükmü anlayamaması hükmün geçersiz sayılmasını gerektirmez⁶³.

Kanaatimizce işçi işveren ilişkisinde genel işlem koşulları içinde yer alan hukuk seçimi klorunun taraflarca okunup anlaşılması tek başına geçerli bir hukuk seçimi anlaşması yapıldığı anlamına gelmemektedir. Zayıf taraf olan işçinin korunması ilkesi hukuk seçiminde de kendini göstermekte ve işçinin sadece seçim klorunu okuyup anlaması yetersiz kalmaktadır. Burada önemli olan hukuk seçimi sonuçlarının öğrenilmesinin sağlanmasıdır^{64 65}. Zaten bu amaçla Yurt Dışı Hizmet Akdi m. 3'te açıkça işveren için yükümlülük öngörülmüştür. Bu yükümlülük yerine getirilmeden yapılan bir hukuk seçimi anlaşması geçerli değildir.

61 Yargıtay 9 HD 5618/16557, 24.11.2020 (n 4). Yargıtay'ın aynı yöndeki kararları için bkz. yukarıda n. 7.

62 Erten (n 4) 246; Aygöl, Erdoğan (n 45) 773 vd; Baycık (n 3) 108 vd.

63 Baycık (n 3) 108 vd; Aygöl, Erdoğan (n 45) 773 vd.

64 Aynı yönde bkz. Gönenç (n 53) 413.

65 Baycık (n 3) 112-113; Aygöl, Erdoğan (n 45) 775.

Belli koşullarda çalışılan ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin klorların hukuk seçimi olarak geçerli kabul edileceğini öngören görüş, hukuk seçimi olmasaydı uygulanacak hukukun mutata işyeri olması nedeniyle, mutata işyeri hukukunun seçiminin işçinin durumunu ağırlaştırmayacağını savunmaktadır⁴⁶. Bu görüşe katılmak mümkün değildir.

İş sözleşmelerinde taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmış ancak işçiye korumak için mutata işyeri hukukunun işçiye koruyucu hükümlerinin bertaraf edilmesine izin verilmemiştir. Fakat geçerli bir hukuk seçimi olduğunda artık MÖHUK m. 27(4) uyarınca en sıkı ilişkili hukukun uygulanması imkânı kalkmaktadır. Dolayısıyla Türk işveren ve işçi arasında, Türkiye'de, Türkçe kaleme alınan yurt dışı hizmet akdinde mutata işyeri hukukunun seçimi, ilişkiyle en sıkı ilişkili hukuk olan Türk hukukunun uygulanmasını engellemektedir. Bu itibarla mutata işyeri hukukunun seçimi ancak geçerli bir hukuk seçimi olduğunda kabul edilebilir. Zaten uygulanacak hukukun mutata işyeri hukuku olması hukuk seçiminin geçerliliğinin tartışılmasına engel olmaz. Bu noktada İsviçre MÖHK m. 121(3)'deki hukuk seçimi sınır dikkate değerdir. İsviçre hukukuna göre taraflar ancak işçinin mutata meskeni hukukunu ya da işverenin işyeri, yerleşim yeri veya mutata meskeni hukukunu seçebilir. Mutata işyeri hukukunun seçimine izin verilmemiştir.

Diğer yandan hukuk seçimine sınır getirmeyen Roma I Tüzüğü de m. 8(2)(3) (4) hükümlerine göre uygulanacak hukukun işçiye koruyacak hükümlerini bertaraf etmeyecek şekilde hukuk seçimini kabul etmiştir. Dolayısıyla en sıkı ilişkili hukukun işçiye koruyan hükümlerini bertaraf edecek hukuk seçimi geçersizdir. MÖHUK m. 27'de ise hukuk seçiminde sınır, sadece mutata işyerinin işçiye koruyucu hükümleridir. Bu itibarla hukuk seçimi objektif bağlama kuralı olan mutata işyeri hukuku olarak yapıldığında, bu seçimin geçerliliği daha ayrıntılı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Taraflar müzakere yoluyla ve serbest iradeleriyle mutata işyeri hukuku lehine bir hukuk seçimi yapabilirler. Ancak mutata işyeri hukukunun seçimi genel işlem koşullarına konan bir hüküm ile yapıldığında işçinin bu hükmü okuması ve metnin altına imza

atması hukuk seçiminin geçerliliği için yeterli değildir. İşçinin bu hükmün içeriğini bilmesi ve yurt dışı hizmet akdi m. 3'te işverene yüklenen bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu yükümlülüğün ihlali TBK m. 21'c aykırılık teşkil etmektedir. Zira Türk hukukunun uygulanacağı beklentisinde olan işçiye yabancı hukukun uygulanması hakkında açıkça bilgi verilmesi ve yabancı hukukun içeriğinin öğrenilme imkânının sağlanması gerekmektedir. Bu duruma aykırılık halinde işlem koşulu yani hukuk seçimi yazılmamış sayılır. Bu itibarla genel işlem koşulları olarak düzenlenen yurt dışı hizmet akdinde hukuk seçimi anlaşması yapılması ancak işçiye yabancı hukukla ilgili bilgi verilmesi halinde geçerlidir.

Matbu formda hazırlanan yurt dışı hizmet akdi koşulları incelendiğinde milletlerarası özel hukuk kapsamında bir hukuk seçimi (kısmi hukuk seçimi dahil) kloruna yer verilmediği görülmektedir. Bize göre yurt dışı hizmet akdinde çalışma süresi, fazla çalışma, hafta tatili ve diğer tatiller, yıllık ücretli izin başlığı altında yapılan ve çalışılan ülke hukukunun esas alınacağını belirleyen hükümler hukuk seçimi kloru değil, sözleşme hükmüdür. Çalışılan ülke hukukunun ilgili mevzuatı içkinleştirme yoluyla yurt dışı hizmet akdinin bir parçası haline gelmiştir. Bu duranı milletlerarası özel hukukta geçerli olan hukuk seçiminden farklıdır. Tarafların iradesiyle sözleşmenin tümüyle bir hukukun egemenliğine girmesi durumu, yabancı hukukun belirli hükümlerinin sözleşme hükmü olarak metne dahil edilmesi ile aynı sonucu doğurmamaktadır. Yabancı hukukun sözleşme hükmü olarak sözleşmeye dahil edilmesi halinde uygulanacak hukukun objektif kıstasa göre bulunması gerekir. Bu itibarla uygulanacak hukuk çerçevesinde bu sözleşme hükümlerinin somut uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olacaktır.

Yurt dışı hizmet akitleri en sıkı bağlantılı hukuk olarak Türk hukukuna bağlandığında sözleşme hükümlerinin geçerliliği ve bağlayıcılığı da Türk hukukuna göre belirlenecektir. Bu itibarla genel işlem koşullarındaki bir hükmün geçerliliği için TBK m. 21'deki açıklayıcı bilgi verme koşulu, yurt dışı hizmet akitleri m. 3'de ayrıntılı olarak düzenlenen

işverenin yazılı olarak işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü ile somutlaştırmıştır. Somut olayda işverenin yabancı ülkedeki çalışma koşullarını ve yabancı hukuk ile ilgili bu bildirim yükümlülüğünün ihlali hiçbir müeyyideye tâbi tutulmadan hükümlerin bağlayıcılığı sonucunu doğuramaz. Sözleşme hükmü olarak da ilgili hükümler geçerli değildir.

C. Hukuk Seçiminin Olmadığı Durumda Uygulanacak Hukuk

Yurt dışı hizmet akitlerinde geçerli bir hukuk seçimi olmadığında uygulanacak hukuk MÖHUK m. 27(2) uyarınca mutata işyeri hukukudur. Yukarıda mutata işyeri kavramı ile ilgili yaptığımız açıklamalar doğrultusunda yurt dışında çalışmak üzere istihdam edilen işçinin mutata işyeri hiç kuşkusuz çalışılan ülke hukukudur. Zira bu yer MÖHUK m. 27(2) son cümle gereği işin geçici olarak yapıldığı yer değildir. Türkiye’de istihdam edilen bir işçinin geçici görevle yurt dışına gönderilmesi halinde mutata işyeri Türkiye’dir ve geçici olarak yurt dışına görevlendirilme mutata işyerini değiştirmemektedir. Buna karşılık yurt dışında belirli bir projede çalıştırılmak üzere istihdam edilen işçinin mutata işyeri artık yurt dışı olmaktadır.

Yurt dışı hizmet akitlerinde MÖHUK m. 27(4) uyarınca daha sıkı ilişkili olarak Türk hukukunun uygulanması gündeme gelecektir. Yargıtay uygulamasında doğrudan uygulanan kurallar, kamu düzeni ya da iş hukukunun emredici yönü ve işçinin korunması ilkesi çerçevesinde doğrudan Türk hukukunun uygulandığı kararlar⁶⁶ bulunmaktadır. Doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeninin milletlerarası özel hukuktaki işlevi ayrıdır. Aşağıda ele alacağımız bu kavramlardan önce MÖHUK m. 27(4)’deki bağlama kuralı gereği Türk hukukunun uygulanmasının gerekçesini ortaya koymak büyük önem arz etmektedir.

Yurt dışı hizmet akitleri Türkiye İş Kurumu tarafından Türkçe hazırlanmaktadır. Bu akitlerin tarafları Türk işveren ve Türk işçidir. İşverenin ve işçinin mutata meskeni Türkiye’dir. Ücretin TL’nin

değerindeki düşüşten dolayı yabancı para üzerinden belirlenmesi önemli değildir. Bu paranın harcandığı yer Türkiye’dir. Dava Türkiye’de açılmıştır. Bu itibarla mutata işyeri hukukuna kıyasla Türk hukuku daha sıkı ilişkili hukuktur. Hâkimin hukuku olan Türk hukuku taraflar arasında öngörülebilir bir hukuktur. Daha sıkı ilişkili hukuk olarak Türk hukukunun uygulanması mutata işyeri hukukunun içeriğinin tespiti ile ilgili güçlükleri⁶⁷, zaman ve para kaybını da bertaraf etmektedir.

Ancak daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasında hâkime takdir hakkı verilmesi, bu takdir hakkının işçi lehine kullanılmasını gerektirmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere mutata işyeri hukuku Türk hukukuna kıyasla işçi lehine düzenlemeler getirmekte ise uygulanacak hukukun mutata işyeri hukuku olarak belirlenmesi daha uygun olacaktır. Bununla birlikte somut olaydaki mutata işyeri hukuku kolay bulunamayan bir ülke hukuku ise veya işçi özellikle o hukukun kendi lehine hükümlerini göstererek o hukukun uygulanmasını istiyor değilse, kıyaslama yapmak için zaman ve para harcayarak mutata işyeri hukuku hükümlerinin bulunup değerlendirilmesi yerine en sıkı ilişkili hukuk olarak Türk hukukunun uygulanması yerinde olacaktır.

Uygulanacak hukukun MÖHUK m. 27(2) uyarınca mutata işyeri hukuku olarak belirlenmesi ile MÖHUK m. 27(4) uyarınca en sıkı ilişkili hukuk bağlamında Türk hukuku olarak belirlenmesi, yabancı hukukun içeriğinin tespitinde farklı sonuçlara yol açmaktadır. Zira her durumda taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Yurt dışı hizmet akitlerinde çalışma süresi, fazla çalışma, hafta tatili ve diğer tatiller, yıllık ücretli izin başlıkları altında düzenlemeler yapılmış ve çalışılan ülke hukuku esas alınmıştır⁶⁸. Bize göre

67 Yabancı hukukun uygulanması konusundaki güçlükler için bkz. Mustafa Erkan, ‘Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs Olması Gereken’ in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak and Cansu Kaya (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir 21-22 Nisan 2016* (Yetkin 2016) 543.

68 Katar’da çalışacak Türk işçilerle ilgili sözleşmede çalışma saatleri haftalık 48 saat olarak belirlenmiş ancak Ramazan ayında süre haftalık 36 saat olarak kararlaştırılmıştır (m. 8). Resmi ve dini tatil günlerinde işçi çalıştırıldığına

bu hükümler hukuk seçimi anlaşması değil, sözleşme hükmüdür ve bu itibarla uygulanacak hukuk çerçevesinde ilgili konularda uygulanacaktır. Söz konusu sözleşme hükümlerinin geçerli olduğu varsayımında, belirlenen konularda çalışılan ülke mevzuatının esas alınması bir hukuk seçimi değil, sözleşme hükmü olarak değerlendirildiğinde artık çalışılan ülke hukukunu araştırma yükümlülüğü MÖHUK m. 2 gereği hâkime ait değildir. Uygulanacak hukuk MÖHUK m. 27(4) uyarınca Türk hukuku olduğunda, sözleşme hükmü olarak çalışılan ülke mevzuatını vakıa olarak ispat yükümlülüğü taraflara düşmektedir. Dolayısıyla bu hukuku ileri süren taraf içeriğini ispatlamak zorundadır.

Diğer yandan uygulanacak hukukun mutata işyeri kıstasına göre belirlendiği dununda ise, yabancı hukukun içeriğinin belirlenmesi hâkime aittir.

D. Çalışılan Ülke Hukukunun MÖHUK m. 31 ve 33 Çerçevesinde Dikkate Alınması

MÖHUK m. 31 “sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu İniktik uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır” hükmünü getirmiştir. Bu itibarla yurt dışı hizmet akitlerinde uygulanacak hukuk MÖHUK m. 27(4) gereği Türk hukuku olarak belirlendiğinde mutata işyeri hukuku, sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü devlet hukuku konumuna düşmektedir ve mutata işyerinin bulunduğu bu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına adaletin tecellisi adına etki tanınabilir.

Doğrudan uygulanan kurallar kavramı ve iş hukukunda doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanı aşağıda ele alınacaktır. Ancak öncelikle vurgulanmalıdır ki doğrudan uygulanan kurallar ancak işyerinin o ülkede bulunması halinde uyuşmazlığa müdahale edecektir⁶⁹. Dolayısıyla işyerinin bulun-

duğu ülkenin siyasi, ekonomik ve toplumsal yapısını korumak için çıkarılan kurallar ve tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemeyen kurallar doğrudan uygulanan kurallardır ve bu kurallar uygulanacak hukukun mutata işyeri hukukuna göre belirlendiği durumlarda *lex causae’nin* bir parçası olarak uygulanma imkânına sahiptir. Ancak bu kuralların uygulanması Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ederse MÖHUK m. 5 engeliyle karşılaşacaktır.

Uygulanacak hukukun en sıkı ilişkili hukuk gerekçesiyle Türk hukuku olması halinde mutata işyeri hukukundan vazgeçilmiştir ve bu hukukun doğrudan uygulanan kuralları ancak şartları varsa dikkate alınabilir⁷⁰.

Etki tanınması bu kuralların hukuk olarak uygulanmasını değil, vakıa olarak ele alınmasını ifade etmektedir. Etki tanınan doğrudan uygulanan kuralın ihlaline bağlı sonuçlar bu hukuka göre değil, esasa uygulanan Türk hukukuna göre belirlenecektir⁷¹. Sıkı ilişkili üçüncü ülke hukuku olarak mutata işyeri hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması, bir başka ifadeyle bu hukukun vakıa olarak Türk hukuku çerçevesinde ele alınmasının en önemli sonucu: mutata işyeri hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların hâkim tarafından re’sen araştırılması ve uygulanması zorunluluğunun ortadan kalkması ve vakıaları tarafların ileri sürmesi gereği bu vakıanın esas alınmasını talep eden tarafın bu normları mahkemeye sunması gereğidir⁷².

Mutata işyeri yabancı bir ülkede bulunduğu bu hukuktaki çalışma saatleri, tatiller, fazla çalışma

riha Bilge Tanrıbilir and Gülce Gümüşlü Tunçağıl (eds), *10. Yılında MÖHUK Sempozyumu, 7-8 Aralık 2017* (Adaliet 2018) 57; Michael Bogdan, ‘Private International Law As Competent of the Law of Forum’ (2011) 348 *Recueil des cours*, 185.

70 Üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili bkz. Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n.9), 143 vd; Mustafa Erkan, ‘MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış’ (2011) 15(2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 81, 94 vd.

71 Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n.9), 146; Özdemir-Kocasakal (n. 69), 74.

72 Yabancı hukukun içeriğinin tespitinde yabancı hukukun hukuk veya vakıa olarak uygulandığı sistemlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Can Yöney, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (On İki Levha 2018) 90 vd.

66 Bkz. Baycık (n 3) 118 dn. 90’da belirtilen kararlar; Akyiğit (n 3) 99’daki kararlar.

ücretleri, iş güvenliği ile ilgili kurallar doğrudan uygulanan kural olarak iş akdinde dikkate alınmak durumundadır. Örneğin çalışılan ülke hukukundaki resmi bayram tatili doğrudan uygulanan kural niteliğindedir ve iş sözleşmesine uygulanan hukuk Türk hukuku olduğunda da dikkate alınması gereken bir hükümdür.

Aynı şekilde MÖHUK m. 33 gereği “*ifa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukuku dikkate alınır*”. Uygulanacak hukuk Türk hukuku olduğunda da yurt dışı hizmet akdinde işçinin işini ifa edeceği yer mutat işyeridir ve bu hukukun ifaya ilişkin hükümleri de maddi vakıa olarak dikkate alınmaktadır. Burada da ifa yeri hukuku bir bağlama kuralı olarak işlev görmemekte ya da uygulanacak hukuku değiştirmemektedir. Uygulanacak hukuka göre yapılması gereken işlemler yabancı bir ülkede yapıldığında bu işlemlere bir vakıa olarak sonuç bağlanmaktadır⁷³. Özellikle çalışma süreleri ve güvenlik önlemleri açısından mutat işyeri hukuku dikkate alınacaktır⁷⁴.

IV. İş Sözleşmelerinde Doğrudan Uygulanan Kuralların İşlevi

Doğrudan uygulanan kurallar (müdahaleci kurallar) bir devletin siyasi, ekonomik ve sosyal yapısını korumak için çıkarılan ve içinde yabancılık unsuru olsun olmasın, uygulama alanına giren bütün uyumsuzluklarda doğrudan uygulanma kabiliyeti olan kurallardır. Kamu hukuku karakterli olarak özel hukuk ilişkilerine müdahale eden bu kurallar taraf iradeleriyle bertaraf edilemezler⁷⁵. Doğrudan uygulanan kurallar emredici kural olmakla birlikte, her emredici kural doğrudan uygulanan kural değildir. Devlete ait menfaatlerin korunması amacıyla getirilen bu kurallar uygulama alanına giren tüm uyumsuzluklarda doğrudan esas alınmaktadır⁷⁶.

73 Bkz. Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 482-483.

74 Doğan (n 56) 117; Tarman (n. 13) 544.

75 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 131 vd; Özdemir-Kocasakal (n 69) 50 vd.

76 Roma I Tüzüğü m. 9(1)'de doğrudan uygulanan kurallar bir ülkenin siyasi, sosyal ve ekonomik organizasyonu gibi kamu menfaatlerini korumak için uygulanması elzem

Doğrudan uygulanan kurallar bir ülkenin kamu menfaatlerini korumak adına izlediği iktisadi, siyasi ve toplumsal siyasasını göstermektedir. Bu bağlamda sosyal bir devletin, toplumun sosyal refahını artırmak amacıyla zayıf tarafı koruyan kuralları, iş güvenliği ve işçi sağlığına ilişkin düzenlemeleri doğrudan uygulanan kurallardır. Türk hukukunda iş hukuku ile ilgili doğrudan uygulanan kuralların Türkiye'de açılan bir davada, uygulanacak hukuk ne olursa olsun ilişkiye müdahale edebilmesi için işyerinin Türkiye'de olması gerekmektedir. Zira devletin kendi ülkesinin sınırları dışında yapılan işlerle ilgili herhangi bir menfaati bulunmamaktadır⁷⁷. Dolayısıyla Türk hukukunda bulunan bir doğrudan uygulanan kural MÖHUK m. 6 uyarınca işyerinin Türkiye dışında olduğu bir davada uygulanmayacaktır⁷⁸.

Yurt dışı hizmet akitlerinde mutat işyeri yurt dışında olduğu için Türk doğrudan uygulanan kuralları MÖHUK m. 6 uyarınca uygulama imkânına sahip değildir; bu itibarla bu sözleşmeler için Türk hukukundaki hangi hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edileceği tartışması bir önem arz etmemektedir⁷⁹. Zira Türk hukukunun iş hukukuna ilişkin doğrudan uygulanan kuralları *lex causae* ne olursa olsun mutat işyeri Türkiye'de ise uygulanır. Mutat işyerinin Türkiye olduğu iş sözleşmelerinde ise taraflar işçiyi daha iyi koruyan bir yabancı hukuk seçebilirler. Dolayısıyla Türk iş hukukundaki nisbi emredici kurallar doğrudan uygulanan kural değildir. Zira doğrudan uygulanan kurallar tarafların anlaşması ile bertaraf edilemez. Buna karşılık *lex causae* Türk hukuku ise Türk hukuku doğrudan

olan kurallar olarak tanımlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cheshire/North/ Fawcett, *Private International Law* (Oxford University Press 2017) 745 vd.

77 Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 136; Özdemir-Kocasakal (n 69) 57; Bogdan (n 69) 185.

78 Belkis Vural-Çelenk, ‘Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması’ (2017) 3(1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 277, 292.

79 İş hukukundaki kıdem tazminatı, fesih, çalışma şartları ile ilgili tartışmalar için bkz. Ersin Erdoğan, Canan Erdoğan, ‘Türkiye’den Yurt Dışına Götürelen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi’ (2016) 13(50) Legal İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 955, 966 vd; Akyiğit (n 3) 98 vd; Baycık (n 3) 117 vd.

uygulanan kuralları, mutlak ve nisbi emredici kuralları ile bir bütün olarak uygulanır.

İş hukukunda emredici kurallar diğer hukuk dallarından farklı olarak mutlak ve nisbi emredici kurallar olarak ayrılmaktadır. Taraflarca uyulması zorunlu ve değiştirme olanağı olmayan kurallar mutlak emredici kurallar; işçi yararına değiştirilebilen kurallar ise nisbi emredici kurallardır. Anayasada zayıf tarafın korunmasını amaçlayan sosyal devlet ilkesi ve iş hukukunun temelini oluşturan işçinin korunması ilkesi gereği böyle bir ayırım yapılmıştır⁸⁰. Bu durumda mutat işyeri Türkiye olduğunda, taraflar Türk hukukunun nisbi emredici hükümlerine işçi lehine aykırılık teşkil edecek şekilde yabancı hukuk seçebilirler. Bu itibarla nisbi emredici kurallar doğrudan uygulanan kurallar değildir. Mutlak emredici kurallar ise hem işçiyi hem de devletin ekonomik ve sosyal menfaatini korumayı hedeflediği için taraflarca bertaraf edilemez. Bu kurallar doğrudan uygulanan kural niteliğindedir.

Dolayısıyla mutat işyerinin Türkiye olduğu durumda nisbi emredici kurala aykırı olarak işçiyi daha iyi koruyan bir hukuk seçilmişse o yabancı hukuk uygulanır. Hukuk seçimi yoksa Türk hukuku bütün hükümleriyle ilişkiye hâkim olur. Buna karşılık mutat işyeri Türkiye olmasına rağmen ilişki bir başka hukuk ile daha sıkı bağlantılı olduğu için MÖHUK m. 27(4) gereği yabancı hukuka bağlanmışsa, Türk iş hukukunun doğrudan uygulanan kuralları her hâlükârda uygulanacaktır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere en sıkı ilişkili hukuku işçi lehine uygulama konusunda takdir hakkı olan mahkemenin işçiyi Türk hukukundan daha aşağı derecede koruyan bir hukuku en sıkı bağlantılı hukuk olarak esas almaması gerekecektir. Türk hukukundan daha iyi koruma getiren en sıkı bağlantılı hukukun uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi durumunda ise yine Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları uygulanacaktır.

İşçiyi konuna amacıyla getirilmiş kurallar anayasada yer alan sosyal devlet ilkesinin bir yansımasıdır. Bu kurallar sadece işçiyi koruma amacı taşımamakta; devletin sosyal ve iktisadi politikalarındaki

80 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 14) 22-23.

tercihlerini ortaya koymaktadır. Bu itibarla nisbi emredici kural olarak düzenlenmiş iş hukuku kuralları doğrudan uygulanan kural tanımına girmemekle birlikte, bu kuradamı işaret ettiği asgari koruma Türk hukukunun temel değerlerini ve siyasasını göstermekte ve Türk kamu düzeni anlayışını yansıtmaktadır.

Bu bağlamda doğrudan uygulanan kurallar ile kamu hukukunun kapsama alanı birbirine karıştırılmamalıdır. Doğrudan uygulanan kurallar kamu hukuku karakterli olmakla birlikte etkilerini özel hukukta doğururlar. Bu nedenle bireysel iş sözleşmelerinde taraflar arasındaki uyumsuzlukta esasa uygulanacak hukuk ne olursa olsun bu kurallar kendi uygulama alanına giren uyumsuzluklarda doğrudan uygulanırlar. Kuralın kendisi bir kanunlar ihtilafı kuralı işlevi görmektedir. Buna karşılık kamu hukuku kuralları kendi kapsama alanını belirler ve buna göre ülkesel ya da şahsa bağlı olarak uygulanır. Ceza hukuku, idare hukuku gibi kamu hukuku kuralları, içinde yabancılık unsuru bulunan uyumsuzluklarda bile hangi hukuk uygulanır sorusu sorulmadan kendi uygulama alanını belirler. Bu nedenle özel hukuka etkisi olmayan kamu hukuku kurallarını milletlerarası özel hukuk terminolojisi ile doğrudan uygulanan kurallar olarak nitelendirmek doğru değildir. Ceza hukukuna ya da idare hukukuna ilişkin bir uyumsuzlukta ilgili kuralların uygulanmasının gerekçesi MÖHUK m. 6 değildir. Bu kurallar kamu hukuku kurallarıdır ve uygulama ve kapsama alanını kamu hukuku kuralları belirler. Bu itibarla toplu iş ya da sosyal güvenlik hukuku doğrudan uygulanan kural olarak değil, kamu hukukunun bir parçası olarak uygulanır.

Sonuç olarak doğrudan uygulanan kurallar mutat işyeri ülkesinde o ülkenin siyasi, ekonomik ve sosyal menfaatlerini korumak için çıkardığı ve tarafların anlaşmayla bertaraf edemeyeceği kurallardır. Bu itibarla ancak mutlak anlamda emredici kurallar doğrudan uygulanan kural kategorisinde yer alabilir. Nisbi emredici kural olarak düzenlenen belirsiz süreli iş sözleşmelerinde feshi ihbar süresi ve tazminatı, iş güvencesiyle ilgili hükümler⁸¹, çalışma

81 Yargıtay 9 HD 9818/19560, 03.07.2006 tarihli kararında merkezi Almanya’da bulunan bir firmanın Türkiye’deki

süreleri, ücretli izin, tatil, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri, kıdem tazminatı ile ilgili kurallar doğrudan uygulanan kurallara değildir. Buna karşılık asgari ücret, iş güvenliği ve sağlığı, ayrımcılık yasağı doğrudan uygulanan kuraldır.

V. İş Sözleşmelerinde Kamu Düzeninin Etkisi

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı esasa uygulanacak yabancı hukukun uygulanmasına engel olmaktadır (MÖHUK m. 5). Eğer uygulanacak yabancı hukuk forum devletinin temel ilkelerine, prensiplerine aykırı ise bu hukukun uygulanması milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti açısından savunulamamaktadır⁸².

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında⁸³kanı düzenine aykırılık Türk hukukunun temel değerlerine, genel ahlâk ve adap anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli olan ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet kurallarına, medeni toplulukların benimsedikleri ahlâk ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine

irtibat bürosunda çalışan işçilerinin iş akdini feshi üzerine açılan davada, İş Kanunu m. 18 uyarınca bir işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısının dikkate alınacağına ilişkin hükmü davalı işverenin yurt dışındaki işyerlerinde çalışan işçi sayısını da dikkate alarak uygulamıştır. Böylelikle en az 30 işçi çalıştıran iş yerlerindeki işçiler için getirilen iş güvencesine ilişkin kural işçi lehine olarak işverenin yurt dışındaki işyerlerinde çalışanları da kapsar şekilde yorumlanmıştır. Kararla ilgili değerlendirme için bkz. Musa Aygül, Fatih Uşan, 'İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi' (2007) 3 Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi 75 vd. Burada İş Kanunu m. 18 uyarınca getirilen iş güvencesine ilişkin hüküm doğrudan uygulanan kural olarak değil, mutata işyerinin Türkiye olması nedeniyle uygulanacak hukukun Türk hukuku olması nedeniyle uygulanmıştır. Yargıtay maddenin uygulanmasında esas alman işyerlerinin yurt dışında olmasını maddenin kapsama alanının belirlenmesinde dışlamayarak, işçi lehine bir yorum yapmıştır.

82 Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 119.

aykırılık olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla yabancı hukuk Türk hukukunun temel değerlerine, adalet anlayışını gösteren hukuk prensiplerine, ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırı ise uygulanmayacaktır.

Kamu düzeni her şeyden önce anayasada yer alan temel hak ve özgürlükleri içermektedir^{83 84}. Bu itibarla yabancı hukuk Anayasa m. 10'da belirlenen eşitliğe, imtiyaz yasağına; Anayasa m. 17'de düzenlenen kişi dokunulmazlığına, maddi ve manevi varlığına; Anayasa m. 18'de düzenlenen zorla çalıştırma yasağına; Anayasa m. 50'de öngörülen çalışma şartları ve dinlenme hakkına aykırı düzenlemeler getiriyorsa MÖHUK m. 5 gereği uygulanmayacaktır.

Esasa uygulanacak hukukun işçiye hiçbir koruma getirmemesi, işçiler arasında din, dil, ırk, cins, politik görüş aynını yapması hiç şüphesiz kamu düzenine aykırılık örneğidir⁸⁵.

Türk kamu düzeninin kapsamının belirlenmesinde Türk hukukunun temel ilkeleri önemli bir yer tutmaktadır. Ancak bu husus yabancı hukukun içeriğinin araştırmadan Türk maddi hukukunun kamu düzeni gerekçesiyle uyumsuzluğa doğrudan uygulanması anlamına gelmemektedir. Türk maddi hukukundaki temel ilkeler Türk kamu düzeninin esasını oluşturur ve bu maddi hukuk kuralları ancak doğrudan uygulanan kural niteliğinde ise uygulama alanına giren hususlarda yabancı hukuk araştırılmadan doğrudan uyumsuzluğa uygulanır. Oysa MÖHUK m. 5 kapsamında kamu düzeni müdahalesi doğrudan uygulanan kuralların uygulanmadığı bir uyumsuzluk için söz konusudur. Uygulanacak hukuk bağlama kuralları aracılığıyla tespit edilir ve bu yabancı hukukun uygulanmasının sonuçları Türk hukuku açısından kabul edilemez nitelikte ise yabancı hukuk uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır⁸⁶.

83 Yargıtay IBK 2010/1 E, 2012/1 K. 10.02.2012, RG. 20.09.2012-28417.

84 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 122 vd.

85 Doğan (n 56) 132.

86 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 136 vd.

Yargıtay iş hukuku ile ilgili eski kararlarında özellikle kıdem tazminatı meselesinde kıdem tazminatının Türk kamu düzeni ile ilgili olduğunu ve bu nedenle de Türk hukukunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir⁸⁷. Ancak son dönemde verilen kararlarda Türk emredici kurallarına aykırı yabancı hukuk sırf bu nedenle kamu düzenine aykırı görülmemektedir. Kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin, fazla mesai, hafta ve genel tatil alacaklarına ilişkin hükümler iç hukuk açısından emredici nitelikte olmakla birlikte yabancı hukukta farklı düzenlemeler yapılması MÖHUK m. 5 uyarınca kamu düzeni müdahalesine gerekçe oluşturmamaktadır. Farklılık nedeniyle somut uyumsuzlukta çıkan durum değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir⁸⁸.

Türk iş hukukunun emredici hükümlerinin altında yatan temel siyasa Türk kamu düzeninin kapsamını oluşturmaktadır. Bu itibarla iş güvenliği, kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin, fazla mesai, tatil alacaklarına ilişkin hükümler Türk iş hukukunun temel değerlerini oluşturmaktadır. Bu değerleri kabul etmeyen yabancı hukuk hiç kuşkusuz Türk kamu düzenine aykırıdır. Burada önemli nokta aynı düzenlemeleri farklı ele alan yabancı hukuktaki bu farklılığın Türk iş hukukunda savunulan değerlerle olan çatışmasıdır. Bir başka ifadeyle uygulanacak yabancı hukuk bir bütün olarak ele alınmalı ve bir alacakla ilgili Türk emredici hükmüne aykırılıktan ziyade o hukukun uygulanmasıyla adaletsiz bir sonuca varılıp varılmayacağı hususuna dikkat çekilmelidir.

İş hukuku ile ilgili uyumsuzluklarda kamu düzenine aykırılık meselesi en fazla kıdem tazminatında kendisini göstermektedir. Bir görüş kıdem tazminatının hiç düzenlenmemiş olmasını kamu düzenine aykırılık olarak kabul etmemektedir⁸⁹. Diğer

87 Yargıtay 9 HD 1621/7890, 06.07.1992 (Yargıtay Kararları Dergisi, 1993, s. 208-209). Eleştiriler için bkz. Doğan (n 56) 132-133; Tarman (n 13) 545; Yargıtay 9 HD 31301/30289, 25.10.2010 Kararın eleştirisi için bkz. Erdoğan, Erdoğan (n 77) 981 vd.

88 Yargıtay 9 HD 5617/16556, 24.11.2020. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 9 HD 2790/9788, 01.06.2021; Yargıtay 9 HD 9190/14139, 12.10.202

89 Bkz. Akyiğit (n 3) 94; Baycık (n 3) 119. İşçiye işin devamı sırasında telafi edici destekler sağlanması halinde kıdem tazminatının hiç düzenlenmemiş olmasının so-

ğuşa göre ise kıdem tazminatının hiç düzenlenmemiş olması kamu düzenine aykırıdır⁹⁰.

Yukarıda da belirtildiği üzere Yargıtay iş ve sosyal güvenlik hukukunun kamusal tarafı ve emrediciliği nedeniyle kamu düzenini dikkate alarak Türk hukukunu uygulamıştır. MÖHUK m. 5'te öngörülen kamu düzeni istisnasının uygulanması öncelikle uygulanacak yabancı hukukun tespitini gerektirmektedir. Yabancı hukukun tespiti meselesi de MÖHUK m. 1(1) uyarınca içinde yabancılık unsuru bulunan özel hukuk ilişkilerine ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla bulunmasının bir sonucudur. Bir başka ifadeyle bireysel iş sözleşmeleri ve iş ilişkilerinden doğan uyumsuzluklarda uygulanacak hukuk yabancı bir hukuk ise, bu hukukun uygulanması Türk iş hukukunun temel prensiplerine aykırı olduğunda yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilip Türk hukukuna göre karar verilir. Bununla birlikte özel hukuk ilişkisi olmayan sosyal güvenlik hukukunda Türk maddi normları, kapsama alanına giren işçi işveren ilişkilerinde uygulanacaktır. Bu durum kanunlar ihtilafı meselesi değil, kamu hukukunun uygulama alanıdır⁹¹.

Bu noktada doğrudan uygulanan kurallarla kamu düzeninin uygulama alanının sınırının tespiti önem arz etmektedir. Günümüz milletlerarası özel hukuk kanunlarında bu iki kavram ayrı olarak düzenlenmiştir⁹². Dolayısıyla mutata işyerinin Türkiye olduğu bir uyumsuzlukta Türk iş hukukunun

mut olayda kamu düzenine aykırılık oluşturamayabileceği konusunda bkz. Özdemir-Kocasakal (n 68) 67. Yabancı hukukun daha az kıdem tazminatı öngörmesinin kamu düzenine aykırı olmadığı yönünde bkz. Elçin (n 10) 204-205.

90 Erdoğan, Erdoğan (n 79) 982. Doğan hukuki niteliği konusunda görüş birliği bulunmayan bir kurum hakkında kamu düzeni müdahalesinin kabul edilmesini doğru bulmamakla beraber, yabancı hukukta kıdem tazminatının hiç düzenlenmemiş olmasını kamu düzeni istisnası için uygun görmektedir. Bkz (n 56) 133.

91 Örneğin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun kimlerin sosyal güvenlik şemsiyesi altında olduğunu, bu haklardan yararlanma şartları ve finansman yöntemlerini belirlemektedir. Kanun kapsama alanındaki herkese uygulanmaktadır.

92 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 136 vd.

müdahaleci kuralları yabancı hukuka bakılmaksızın uygulanacaktır. Ancak işyerinin yabancı bir ülke olduğu ve esasa uygulanacak hukukun yabancı hukuk olduğu uyuşmazlıklarda Türk iş hukukunun doğrudan uygulanan kuralları da emredici kuralları da uygulanmayacaktır. Ancak bu kuralların altında yatan temel siyasa, bir başka ifadeyle Türk iş hukukunun vazgeçilmez temel prensipleri Türk kamu düzeni anlayışını göstermektedir ve yabancı hukuk bu temel prensiplere aykırı ise Türk kamu düzenine aykırılık devreye girecektir. Bu durumda Türk maddi normları doğrudan uyuşmazlığın çözümünde rol oynamamaktadır. Yabancı hukuk bu normların yansıttığı kamu düzenine aykırı olduğu için uygulanmamakta, uyuşmazlık Türk hukukuna göre çözümlenmektedir.

Kanaatimizce kıdem tazminatı⁹³, iş güvenliği ve Anayasa m. 50'de yer alan çalışma şartları ve dinlenme hakkı ile ilgili temel prensipler Türk kamu düzeninin kapsamını oluşturmaktadır. İşçiyi bu bağlamda daha az himaye eden yabancı hukuk Türk kamu düzenine aykırıdır. Ancak bu değerlendirmenin yapılabilmesi için somut olayda yabancı hukukun uygulanması bir bütün olarak ele alınmalı ve Türk emredici kurallarının yansıttığı temel prensiplerin ihlal edilip edilmediğine bakılmalıdır.

Sonuç

Bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk zayıf taraf olan işçinin korunması amacıyla MÖHUK m. 27'de özel olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda en önemli farklılık işçi lehine yapılan sınırlı hukuk seçimidir. İş sözleşmelerine uygulanacak hukuku gösteren objektif bağlama kuralı olarak tespit edilen mutat işyeri hukukunda yer alan işçiyi koruyucu hükümler taraf iradesiyle bertaraf edilemeyecektir. Buna karşılık işçiyi daha yüksek standartta koruyan hukukun seçimine izin verilmiştir.

93 4857 sayılı İş Kanunu'nda kıdem tazminatına ilişkin bir düzenleme yapılmamış; kıdem tazminatı fonu kurulması öngörülmüştür (Geçici madde 6). Kıdem tazminatı fonuna ilişkin kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. Maddesinde düzenlenen kıdem tazminatı hakları saklı tutulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 14) 669 vd.

Mutat işyeri hukukuna kıyasla ilişkiyle daha sıkı bağlantılı başka bir hukukun bulunması halinde ise hâkim MÖHUK m. 27(4) gereği mutat işyeri hukukundan vazgeçerek daha sıkı ilişkili hukuku uygulayabilecektir. Hâkimin takdir hakkını da işçi lehine kullanması kabul edilmektedir.

Her iki tarafın Türk olması, Türkiye'de yerleşik ya da mutat meskene sahip olması, sözleşmenin Türkçe düzenlenmesi, mutat işyerinin yurt dışı olduğu iş sözleşmelerinde daha sıkı bağlantının Türk hukuku ile kurulmasına yeterli olacaktır. Bu itibarla Türkiye İş Kurumu tarafından matbu olarak hazırlanan ve taraflarca imzalanarak Kurumun onayına sunulan yurt dışı hizmet akitlerinde uygulanacak hukuk MÖHUK m 27(2) gereği mutat işyeri olan çalışılan ülke hukuku olmakla birlikte; MÖHUK m. 27(4) gereği daha sıkı bağlantılı hukuk olarak Türk hukukun uygulanması imkânı ortaya çıkmaktadır.

Yurt dışı hizmet akitlerinde yer alan belirli konularda çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağına ilişkin hükümler doktrinde hukuk seçimi olarak nitelendirilmekte ve genel işlem koşullarıyla yapılan bu seçimin hukuken geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Bize göre akitlerde yer alan çalışılan ülke hukuku mevzuatına yapılan göndermeler bir hukuk seçimi sözleşmesi değil, ilgili mevzuatın içkinleştirme (*incorporation*) yoluyla akte dahil edilmesidir. Bir başka ifadeyle bu hükümler bir sözleşme hükmü olarak uygulanacak hukuk çerçevesinde değerlendirilecektir.

Yurt dışı hizmet akdinde belirli konularda çalışılan ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin hükümleri hukuk seçimi olarak gören görüş, bu seçimin aslında objektif olarak uygulanacak hukuku işaret ettiğini; hukuk seçimi olmadığında zaten uygulanacak hukukun mutat işyeri hukuku olduğunu savunmaktadır. Oysa iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin en önemli işlevi MÖHUK m. 27(4) gereği daha sıkı bağlantılı hukukun uygulanmasını engellemektir. Dolayısıyla mutat işyeri lehine bir hukuk seçimi varsa, en sıkı bağlantılı hukuk olarak Türk hukukunun uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu itibarla matbu formda düzenlenen yurt dışı hizmet akdinde geçerli bir hukuk seçiminin yapıp yapılmadığı meselesi büyük önem arz etmektedir.

Yurt dışı hizmet akitleri genel işlem koşulları niteliğindedir ve yapılan bir hukuk seçimi klotunun geçerliliği de genel işlem koşulları ile hukuk seçimi yapılabilmesinin şartlarına bağlıdır. Ancak öncelikle hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliğinin *lex fori* Türk hukukuna tâbi olduğu vurgulanmalıdır. Kanaatimizce MÖHUK m. 32(1) uyarınca sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığının ve maddi geçerliliğinin sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbi olması kuralı gereği seçilen hukukun hukuk seçimi sözleşmesine uygulanması MÖHUK m. 24 çerçevesinde yapılan bir hukuk seçimi için geçerlidir. MÖHUK'ta hukuk seçimine sınırlama (m. 26, 27) ve yasaklama (m. 25) getirildiği durumda, hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliğine seçilen hukuk uygulanamaz. Seçim sözleşmesinin geçerliliği doğrudan Türk hukukuna tâbidir. Bu itibarla genel işlem koşullarıyla yapılan bir sözleşmede yer alan hukuk seçimi klotunun geçerliliği TBK m. 21-25'e göre belirlenecektir.

Yurt dışı hizmet akitleri m. 3'te işverenin bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre işveren çalışma koşulları, ücret, fazla çalışma süresi ve ücreti, tatillere ilişkin koşulları açıklayan bir belgeyi işçiye vermek ve imzalı nüshayı Kuruma sunmak zorundadır. Dolayısıyla işverenin bilgi verme yükümlülüğünün kapsamına giren hususlarda yabancı hukukun uygulanması öngörülmüşse bu hususun açıkça işçiye bildirilmesi gerekmektedir. Ancak bu bilgilendirme neticesi işçi yurt dışı hizmet akdini imzalarsa genel işlem koşuluyla hukuk seçimi yapılmış olur. Bir başka ifadeyle yabancı hukukun içeriği bilinmeden salt yabancı hukukun uygulanacağını belirlendiği genel işlem koşullarının imzalanması taraflar arasında geçerli bir hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı anlamına gelmemektedir. Yurt dışı hizmet akdi m. 3'teki bilgi verme yükümlülüğünün ihlalinin sonucu hukuk seçimi klotlarının yazılmamasıdır.

Dolayısıyla yurt dışı hizmet akülerinde çalışılan ülke hukuku lehine getirilen klotlar Türk hukukuna göre geçerli bir hukuk seçimi anlaşması değildir. Biz getirilen hükümlerin teknik anlamda hukuk seçimi değil, sözleşme hükmü olduğunu

savunmaktayız. Bu durumda uygulanacak hukuk mutat işyeri hukukuna veya en sıkı bağlantılı hukuk olarak Türk hukukuna göre belirlenecektir. Bu sözleşme hükümlerinin geçerliliği de uygulanacak hukuka göre tespit edilecektir. Bizatihi yurt dışı hizmet akdinde işverene getirilen bilgi verme yükümlülüğünün ihlali, bu yükümlülüğün yerine getirilmediği durumda çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağına ilişkin hükümlerin de artık yazılmamış sayılmasına yol açacaktır.

Yurt dışı hizmet akdinde hukuk seçiminin yapılmamış sayılmasının sonucu uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 27(2) gereği mutat işyeri hukukudur. Ancak tarafların Türk olması, Türkiye'de ikamet etmesi veya mutat meskene sahip olması, yurt dışı hizmet akdinin Türkiye İş Kurumu tarafından Türkçe olarak hazırlanması, işçinin Türk sosyal güvenlik şemsiyesi altında olması, ücretin Türkiye'de harcanması, davanın Türkiye'de açılması ilişkinin Türk hukukuyla yakın bağlantısını ortaya koymaktadır. Bu itibarla Türk hukuku daha sıkı ilişkili hukuk olarak uygulama imkânına sahiptir. Sıkı bağlantılı hukukun işçi yararına ancak mutat işyeri hukukundan daha elverişli hükümler getiriyorsa uygulanması yaklaşımı karşısında kanaatimizce somut olayın özelliklerine bakılmalıdır. Mutat işyeri hukuku kolay erişilemeyen bir ülke hukuku ise ve işçi mutat işyeri hukukunun işçi lehine hükümlerini gösterecek o hukukun uygulanması istememişse, kıyaslama yapmak için para ve zaman harcamaya gerek olmadan Türk hukukuna göre hüküm verilmesi yerinde olacaktır. Zira MÖHUK m. 27(4) böyle bir kıyası zorunlu görmemekte, hâkime daha sıkı ilişkili hukuku uygulama konusunda takdir hakkı vermektedir. Bu itibarla işçinin, mutat işyeri hukukunun işçi lehine düzenlemesinin uygulanması konusunda bir talebi olmadığı sürece en sıkı ilişkili hukukun Türk hukuku olduğu durumlarda bu hukukun uygulanması yerinde olacaktır.

En sıkı ilişkili hukuk olarak Türk hukuku uygulansa da mutat işyeri hukuku MÖHUK m. 31 ve 33 çerçevesinde dikkate alınacaktır. Mutat işyeri hukuku yurt dışı hizmet akülerinde, sözleşmeyle sıkı ilişkili 3. ülke konumundadır ve bu ülkenin doğrudan uygulanan kuralları maddi vakıa olarak dikkate

alınabilecektir. Aynı şekilde ifanın gerçekleşme biçiminde de mutat işyeri hukuku hükümleri MÖHUK m. 33 gereği dikkate alınacaktır.

Yargıtay kararlarında doğrudan uygulanan kuralları ve kamu düzeni iş sözleşmelerinde doğrudan Türk hukukunun uygulanmasının gerekçesini oluşturmuştur. MÖHUK m. 6 gereği esasa uygulanacak hukuk ne olursa olsun Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının iş sözleşmelerine hâkim olabilmesi için, mutat işyerinin Türkiye’de olması gerekmektedir. Bu itibarla yurt dışı hizmet akülerinde mutat işyeri yurt dışında olduğu için Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ilişkiye bu gerekçe ile uygulanamaz.

Buna karşılık mutat işyerinin Türkiye olduğu iş sözleşmelerinde taraflar yabancı bir hukuk seçse veya ilişkiye daha sıkı bağlantılı hukuk olarak yabancı hukukun uygulanması kabul edilse bile MÖHUK m. 6 gereği Türk iş hukukunun doğrudan uygulanan kuralları uygulanacaktır.

Doğrudan uygulanan kurallar tarafların aksine sözleşme yapamayacağı ve devletin siyasi, sosyal ve ekonomik yapısını koruyan kurallardır. Bu itibarla işçi lehine nisbi emredici kurallar doğrudan uygulanan kural değildir. Ancak bu kuralların işaret ettiği asgari koruma Türk hukukunun temel değerlerini ve siyasasını göstermektedir ve Türk kamu düzeni anlayışını yansıtmaktadır.

Doğrudan uygulanan kurallar ile kamu hukukunun uygulama alanı birbirine karıştırılmamalıdır. Doğrudan uygulanan kurallar kamu hukuku karakteri taşımakla beraber etkilerini özel hukukta doğurmaktadır. Buna karşılık özel hukukla ilgili olmayan, tümüyle kamu hukuku kapsamındaki kurallar içinde yabancılik unsuru olsun olmasın kendi kapsama alanını belirler ve buna ilişkin her durumda uygulanır. Bu kuralların uygulanma gerekçesi MÖHUK m. 6 değildir. Uyuşmazlık bir özel hukuk uyuşmazlığı olmadığında MÖHUK devreye girmektedir. Bu itibarla toplu iş hukuku veya sosyal güvenlik şemsiyesi ile ilgili kurallar doğrudan uygulanan kural olarak değil, Türk kamu hukuku kınalı olarak ilgili alanlarda uygulanır.

Doğrudan uygulanan kurallar ile karıştırılan kamu düzeni kavramı ise MÖHUK m. 5’te düzenlenmiştir. Buna göre esasa uygulanacak yabancı hukuk Türk hukukunun anayasal temel değerlerine, adalet anlayışını gösteren hukuk prensiplerine, ekonomik rejimine ve sosyal hukuk devleti olarak benimsediği temel siyasaya aykırı ise uygulanmayacaktır.

İş güvenliği, kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin, fazla mesai, tatil alacaklarına ilişkin hükümler Türk iş hukukunun temel değerlerini oluşturulmaktadır. Bu değerleri kabul etmeyen ya da Türk hukukundaki standartlardan daha aşağı düzenleme getiren yabancı hukuk Türk kamu düzenine aykırıdır.

Hakem Değerlendirmesi: **Dış bağımsız.**

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliography/Bibliyografya

Akyiğit E, ‘Türk İşverenlerin Yabancı Ülkelerdeki İşlerde Türk İşçi Çalıştırmalarının İş Hukuku ve MÖHUK Açısından Değerlendirilmesi’ in *Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları* (İntes Yayınları 2017).

Aygül M, ‘Yabancı Unsurlu İş Hukuku İhtilaftan ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi’in Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl (eds), *10. Yılında MÖHUK Sempozyumu, 7-8 Aralık 2017* (Adalet 2018) 525-545.

Aygül M and Uşan F, İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye’de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler için Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi? (2007) 3 *Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi* 75.

Aygül M and Çoban N, ‘Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutat İşyerinin Tespiti (2020) 15(16) *Terazi Hukuk Dergisi* 1815-1832.

Aygül M and Erdoğan C, ‘Türkiye İş Kurumu Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akülerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği (2020) 2 *Yıldırım Beyazıt*

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı 753-788.

Baycık G, ‘Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen Türk İşçilerin Açtığı Davalarda Uygulanacak Hukuk’un *Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları* (İntes Yayınları 2017).

Bogdan M, ‘Private International Law As Competent of the Law of Forum’ (2011) 348 *Recueil des cours*.

Cheshire/North/Fawcett, *Private International Law* (Oxford University Press 2017).

Czerwinski M, ‘The Law Applicable to Employment Contracts Under the Rome I-Regulation’ (2015) *Adam Mickiewicz University Law Review*, 147-162.

Çalışkan Y, Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri (Beta 2014).

Çelik N, Caniklioğlu N, Canpolat T and Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (Beta 2022).

Çelikel A and Erdem, B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Beta 2021). Demir-Gökyayla C, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri* (Vedat Kitapçılık 2013).

Demirkol B, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Vedat Kitapçılık 2011).

Demirkol B, ‘Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tablam Anlaşmalarının Hüküm Doğurması’ (2020) 40 (2/II) *Public and Private International Law Bulletin* 1313-1350. Doğan V, ‘5718 Sayılı Kanıma Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti’ (2007) XI (1-2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 147-164.

Doğan V, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti (Yetkin 1996).

Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Savaş 2022).

Elçin D, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk* (Adalet 2012).

Erdoğan E and Erdoğan C, ‘Türkiye’den Yurt Dışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi’ (2016) 13(50) *Legal İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 955-988.

Erkan M, ‘Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukim Tatbiki: Olan vs Olması Gereken’ in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak and Cansu Kaya (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir 21-22 Nisan 2016* (Yetkin 2016) 543-558.

Erkan M, ‘MÖHUK m. 31 Bağlanımda Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanın Kurallara Bakış’ (2011) 15(2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 81-121.

Erten, R, ‘Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşı İşçilerin Türkiye’de Açtıkları İşçi Alacaklarına Dair Davalarda

Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri’ Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan (Yetkin 2022) 213-262.

Grusic U, *The European Private International Law of Employment* (Cambridge University Press 2015).

Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 2021).

Güvere in-Ş allan A, ‘5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti’ (2018) 2 *Public and Private International Law Bulletin* 441-479.

Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (Beta 2021).

Özel S, ‘Sözleşmesel İlişkide Yabancılik Unsuru ve Hukuk Seçimi’in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak and Cansu Kaya (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin 2016).

Özel S, ‘Yabancılik Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi: MÖHUK m. 44’ (2019) 14 (179-180) *Balıçşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1351-1382.

Özel S, Erkan, M, Pürselim, H.S and Karaca, H. A, *Milletlerarası Özel Hukuk* (On İki Levha 2022).

Özdemir-Kocasakal H, ‘Doğrudan Uygulanın Kurallar’ın Feriha Bilge Tanrıbilir and Gülce Gümüşlü Tımçağıl (eds), *10. Yılında MÖHUK Sempozyumu, 7-8 Aralık 2017* (Adalet 2018) 49-88.

Özgenç Z, ‘Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi Anlaşmasının Geçerliliği’ in Zeynep Derya Darman (ed), *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı* (On İki Levha 2018) 389-434.

Pürselim-Aming H.S, İş İlişkisi Kapsamında Rekabet Yasağı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk (On İki Levha 2022).

Sarıöz-Büyükalp İ, ‘Mutat İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3’ün Uygulanması Sorunu’ (2018) 8(2) *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 195-248.

Şanlı C, Esen E, and Ataman-Figamneşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Beta 2021).

Tannan ZD, ‘Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk’ (2010) 59(3) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 521-550.

Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat Kitapçılık 2020).

Uyanık-Çavuşoğlu A, ‘Bireysel İş ihtilaflarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi’ (2011) *İş Dünyası ve Hukuk* () 959-990.

Vural-Çelenk B, ‘Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanın Kurallarının Tespiti ve Uygulanması (2017) 3(1) *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 277-296. Yöney C, Yabancı Hukukun Uygulanması (On İki Levha 2018).



Yapay Zekâ ve Hukuk

Dr. Birol KIRMAZ

Adalet Bakanlığı Yüksek Müşaviri

GİRİŞ

Yapay zekâ kulağımıza aşına bir kavram olsa da aslında çok bilinmeyenli bir denklem gibidir. Sözgeçlimi güncel sohbetlerde yapay zekâ teknolojisi gündeme geldiğinde herkesin söyleyecek bir sözü vardır ama dile getirilen her cümlemin içeriğinde hepimizi hayrete düşüren daha bilmediğimiz nice örneklerine şahit oluruz. Gerçekten de eğitimden finansa, turizmden sanayiye, tarımdan sağlığa, güvenlik sistemlerinden doğal kaynakların yönetimine, sosyal medyadan seçim stratejilerine, pazarlama tekniklerinden uzay araştırmalarına ve elbette hukuk alanına kadar pek çok sektör yapay zekâ kavramı ile tanıştı ve tanışmaya devam ediyor.

Bu çalışmada gerek günümüzde gerekse de gelecekte en etkin araştırma alanlarından biri kabul edilen yapay zekânın, multidisipliner (felsefe, mantık, biyoloji, psikoloji, istatistik ve mühendislik) teorisi ve sınır tanımayan ultra dinamik uygulama alanı nedeniyle öncelikle kavramsal tanımı çerçevesinde tarihsel gelişimi ve sosyolojik boyutları teoride ve tatbikatta ele alınmış ve nihayet yayım amacı ve hedef kitle doğrultusunda hukuk alanındaki güncel meseleler ve yaklaşımlar değerlendirilmiştir. Tüm dünyada yapay zekâ şirketlerinin en

büyük ilgi alanı olan ve yüksek bütçelerle çalışmalar yaptıkları bilinen etik ilkeler (kodlar) konusuna -kapsamı ve önemi itibarıyla ayrı bir makalede değerlendirilmesi düşünüldüğünden- ayrıntılı yer verilmemiş ve ilgili uluslararası hukuki belgelerin bahsiyle yetinilmiştir.

Bilgi çağından dijital çağa evrilen süreçte kendisine yüklenen misyonun farkındaymış gibi baş döndürücü gelişim hızıyla her gün insanlığı şaşırtmaya devam eden yapay zekâ uygulamalarını sınırlı bir platformda aktarmak zor görünse de çok kısa bir gelecekte yaşamımızın her alanına nüfuz edecek bir teknolojiyi ana hatlarıyla bile olsa hukuk perspektifinde tanımanın önemi izahtan varestedir.

I. GENEL OLARAK

A. Kavram

Kısaca yapay zekâ, karmaşık şeyleri algılayarak uygun kararlar verme olarak tanımlanabilir.¹ Kapsayıcı bir tanımda ise yapay zekâ, dış dünyayı analiz edip çevresine uyum sağlayabilen, bu analizi anlamlandırabilen, belli düzeyde otonom, kendi kendine

¹ ONAY, Alay; “Yapay Zekâ Örneği Olarak Black Mirror Dizisi Metal Kafa Bölümünün İncelenmesi”, Yeni Medya Elektronik Dergi, Y.2018, C.2, S.3, s.123.

öğrenebilen, fiziksel veya sanal olarak mevcut ve tüm bu girdileri hedefine ulaşmak için kullanılabilen bir sistemdir.² Bir başka açıdan ise insana özgü problem çözme yeteneğine sahip, insanların yapabildiklerini taklit edebilen makinelere yapay zekâ denir.³ Nihayet yapay zekâyı, sözel ve sayısal analizlerle olasılık hesaplayarak riskleri mükemmele yakın sonuçlarla ortaya koyabilen sistem harikası olarak tanımlamak mümkündür.

Bu cümleden akıl ve zekâyı birbirinden ayırt etmek gerekir. Düşünme, anlama, idrak ve muhakeme ederek karar ve önlem alma yeteneği anlamındaki akıl, genetik ve çevresel etkileşim ve toplumsal tepkimelerle hayat boyu kendini geliştiren ve yenileyen dinamik yapısı nedeniyle teknolojik olarak taklit edilemezken; algılanan vakaları gözlemleyip analiz ve muhakeme ederek dikkat ve düşünceyi yoğunlaştırmak suretiyle sonuca varma yeteneği olan zekânın yazılım ya da “tümleşik yonga”larla taklidi yapay zekâ olarak isimlendirilmiştir.⁴

Yapay zekâyı konumlandırmak gerekirse, bilginin elde edilmesi, algılanması, tepki/karar verme, düşünme gibi insana ait zihinsel durumlarla bilgisayarların yahut makinelerin donatılmasına ilişkin bilgisayar bilimi dalı olarak ifade edilebilir.⁵ Öte yandan yapay zekâyı, insana özgü karakteristik özellikleri havi akıllı sistemleri inceleyen bilgisayar biliminin alt dalı⁶ ya da insan aklının nasıl çalıştığını göstermeye çalışan bir kuram⁷ olarak açıklamak da mümkündür.

Başka bir ifadeyle ise yapay zekâ, yalnızca bir konuda uzmanlaşabilen “dar yapay zekâ”, fikir yürüten, çözüm üreten, planlama yapma ve kompleks

düşünme yetilerini haiz “genel yapay zekâ” ve beşeri zekânın çok üzerinde bir zekâyı sahip “süper yapay zekâ” olarak sınıflandırılabilir.⁸

Yapay zekânın alt alanları, makine öğrenmesi⁹, sürü zekâsı, sibernetik ve robotik olarak adlandırılmakta; çözüm yaklaşımları ise tahmin - teşhis, örüntü tanıma, kontrol ve optimizasyon, tanıma - tanımlama, türetme - bilgi keşfi, karar verme ve yorumlama olarak sıralanmaktadır.¹⁰

B. Tarihsel Perspektif

Yapay zekâ fikrinin ilk olarak R. Descartes tarafından 1600’larda bir robotun sorulan sorulara tutarlı cevap verip veremeyeceğini sorarak dile getirildiği ileri sürülmüştür.¹¹

Ama yapay zekâ arayışlarını çok daha eskilerde sorgulamak gerekirse; M.S. 1. yüzyılda yaşayan İskenderiyeli Heron’un icadı hava basıncıyla çalışan otomatik kapı, 13. yüzyılda E. El Cezeri tarafından yapılan su ve mekanik parçalarla çalışan otomatik abdest alma / ikramda bulunma / kurulama makinesi, 17. yüzyılda W. Schickard’ın icat ettiği ilk mekanik hesap makinesi, 18. yüzyılın ortalarında J. De Vaucanson’un mucidi olduğu flütle melodi çalabilen otomat ve 1940’larda Shannon’un tasarımı labirent çözebilen fare ilginç örnekler olarak gösterilebilir.¹²

Yine Aristoteles’in tasım adını verdiği usamlama biçimi, Stanphope’un mantık makinesi, Skinner’in pekiştirmeli öğrenme yöntemi ve Walter’in eylem yapan makinesi, W. Clark ve B. Farley’in yazdıkları makaleler ile ilk sinir ağlarının kullanımı, R. Kirsch’in oğlunun fotoğrafıyla oluşturduğu ilk dijital

² VARKONYİ GÜLTEKİN, Gizem; “Yapay Zekâ, Robotlar ve Kişisel Verileri Koruma Hukuku Üzerine” https://www.academia.edu/38360291/Yapay_Zekâ_Robotlar_ve_Ki%C5%9Fisel_Veriler_%C3%9Czerine (31 Ekim 2021)

³ KARA KILIÇARSLAN, Seda; “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y.2019, S. 2, s.394.

⁴ ELMAS, Çetin; Yapay Zekâ Uygulamaları, Tamamen Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2018.

⁵ ONAY, s.125.

⁶ KARA KILIÇARSLAN, s.394.

⁷ PİRİM, Harun; “Yapay Zekâ”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Y.2006, C.1, S.1, s.84.

⁸ KARA KILIÇARSLAN, s.395; geniş bilgi için bkz. ÜNSAL, Burçak; “Yapay Zekâ, Robotlar, Hukuki Düzenlemeler”, İstanbul Barosu Dergisi, Y.2019, C.93, S.4, s.66.

⁹ Alt dalı derin öğrenme olarak ifade edilmektedir.

¹⁰ Geniş bilgi için bkz. KÖSE, Umut; “Yapay Zekâ Etiği Çerçevesinde Geleceğin İşletmeleri: Dönüşüm ve Paradigma Değişiklikleri”, Mühendislik Bilimleri ve Tasarım Dergisi, Y.2020, C.8, S.5. s.292-295.

¹¹ YANTAÇ, Cavit - FALCIOĞLU, Mete Özgür; “Yapay Zekâ, İnsan ve Hukuk”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2020, C.6, S.11, s.33.

¹² KUŞÇU, Erkan; “Çeviride Yapay Zekâ Uygulamaları”, Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Dergisi, Y.2015, S.30, s.47-48.

fotoğraf ve ardından kapsamı genişletilerek ortaya konulan istatistik yöntemleri ile örüntü tanıma uygulamasının hava keşiflerinde kullanılması ve nihayet A. Newell ve H.A. Simon'ın simgesel mantıkta teorem ispatlamaya yardımcı bir makine icat etmesi yapay zekânın bugünlere gelmesinde önemli yapı taşlarıdır.¹³

Ancak A. Turing'in 1950 yılında yayınladığı "Bilgi İşlem Makineleri ve Zekâ"¹⁴ adlı makalesi ile "Makineler Düşünebilir mi?" sorusunu sorarak başlattığı tartışma ve insanlarla iletişim kurabilecek bir makine tasarımı amacıyla geliştirdiği ve "Turing Testi" adını verdiği test tam bir dönüm noktasıdır. Bu testte A. Turing, bir insan, bir makine ve bir sorgulayıcıyı ayrı yerlere koyar. Sorgulayıcı, makine ve insanı göremez ve duymaz; bir ekran vasıtasıyla yazılı iletişim kurarak sorduğu sorularla hangisinin makine, hangisinin insan olduğunu tespiti çalışır. Programa göre eğer sorgulayıcı bunu anlayamazsa makine testi geçer ve insanlar kadar kavrama yeteneğinin olduğu varsayılır.¹⁵

1950'li yıllarda C. Shannon ve A. Newell tarafından geliştirilen satranç programlarıyla yapay zekâ çalışmaları hız kazandı. Aynı yıllarda otomatik çeviri programları yapılmaya başlandı.¹⁶ Ama yapay zekâ kavramı ilk olarak 1956 yılında gerçekleştirilen bir seminerde, J. McCarthy, M. Minsky, N. Rochester ve C. Shannon'un "Yapay Zekânın İki Aylık ve On Kişilik Araştırması" başlıklı sunumunda gündeme geldi.¹⁷

Öte yandan J. McCarthy 1965 yılında ilk yapay zekâ laboratuvarını kurdu. Aynı yıl D. Michie de bir yapay zekâ laboratuvarı kurarak SOS oynayabilen bir düzenek icat etti; bu bilgisayar teknolojisinde pekiştirmeli öğrenmenin ilk örneğidir.¹⁸

1960'larda CIA destekli ilk yüz tanıma becerisine sahip teknikler geliştirildi; 1970'lerde ise bu

görüntülerdeki yüzlerin özelliklerini sezerek insanı tanıyarak ayırt etmesi için bir program yazıldı.¹⁹

1952-1962 yıllarında J. McCarthy'nin danışmanlığını yaptığı öğrenciler satranç oynama yeteneğini haiz bir program yapmayı başardı. Aynı yıllarda Moskova'da G. Adelson – Velskiy bir satranç programı geliştirdi ve 1967 yılında bilgisayarın bilgisayara karşı mücadele ettiği ilk satranç müsabakası gerçekleştirildi. Maç berabere bitti. Aynı yıl Nisan ayında ise ilk kez bir bilgisayar programı insana karşı satranç oynadı. Bu program, ABD satranç Federasyonu ve Massachusetts Satranç Birliği'nin fahri üyesi seçildi.²⁰

1989 senesinde D. Pomerlau sinir ağlarını bir karavanın tasarımında kullanarak tepesine yerleştirilmiş kameralarla düşük çözünürlüklü imgeyi yol bilgisine dönüştüren ALVINN²¹ adını verdiği ilk otonom arabayı geliştirdi.²²

Yine 1997'de Deep Blue'nun Dünya Satranç Şampiyonu G. Kasparov'u mağlup etmesi²³, 2016'da gündelik, esprili sohbetler yapmak amacıyla üretilen TAY sohbet programının çok kısa sürede küfür eden, ırkçı ve cinsiyetçi bir serseriye dönüşmesi²⁴ ve 2017 Baharında tüm insan oyuncularını Go oyununda geride bırakan AlphaGo'nun, aynı yılın Ekim ayında, sadece oyunun hamle ve kazanma gibi kural bilgileriyle donatılan ve kırk günde kendi kendini geliştirerek kendini yenecek duruma gelen üst versiyon AlphaGo Zero'ya yerini bırakması²⁵ yapay zekânın gelişimi sürecinde çarpıcı örnekler olarak göze çarpmaktadır. Bu cümleden AlphaGo'nun, Mart 2016'da Güney Koreli Dünya Go Şampiyonuyla yaptığı müsabakada 2. oyundaki 37. hamlesi

19 ESEN, s.309.

20 ESEN, s.310.

21 Autonomous Land Vehicle in Neural Network

22 ESEN, s.311.

23 https://tr.wikipedia.org/wiki/Deep_Blue (30 Ekim 2021)

24 https://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/03/160322_tay_chatbot_microsoft_kufur (30 Ekim 2021); <https://listelist.com/microsoft-yapay-zekâ> (30 Ekim 2021); <https://bigumigu.com/haber/microsofttan-insanlarin-irkciligi-ogrettigi-yapay-zekâsi-taye-uslu-ikiz-zo> (30 Ekim 2021)

25 <https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/yapay-zekâ-alphagonun-yeni-versiyonu-orijinal-programi-yendi-/941561> (30 Ekim 2021)

ile yüz yıldır muhafaza edilen bir bilgeliği yıkarak tarihte en iyi araştırılmış bir oyun hakkında tamamen yeni bir bilgi öğrettiğinin tespitini de belirtmek gerekir.²⁶

2016 yılında Baker&Hostetler Hukuk Firması bir yapay zekâyı işe başlatırken²⁷, 2020 yılında pandemi nedeniyle iptal edilen yarışma nedeniyle düzenlenen yapay zekâ merkezli gayri resmi Eurovision Şarkı Yarışmasını Avustralya kazandı.²⁸

Günümüzde ise yapay zekâlara hayal gücü eklenerek yaptıkları hareketler üzerine düşünebilmeleri ve muhakeme yeteneği kazanmalarının sağlandığı ve Birleşmiş Milletler Geliştirme Programının ilk insan olmayan Buluş Şampiyonu²⁹ robot Sophia'nın³⁰ söylenenleri anlayarak cevap verebildiği bilinmektedir.³¹

Ülkemiz yapay zekâ tarihi açısından ise dünyaca ünlü matematikçi Cahit Arf tarafından Atatürk Üniversitesi'nde verilen "Makine Düşünebilir mi ve Nasıl Düşünebilir" başlıklı sunum büyük önem arz etmektedir.³²

Son olarak J. Searle'nin bilgisayarların düşünemediğini göstermek için "Çin Odası Deneyi" ismiyle bilinen bir düşünce deneyi tasarladığını söylemeden geçmemek gerekir.³³

C. Sosyolojik Analiz

Yapılan araştırmalara göre, 2030 senesine kadar potansiyel verimlilik artışının yüzde 60'ının dijital teknolojik alanda yaşanacağı ileri sürülmektedir. Ezcümle Dünya genelinde mevcut teknolojiler,

26 EBERS, Martin; "Yapay Zekâ İçin Sözleşmeden kaynaklanmayan Sorumluluk", (Çev. Zehra Başer Doğan), s.4, <https://www.jurx.com.tr/artcle/19523> (31 Ekim 2021)

27 VARKONYI, (31 Ekim 2021)

28 <https://www.webtekno.com/ilk-yapay-zekâ-eurovision-sarki-yarismasi-h92325.html> (31 Ekim 2021)

29 Innovation Champion

30 Robot Sophia'ya Suudi Arabistan tarafından vatandaşlık verildiği ileri sürülmüştür.

31 YALÇIN KAYIKÇI, Meltem - KUTLUK BOZKURT, Aysegül; "Dijital Çağda Z ve Alpha Kuşağı, Yapay Zekâ Uygulamaları ve Turizme Yansımaları", Sosyal Bilimler Metinleri, Y.2018, S.1, s.59; ÜNSAL, s.67-68.

32 <https://www.mbkaya.com/hukuk/cahit-arf-makine-dusunebilir-mi-orjinal.pdf> (14 Kasım 2021)

33 Bkz. PİRİM, s.90-91; ESEN, s.310-311.

işlerin %50'sinin otomasyonla yapılmasına imkan sağlamaktadır. Ülkemizde ise mevcut teknolojilerle her on meslekten altısı %30 gibi bir oranda otomasyona uygundur.³⁴ Buna göre dijitalleşmenin etkisiyle 7,6 milyon işin yok olarak yeni işlere dönüşebileceği ve 2030'lara kadar 8,9 milyon yeni işin oluşabileceği; yine tamamı yeni 1,8 milyon iş yaratılabileceği de iddia edilmektedir.³⁵

Fütüristler gelecek kuşakların yapabileceği meslek dallarını gen terapistliği, holoportasyon³⁶ uzmanlığı, robot veterinerliği, etik hackerlık, duygu tasarımcılığı ve rüya gerçekleştiriciliği olarak öngörmektedir.³⁷ Yine yapay zekânın denetimi ve kontrollü gelişimini sağlama kapsamında yapay zekâ mühendisliği, öğrenme tasarımcılığı, yapay zekâ güvenlik mühendisliği gibi mesleklerin cazip hâle geleceği öne sürülmektedir.³⁸

Bunların haricinde sosyal medya kullanımında yapay zekâ ürkütücü bir hâl almaktadır. Ezcümle yapay zekâ algoritmaları marifetiyle sosyal medya kullanıcılarının ırkının, dininin, cinsel yöneliminin, siyasi parti tercihinin, zekâ seviyesinin, alkol ya da sigara kullanıp kullanmadığının, dahası muhtemel seçimde kime oy vereceğinin, beğenileri değerlendirilerek, arkadaşlarından, ebeveyninden ve eşinden daha yüksek doğrulukta tahmin edilebildiği, hatta bu durumun ABD 2016 Başkanlık seçimlerini etkilediği ileri sürülmüştür.³⁹

Günlük hayatta sağladığı kolaylıkların yanında yapay zekâ teknolojisinin insanları tembelleştirdiği ve yalnızlaştırdığı da ileri sürülmekte olup teknoloji

34 SAYGILAR KIRIT, Yasemin Filiz; "Dijital Dünyanın Yeni Nesil Hukukçuları:Ceza Hukuku Boyutu Açısından Bir Değerlendirme", s.1-2, <https://www.jurx.com.tr/artcle/21482> (27 Ekim 2021)

35 SAYGILAR KIRIT, s.2.

36 HoloLens gözlükle başka mekandaki kişilerle aynı odada gibi görüşebilmeye imkan veren görüntülü konuşmanın ileri hâli.

37 YALÇIN KAYIKÇI - KUTLUK BOZKURT, s.61.

38 KÖSE, Utku; "Güvenli Yapay Zekâ Sistemleri İçin İnsan Denetimli Bir Model Geliştirilmesi", Mühendislik Bilimleri ve Tasarım Dergisi, Y.2018, C.6, S.1, s.100.

39 <https://khosann.com/facebook-cambridge-analytica-icin-gizlilik-guncelledi> (30 Ekim 2021)

bağımlılığı adı altında yeni bir hastalığın çağımızın hastalığı olarak kabulü mümkündür.⁴⁰

Bu bağlamda Bill Gates'in yapay zekânın insan soyuna zarar verebileceği ve insanlığı yok oluşturma doğru yönlendirebileceği⁴¹, Elon Musk'ın ülkelerin yapay zekâ ile ilgili üstünlük yarışının 3. Dünya Savaşı'na yol açabileceği⁴², Michael Dell'in yapay zekânın en önemli yakıtının ve varlığının veriler olduğu⁴³ yolundaki görüşlerinin önemsenerek durumun sosyolojik analizinin bir an evvel yapılması ve önlem alınması gereği kaçınılmaz bir gerçekliktir.⁴⁴

Ülkemizde ise yapay zekânın toplumsal algısını ölçmek amacıyla yapılan ve %29,5'i öğrencilerden oluşan 1135 kişilik bir araştırmaya göre, katılımcıların %21,1'i⁴⁵ yapay zekâyı robot kavramı ile özdeşleştirirken %22,6'nın⁴⁶ yapay zekâyı daire hiçbir fikri bulunmadığı ortaya çıkmıştır. Aynı araştırmada katılımcıların %21,9'unun⁴⁷ yapay zekâdan korktukları açıklanmıştır. Yine yapay zekâdan olumsuz etkilenebilecek meslek olarak %21,8 oranıyla doktorluk belirlenirken, en olumlu etkilenebilecek çalışma alanında da ilk sırayı %31,3 ile satışçı biçimde yine doktorluk almıştır. Nihayet katılımcıların 35,4'ü yapay zekânın kanun önünde hesap vermesi gerektiğini düşünürken %39,5'i bu fikre katılmamaktadır.⁴⁸

Bu çerçevede Türkiye'nin 5 yıllık döneminde yapay zekâ çalışmalarına yön verecek ilk "Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi"ne dair belgenin⁴⁹ 24.08.2021 tarihinde kamuoyuna açıklandığını ve konuya ilişkin 2021/18 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesinin 20/08/2021 tarihli Resmi Gazete'de⁵⁰ yayımlanarak yürürlük kazandığını belirtmek istiyoruz.

D. Uygulamalar

Arabaların ABS fren sisteminin hangi durumda devreye gireceğini ya da yakıt enjeksiyonu parametrelerini dizayn eden bilgisayarlar, akıllı telefonlardaki harita uygulamaları, hava durumuna ait uygulamalar ve "Siri" en bilinen yapay zekâ örnekleridir.⁵¹ Yapay zekâ teknolojisinin savunma sanayinde insansız hava araçlarında kullanıldığı da herkes tarafından yakından takip edilen bir uygulamadır.⁵² Öte yandan yapay zekâ algoritmaları akıllı kavşak sistemi⁵³ ülkemizde çok yenidir.

Turizm sektöründe pek çok otel ve acenta birçok hizmetini insansız robotlarla görmeye başlasa da, bazı otellerin kendi yerini bulabilen terlik, minder ve kumanda gibi eşyalarla donatılması ya da kişilerin verilerine göre seyahat önerileri yapabilen yazılımlar farkındalık yaratmaktadır.⁵⁴

En güncel örnek olarak sahip olduğu yapay zekâ nedeniyle fırlatma ve işçilik maliyetlerini düşüren dokuz uydulu Epsilon-5 roketi dikkate değerdir.⁵⁵

Yine tıp ve veterinerlik alanlarında görüntüleme ve teşhisin yapay zekâ marifetiyle yapılacağı günlerin çok uzak olmadığı ve en nihayetinde cerrahi müdahalenin de yapay zekâyı terk edilmesinin kaçınılmaz olduğu söylenebilir.⁵⁶

PA-Arastirma-Ozet.pdf (31 Ekim 2021)

49 https://cbddo.gov.tr/uyzs (31 Ekim 2021)

50 https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/08/20210820-22.pdf (31 Ekim 2021)

51 KARA KILIÇARSLAN, s.394.

52 https://baykartech.com/tr/yapay-zekâ (31 Ekim 2021)

53 https://www.haberturk.com/aselsan-in-akilli-kavsak-uygulamasi-basliyor-haberler-2997165-teknoloji (31 Ekim 2021)

54 YALÇIN KAYIKÇI - KUTLUK BOZKURT, s.59.

55 https://www.aa.com.tr/tr/dunya/japonya-9-uydu-tasiyan-epsilon-5-roketini-firlatti/2415507 (10 Kasım 2021)

56 https://robotic.legal/robots-artificial-intelligen-

Yakın gelecekte işe alma, işten çıkarma, görevlerin belirlenmesi, performansla yönelik ödüllendirme gibi insan kaynaklarına ilişkin pek çok işlevin bilgisayarlara devrolacağı yönünde öngörüler mevcuttur. Bu bağlamda finans sektöründe yapay zekâ aracılığıyla müşteri davranış modelleri çıkararak bir şirketin çok büyük oranda isabet sağladığı belirtilmektedir.⁵⁷

Buna mukabil Londra'daki St. George Hastanesi Tıp Okulunun iş başvurularını değerlendiren yapay zekâ uygulamasının kadınlara ve göçmen doktorlara negatif ayrımcılık yaptığı belirlenmiştir.⁵⁸ Yine freni arızalı olan yapay zekâ formatındaki sürücüsüz bir aracın kırmızı ışıkta yaya geçidinde karşıya geçen yaşlı bir adam karşısında nasıl tepki vereceği etik boyutlarıyla tartışmalı bir alan yaratmıştır.⁵⁹

II. HUKUK VE YAPAY ZEKÂ

A. Genel Bilgi

Bugün yapay zekâ teknolojisinin ulaştığı ve yakın gelecekte ulaşması beklenen aşama, hukuken ne yapılması gerektiği sorusunu akla getirmektedir. Zira bir süre sonra hukukun belki de her alanında ve aşamasında bu teknolojinin yansımalarını görmek kaçınılmaz olacaktır. Ezcümle otonom araçlar sorumluluk hukuku, sigorta hukuku, uluslararası hukuk, deniz hukuku, ceza hukuku, hava ve uzay hukukunda; çalışan robotlar iş hukuku, sosyal güvenlik hukuku ve vergi hukukunda; insansız silahlı hava araçları uluslararası insancıl hukukta; bilinçli yapay zekâ anayasa hukukunda yeni düzenlemeler gerektirecektir.⁶⁰

Bu bağlamda günümüzde yapay zekâ, sosyal hayatımıza hızla nüfuz ederek hukuk kurallarının düzenlenmesinde dikkate alınması gereken bir unsur

ce-and-legal-arguments (31 Ekim 2021)

57 YALÇIN KAYIKÇI - KUTLUK BOZKURT, s.60.

58 GÖVEN, Fatma; "Yapay Zekâ ve Etik", https://cahitcengizhan.com/yapay-zekâ-ve-etik (30 Ekim 2021)

59 ÖZTÜRK DİLEK, Gizem; "Yapay Zekânın Etik Gerçekliği", Ankara Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, Y.2019, C.2, S.4, s.53.

60 OZAN ÖZPARLAK, Başak; "Yapay Zekâ ve Robotik Hukukunda Güncel Tartışmalar", http://hukukdefterleri.com/yapay-zekâ-ve-robotik-hukukunda-guncel-tartismalar (31 Ekim 2021)

hâline gelmiştir. Bir başka ifadeyle yapay zekâ kavramına ilişkin hukuk alanında çözüm bekleyen birçok sorun bulunmaktadır. Ezcümle yapay zekânın doğum yeri, vatandaşlık meselesi, tazmin sorumluluğu, alım-satım sözleşmesinin konusu olup olmayacağı, oy hakkı, enerjisinin kesilmesiyle öldürülmüş sayılıp sayılamayacağı gibi farklı hukuk disiplinlerindeki tüm bu soruların cevabı yapay zekânın kişi olarak tanımlanıp tanımlanmamasıyla doğrudan ilgilidir.⁶¹ Bu konuya somut örnek vermek gerekirse 1981'de Japonya'da bir fabrikada çalışan Kenji Urada isimli kişi, bir robotun bakımını yaparken robotu kapatmayı unuttur; faaliyetinin engellendiğini düşünen robot, güçlü hidrolik koluyla Urada'ya vurur ve ölümüne neden olur. Yine 2018 yılında ABD Arizona'da sürücüsüz bir ticari araç bir kadına çarparak ölümüne neden olur.⁶² Bu tip olaylarda cezai mesuliyet ve tazmin sorumluluğunun tespiti geniş perspektifte incelenmeye değer hukuki problemlerdir.⁶³

Yapay zekânın sosyolojik etkilerine ilişkin son dönem uluslararası çalışmalara Birleşmiş Milletler Bölgelerarası Suç ve Adalet Araştırma Enstitüsü'nün başlattığı program sonucunda Lahey'de "Yapay Zekâ ve Robotik Merkezi" kurulmasını örnek verebiliriz.⁶⁴

Öte yandan Avrupa Parlamentosu, 2016'da robotlarla ilgili medeni hukuk kurallarına ilişkin öneriler içeren taslak bir rapor yayımlamıştır. Raporda, genel ve etik ilkeler ile akıllı ve otonom cihazlara dair kişisel sorumluluk üzerinde durulmaktadır.⁶⁵

61 KARA KILIÇARSLAN, s.396,397; geniş bilgi için bkz. https://robotic.legal/robots-artificial-intelligence-and-legal-arguments (31 Ekim 2021)

62 SAYGILAR KIRIT, s.4.

63 Yapay zekânın hukuki sorumluluğu hakkında geniş bilgi için bkz. EBERS, s.3 vd., DÜLGER, Murat Volkan; "Yapay Zekâ Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?", s.4.vd.; https://www.jurx.com.tr/article/12794 (31 Ekim 2021); ÖZBEK, Ceren - ÖZBEK Veli Özer; "Yapay Zekânın Dahil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi", s.3 vd.; https://www.jurx.com.tr/article/20137 (31 Ekim 2021)

64 YILMAZ, Oğuz Gökhan; "Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı - Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?", Adalet Dergisi, Y.2021, S.66, s.388.

65 YILMAZ, Gizem; "Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde

2018 yılında ise “Avrupa Birliği Yapay Zekâ İşbirliği Bildirgesi” imzalanmıştır. Bu bildirgede; şeffaflık, hesap verebilirlik ve kişisel veri gizliliğinin sağlanması gibi temel hak ve değerler ele alınmaktadır.⁶⁶

Yine 2018 yılında CEPEJ⁶⁷ tarafından yargı sistemlerinde yapay zekânın kullanımına ilişkin etik ilkeleri düzenleyen ilk Avrupa metni olan “Yapay Zekânın Yargı Sisteminde Kullanılmasına Dair Avrupa Etik Şartı” kabul edilmiştir. Devamında da 2019 yılında Avrupa Birliği çalışmalarına öncülük olan Yapay Zekâ Üst Düzey Uzman Grubu⁶⁸ tarafından “Güvenilir Yapay Zekâ Etik Rehberi” ve “Güvenilir Yapay Zekâ için Politika ve Yatırım Tavsiyeleri” yayımlanmıştır. Buna göre yapay zekâ, yürürlükteki yasal düzenlemelere uygun, etik ilke ve değerlere bağlı, teknik ve sosyal açıdan güçlü olmalıdır.⁶⁹

Yapay zekânın etik boyutuyla ilgili Kanada’da Montreal Üniversitesi’nin 2018 yılında yayımlanmış olduğu “Yapay Zekânın Sorumluluk İle Geliştirilmesine İlişkin Montreal Deklarasyonu” bu alanda uluslararası kabul gören bir çalışmadır.⁷⁰

Ülkemiz de AB, OECD, G-20 ve UNESCO tarafından belirlenen insan odaklı yapay zekâ ilkelerinin paydaşı olup “Güvenilir ve Sorumlu Yapay Zekâ” değer ve prensiplerini benimsemiştir.

B. Hukuki Statü ve Kişilik Meselesi

Yapay zekânın hukuk alanındaki statüsü tek başına/ayrı bir inceleme konusu olmakla beraber bu konudaki görüşleri özetlemekte fayda vardır. Bu cümleden olarak:

Yapay zekânın kişi statüsünü reddeden bir görüşe göre yapay zekâyâ ilişkin hukuki problemler, onlara kişilik tanınarak değil kullanım alanlarına bağlı sınırlı hak ve sorumlulukların verilmesiyle ve belirli sigorta sistemlerine entegre edilmek suretiyle çözülebileceğinden yapay zekâ eşya olarak kalmaya

devam etmelidir. Benzer bir ret görüşünde de yapay zekânın insanın ürettiği bir eşya olduğu ve insanların ürettiğine sahip olma hakkının bulunduğu ileri sürülmüştür.⁷¹

Yapay zekânın hukuki kişiliğini kabul eden görüşe göre, yapay zekâ insana özgü özelliklere sahipse eşitlik ilkesi gereği hukuken kişi kabul edilmelidir. Bu bağlamda yapay zekâların nevi şahsına münhasır bilişsel yapıları sebebiyle, asla gerçek kişi olarak kabul edilemeyeceği, şirket benzeri bağımsız bir kişi ve mülkiyete konu eşya arasında bir nevi tüzel kişilik biçiminde özel statü verilebileceğini savunanlar olduğu gibi Avrupa Parlamentosu’nun 27/01/2017 tarihli raporunda gerçek kişi ve tüzel kişi haricinde yeni bir tür olan elektronik kişiliğin verilmesi önerilmiş ve son olarak her ne kadar otonom ve bilişsel olarak insani yetilere sahip olsalar bile nihayetinde insan olmadıklarından gerçek kişilere özgü hak statülerinin dışında “İnsan Olmayan Kişi” kavramıyla hukuk süjesi olmaları gerektiği iddia edilmiştir.⁷²

Hukuk sistemimizde konuya ilişkin mer’i mevzuat bulunmamakla beraber günümüzde uygulama kabiliyeti hızla artan yapay zekânın hak sahipliği, borçlanması, tazmin sorumluluğu ancak hukuki statü tanınmasıyla mümkün olduğundan kişiliğin niteliği geniş perspektifte yapılacak değerlendirmelerle belirlenerek uluslararası hukuka uygun yasal düzenlemeler bir an önce gerçekleştirilmelidir.⁷³ Bu cümleden yapay zekânın hukuki statüsünün tespiti; anayasa hukuku çerçevesinde temel hak ve hürriyetlerinin açıklanması, medeni hukuk disiplininde yapay zekâlı varlıkların varlığının başlangıcı ve sonu, aile hukuku, miras hukuku ve eşya hukukuyla ilgili mevzuatın gözden geçirilmesi, ceza hukukuna ilişkin cezai sorumluluğun neye göre ve nasıl saptanacağına ortaya konulması ve nihayet sosyal, ekonomik ve kültürel ilişkiler noktasında ticaret hukuku, iş hukuku ve borçlar hukuku alanında düzenlemeler yapılması; hatta vatandaşlık ihtilaflarına

ilişkin milletlerarası hukukun dahi konuya ilgi göstermesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁷⁴

C. Hukuk Mesleklerine Etkisi

Yapay zekânın etik kurallar çerçevesinde hâkime yardımcı fonksiyon üstlenebileceği, kararları tahmin eden ve karar taslaklarını hazırlayan bir konumda görev alabileceği, hatta bizatihi karar veren durumda olabileceği ileri sürülmektedir.⁷⁵ Ezcümle yapay zekâ sisteminin, mahkeme içtihatlarının bütününe ilişkin veriler üzerinden uyumsuzluğun sonucuna ilişkin tahmin üreten; tutuklamaya sevk edilen ya da tutuklu bulunan sanığın -yaşı, sosyal durumu, önceki dosyaları, adli sicil kaydı ve hakkındaki suçlamalar gibi kriterlerle- serbest bırakılıp bırakılmaması hususunda analiz yapan; dava, davaya cevap, itiraz, savunma dilekçesi ya da iddianame ve gerekçeli karar hazırlayabilen; şirketlere hukuki danışmanlık yapan algoritmalarla hukuk alanında kullanılabilmesi mümkündür.

Buna mukabil ABD’de birçok eyalette tutuklamanın gerekliliğini değerlendiren hâkimlerin dikkate aldığı sanıkların suç işleme potansiyeline ilişkin tahmin skorlarını hesaplayan yapay zekâ formatındaki yazılımlardan birinin siyahi ırktaki suçlulara diğerlerinden daha fazla olumsuz çıktı verdiğini belirtmekte fayda vardır.⁷⁶

Nihayet yapay zekânın tahmin edilenden çok daha kısa bir süre içerisinde hukuk mesleklerinin ifasını kolaylaştıracağını; ancak işgücü ihtiyacı azalacağından hukuk çalışanları açısından ciddi bir rakip haline geleceğini söylemek hiç de hayalci bir yaklaşım olmayacaktır. Pek tabii yargı görevinin bilginin ötesinde insani değerlerin de önem kazandığı bir muhakeme yeteneğini gerektirdiği dikkate alındığında, beşeriyete özgü akıl, şuur ve vicdan gibi unsurlardan yoksunluğun, yapay zekânın bu alanda tam anlamıyla başarı sağlamasını zora sokacağını düşünüyoruz.

74 <https://robotic.legal/robots-artificial-intelligence-and-legal-arguments> (31 Ekim 2021)

75 YILMAZ, Oğuz Gökhan; s.398 vd.

76 <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-39599214> (30 Ekim 2021); için benzer endişeler için bkz. YILMAZ, Gizem; s.46-48.

SONUÇ

Yeni bir çağa geçiş yaparken zeki sistemlerin ileri süreçte insanlığı tehdit edebilecek düzeye gelme ihtimali göz ardı edilmemeli, yapay zekâ teknolojisinin yaratacağı sorunlar kamuoyu önünde tartışılmalı ve çözüm arayışları hızlandırılmalıdır.

Özellikle pek çok bilim adamı tarafından “Dijital Kıyamet” olarak adlandırılan “yapay zekânın yapay zekâ yaratması ve kendiliğinden harekete geçirmesi” hâlinde nasıl denetim sağlanabileceği hususu hâlâ endişe yaratan bir sorudur. Bu cümleden olarak siber güvenlik tedbirleri teknolojik gelişimin gerisinde kalmamalıdır.

Yine kişisel verilerin izinsiz veri madencilerinden korunması hususu mutlaka önemsenmelidir.

Öte yandan hızla gelişen yapay zekâ sistemleri yeni iş sahaları doğursa da pek çok sektörde istihdam gerekeceği bilinen bir gerçekliktir. Her şeyin yapay zekâ tarafından gerçekleştirildiği bir dünyada insanların ne kadar mutlu olacağı ise şimdiden sosyolojik anlamda araştırmaya muhtaçtır.

Bu nedenle gecikilmemeli, güncel ve olası problemlerin tespitine yönelik Ar-Ge çalışmalarına önem verilmeli, ulusal ve uluslararası mevzuat kişilik hakları ve etik kodlar çerçevesinde değerlendirilerek çağın gereklerine uygun, önleyici ve koruyucu düzenlemelerle zenginleştirilmelidir.

Tüm bu anlatımlar ışığında Stephen Hawking’in şu sözleri ile bitirmek galiba en doğrusu:

“Yapay zekâ insanlığın başına gelen en iyi şey de olabilir, en kötü şey de...”

BİBLİYOGRAFYA

ELMAS, Çetin; Yapay Zekâ Uygulamaları, Tamamen Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2018.

ESEN, Gülsüm; “Kitap Değerlendirmesi - Yapay Zekâ: Geçmiş ve Geleceği, Nils J. Nilsson (Çev. Mehmet Doğan), İstanbul 2018”, Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Y.2019, C.19, S.1, s.308-311.

KARA KILIÇARSLAN, Seda; “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y.2019, S.2, s.391-419.

KÖSE, Utku; “Güvenli Yapay Zekâ Sistemleri İçin İnsan Denetimli Bir Model Geliştirilmesi”, Mühendislik Bilimleri ve Tasarım Dergisi, Y.2018, C.6, S.1, s.93-107.

Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı”, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, Y.2020, C.28, S.1, s.33.

66 Geniş bilgi için bkz. YILMAZ, Gizem; s.33-34.

67 Avrupa Konseyi Avrupa Adalet Verimliliği Komisyonu

68 AI HLEG

69 Geniş bilgi için bkz. YILMAZ, Gizem; s.34 vd.

70 <https://www.dunya.com/sektorler/teknoloji/yapay-zekâ-nin-etik-cercevesi-ozel-haberi-435761> (31 Ekim 2021)

KÖSE, Utku; “Yapay Zekâ Etiği Çerçevesinde Geleceğin İşletmeleri: Dönüşüm ve Paradigma Değişiklikleri”, Mühendislik Bilimleri ve Tasarım Dergisi, Y.2020, C.8, S.5, s.290-305.

KUŞÇU, Erkan; “Çeviride Yapay Zekâ Uygulamaları”, Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Dergisi, Y.2015, S.30, s.45-58.

ONAY, Alay; “Yapay Zekâ Örneği Olarak Black Mirror Dizisi Metal Kafa Bölümünün İncelenmesi”, Yeni Medya Elektronik Dergi, Y.2018, C.2, S.3, s.121-135.

ÖZTÜRK DİLEK, Gizem; “Yapay Zekânın Etik Gerçekliği”, Ankara Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, Y.2019, C.2, S.4, s.47-59.

PİRİM, Harun; “Yapay Zekâ”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Y.2006, C.1, S.1, s.81-93.

ÜNSAL, Burçak; “Yapay Zekâ, Robotlar, Hukuki Düzenlemeler”, İstanbul Barosu Dergisi, Y.2019, C.93, S.4, s.64-73.

YALÇIN KAYIKÇI, Meltem - KUTLUK BOZKURT, Ayşegül; “Dijital Çağda Z ve Alpha Kuşağı, Yapay Zekâ Uygulamaları ve Turizmde Yansımaları”, Sosyal Bilimler Metinleri, Y.2018, S.1, s.54-64.

YANTAÇ, Cavit - FALCIOĞLU, Mete Özgür; “Yapay Zekâ, İnsan ve Hukuk”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2020, C.6, S.11, s.31-56.

YILMAZ, Gizem; “Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı”, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, Y.2020, C.28, S.1, s.27-55.

YILMAZ, Oğuz Gökhan; “Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı - Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?”, Adalet Dergisi, Y.2021, S.66, s.379-415.

ÇETİN, Selin; “Avrupa Ülkelerinin Yapay Zekâ Stratejilerinin Karşılaştırması”, <https://robotic.legal/avrupa-ulkelerinin-yapay-zekâ-stratejilerinin-karsilastirmasi> (31 Ekim 2021)

DÜLGER, Murat Volkan; “Yapay Zekâ Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?”, s.1-9, <https://www.jurx.com.tr/artcle/12794> (31 Ekim 2021)

EBERS, Martin; “Yapay Zekâ İçin Sözleşmeden kaynaklanmayan Sorumluluk”, (Çev. Zehra Başer Doğan), s.1-27, <https://www.jurx.com.tr/artcle/19523> (31 Ekim 2021)

GÖVEN, Fatma; “Yapay Zekâ ve Etik”, <https://cahitcengizhan.com/yapay-zekâ-ve-etik> (30 Ekim 2021)

OZAN ÖZPARLAK, Başak; “Yapay Zekâ ve Robotik Hukukunda Güncel Tartışmalar”, <http://hukukdefterleri.com/yapay-zekâ-ve-robotik-hukukunda-guncel-tartismalar> (31 Ekim 2021)

ÖZBEK, Ceren - ÖZBEK Veli Özer; “Yapay Zekânın Dahil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi”, s.1-17; <https://www.jurx.com.tr/artcle/20137> (31 Ekim 2021)

SAYGILAR KIRIT, Yasemin Filiz; “Dijital Dünyanın Yeni Nesil Hukukçuları:Ceza Hukuku Boyutu Açısından Bir Değerlendirme”, s.1-5, <https://www.jurx.com.tr/artcle/21482> (27 Ekim 2021)

VARKONYİ GÜLTEKİN, Gizem; “Yapay Zekâ, Robotlar ve Kişisel Verileri Koruma Hukuku Üzerine”, https://tr.wikipedia.org/wiki/Deep_Blue (30 Ekim 2021)

<https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/yapay-zekâ-alpha-gonun-yeni-versiyonu-orijinal-programi-yendi-/941561> (30 Ekim 2021)

<https://khosann.com/facebook-cambridge-analytica-icin-gizlilik-guncelledi> (30 Ekim 2021)

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-39599214> (30 Ekim 2021)

https://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/03/160322_tay_chatbot_microsoft_kufur (30 Ekim 2021);

<https://listelist.com/microsoft-yapay-zekâ> (30 Ekim 2021)

<https://bigumigu.com/haber/microsofttan-insanlarin-irkciligi-ogrettigi-yapay-zekâsi-taye-uslu-ikiz-zo> (30 Ekim 2021)

<https://robotic.legal/robots-artificial-intelligence-and-legal-arguments> (31 Ekim 2021)

<https://baykartech.com/tr/yapay-zekâ> (31 Ekim 2021)

https://www.academia.edu/38360291/Yapay_Zekâ_Robotlar_ve_Ki%C5%9Fisel_Veriler_%C3%9Czerine (31 Ekim 2021)

<https://www.haberturk.com/aselsan-in-akilli-kavsak-uygulamasi-basliyor-haberler-2997165-teknoloji> (31 Ekim 2021)

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/08/20210820-22.pdf> (31 Ekim 2021)

<https://cbddo.gov.tr/uyzs> (31 Ekim 2021)

<https://www.dunya.com/sektorler/teknoloji/yapay-zekâ-nin-etik-cercevesi-ozel-haberi-435761> (31 Ekim 2021)

<https://aipaturkey.org/wp-content/uploads/2021/06/AIPA-Arastirma-Ozet.pdf> (31 Ekim 2021)

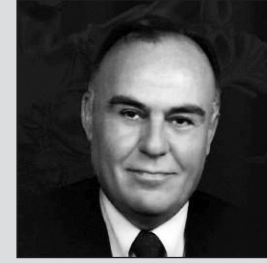
<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/japonya-9-uydu-tasiyan-epsilon-5-roketini-firlatti/2415507> (10 Kasım 2021)

<https://www.mbkaya.com/hukuk/cahit-arf-makine-dusunebilir-mi-orjinal.pdf> (14 Kasım 2021)

<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/dijital-dunyanin-oncusu-bill-gates-uyariyor-yapay-zekâ-atom-bombasi-gibi-tehlikeli-1320293> (14 Kasım 2021)

<https://www.hurriyet.com.tr/dunya/elon-musk-yapay-zekâ-3-dunya-savasini-cikarabilir-40569657> (14 Kasım 2021)

<https://www.dunya.com/sektorler/teknoloji/yapay-zekâ-rotaniz-ise-veri-yakitiniz-olacak-haberi-415628> (14 Kasım 2021)



Avukatlık Mesleği ve Alçak Gönüllülük Üzerine

Vedat Ahsen COŞAR

Önceki dönemler Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu Başkanı, Akademisyen

‘Bazı insanlar alçak gönüllüdür. Bazıları ise alçak olmaya gönüllüdür.’
Necip Fazıl Kısakürek

Fizikçi, kozmolog, astronom, teorisyen ve yazar olan Stephen Hawking, yaşamının büyük kısmını geçirdiği için çok sevdiği, görkemli mimarisine, zengin tarihsel geçmişine saygı, kentsel dokusuna ise hayranlık duyduğu Cambridge ile eğitim ve öğretim kalitesine, akademik kadrosunun seçkinliğine, yüksek düzeydeki entelektüel atmosferine imrendiği Gonville&Caius College’i ziyaretinde, kentin karakteristik ironisinin rengini taşıyan bir tarih dersi verircesine kendisine eşlik eden söyleşiciye şunları söyler: “*On Altıncı Yüzyılda Dr.Caius, Gonville&Caius College’i yeniden açtığında üç kapı yaptırmıştır. Gate of Humility/Alçakgönüllülük Kapısı, Gate of Visdom and Virtue/Akıl ve Doğruluk Kapısı, Gate of Honour/Onur Kapısı. Eğitim ve öğrenim için okula kaydını yaptıran öğrenciler Alçak gönüllülük Kapısından girerler, Akıl ve Doğruluk Kapısından geçerler ve Onur Kapısından çıkarlar. Alçak gönüllülük kapısı yıkılmıştır. Ona artık gerek yoktur.*”

Hawking’in, Gonville&Caius College’den mezun olmanın bir ayrıcalık olduğuna, bunun herkese

nasip olmayacağına vurgu yapmak amacıyla “*Alçak gönüllülük kapısı yıkılmıştır. Ona artık gerek yoktur*” dediği ve böyle diyerek ironi yaptığı çok açık. Çok açık, zira Hawking gibi ömrü sadelik ve alçak gönüllülükle geçmiş bir dehanın “*alçak gönüllülük*” gibi temel bir insani niteliği ıskalması ve ona gerçekten gereksinim duymaması olanaksızdır.

Hawking ile ilgili bu anekdotu paylaşmamın nedeni şudur; hangi Hukuk Fakültesi’nden mezun olmuş olursa olsunlar, avukatlar da, Gonville&Caius College öğrencileri gibi aynı üç kapıdan geçerek avukatlık mesleğine girerler.

Ama bu üç kapı, sadece mezun olunan Hukuk Fakültesi’nde var olan bir üç kapı değildir. Avukatın meslek kariyerinin her aşamasında var olan ve avukata rehberlik edecek olan bir üç kapıdır. Bu bağlamda, avukat, Avukatlık Stajına başlarken, kendilerinden önceki meslektaşları gibi; “*alçak gönüllülük kapısından*” girer, avukatlık mesleğine girdikten sonraki her süreçte “*akıl ve doğruluk kapısından*” geçer ve mesleğine veda ederken de “*onur kapısından çıkar.*”

Zira avukatlık mesleği, hem alçak gönüllülük, hem akıl ve doğruluk, hem de bir onur mesleğidir. Bir işin, bir mesleğin en iyisi veya en iyilerinden

birisi olmak, örneğin en profesör, en asker, en gazeteci, en avukat, en yargıç, en savcı, en mühendis vs. olmak kuşkusuz önemlidir, önemli olduğu kadar da hemen herkes tarafından hedeflenen bir şeydir. Ama kişiliğin her zaman bilgidan önce geldiğini bilenler, önemli değil, değerli olmayı önemseyenler ve seçenler için; ahlaklı, onurlu, doğru, zarif, sözüne ve davranışlarına güvenilir, inanılır olmak, kurnaz değil, akıllı olmak, bütün bunların yanı sıra tevazu sahibi olmak, yani alçak gönüllü olmak kuşkusuz her insan için, her meslek için gerekli ve vazgeçilmez hasletlerdir. Ama bütün bu hasletler, aynı zamanda cesaret, mücadele, güven, yardım, dayanışma, koruma, savunma ve hak arama mesleği olan avukatlık mesleği için de çok önemli ve vazgeçilmez değerdedir.

İçinizde bu kadar zengin, bu kadar görkemli, bu kadar onurlu bir geçmişe, önder nitelikli bir mesleğe sahip kişiler olarak neden alçak gönüllü olalım diye düşünenler, Hawking gibi ironi yaparak veya gerçekten inanarak “*Alçak gönüllülük kapısı yıkılmıştır. Ona artık gerek yoktur*” diyenler var ise eğer, onlara yanıtım “Hayır, alçak gönüllülük kapısı yıkılmamıştır, avukat her zaman ve her koşulda alçak gönüllü olmalıdır” olacaktır. Çünkü “*insanın, kendi değerini tam olarak takdir etmesi ve kendisini hak ettiği yere koymasını bilmesi*” olarak tanımlayabileceğimiz alçakgönüllülüğün/tevazuunun özünü, bireyin ölçülü olma/ölçülü olabilme becerisi, yani itidal içerisinde ve dengeli davranabilme gücü veya yeteneği oluşturur.

Alçak gönüllü olmanın özünü oluşturan “*ölçü*” veya “*ölçülü olma*”, toplum içerisinde ve bir arada yaşamının asgari kurallarını düzenleyen ahlak gibi, nezaket gibi sosyal düzen kurallarına uymanın yanı sıra hukuk kurallarına ve hayat ilminin gereklerine uygun bir yaşam sürmeyi gerekli kılar. Alçak gönüllü olmak demek, insanın iki güç arasındaki, yani kibir ve azamet ile çekingenlik ve zillet halleri arasındaki gerçek yerini bulabilmek için tutum ve davranışlarına ölçü ve itidal koyabilmek demektir. Yukarıda iken, yani güç ve iktidar sahibi iken kalbini, yani insanlığını, aşağıda iken, yani zayıf ve güçsüz olduğu, zor durumda bulunduğu zaman aklını, yani ruh sağlığını korumak demektir.

Esasen bütün bunlar, yani “*ölçülü olma, kurallara uyma, itidal içerisinde olma, dengeli ve nazik davranma, kibirten, azametden uzak durma, sahip olunan her türlü iktidarı iyiye kullanma*”, avukata ve avukatlık mesleğine yakışan özelliklerdir. Zira avukat, düzenin adamı olmadığı gibi devletin de, iktidarın da adamı değildir, avukat halkın adamıdır, halkın haklarını koruyan, savunan adamdır. Bu da avukata halk gibi olmak, halk gibi yaşamak, yani tevazu sahibi olmak, alçak gönüllü olmak, sade olmak görevlerini yükler. Onun için avukatlar, ‘*Alçak gönüllüdür. Ve asla alçak olmaya gönüllü değildir.*’



Suçun Küreselleşmesi ve Sınıraşan Organize Suç

Dr. İbrahim GÜL

Devletlerin kendi başlarına insan gücü (personel kapasitesi/man power), finans ve operasyonel bilgi yetersizliği nedeniyle illegal örgütlü yapıları çökertme kapasitelerinin olmadığı veya bu örgütlere karşı mücadele edemeyecekleri bazı suç türleri vardır; Sınıraşan Organize Suç örgütleri de bu kapsamdadır. Sebebi ise suç vasıtalarının, iletişim yöntemlerinin, teknolojinin, ekonomik ve finansal aktivitelerin merkezileşmesi, suç ve suçlu tiplerinin radikal biçimde değişikliğe uğrayarak konvansiyonel suç olgularının alt üst olmasıdır.

Küreselleşmenin doğal sosyolojik ve kriminolojik sonucu olarak suç tipleri (fiiller), suçlular (failler), suçun işlenme biçimleri deyim yerindeyse metamorfoza uğramaktadır.

Suçun küreselleşmesinin doğal sonucu olarak, sınıraşan organize suç olgusu gelişmektedir. Kısaca, SOS’lar Küresel organize suç olarak da adlandırılabilir ancak literatürde bu kullanıma rastlanılmamaktadır. Bu yeni türünü anlamlandırmak için onunla mücadele yöntem ve stratejilerini anlamak gerekir.

Suçun küreselleşmesi ile kastedilen suç içeren eylem ve faaliyetlerinin uluslararası düzeyde etki doğuracak biçimde yaygınlaşması, çeşitlenmesi ve etkileşmesi ve etki doğurması anlamına gelir. Suçun

küreselleşmesi, küreselleşmenin getirdiği teknolojik, ekonomik, siyasi ve kültürel değişimlerle birlikte üretim tarzlarından meydana gelen değişimlerle yakından ilgilidir. Suçun küreselleşmesi, hem yeni suç türlerinin ortaya çıkmasına hem de mevcut suç türlerinin boyutlarının ve yöntemlerinin değişmesine dolayısı ile suçun faillerinin profillerinin değişmesi ile birlikte suçluların işteşlik ve işbirliği tarzlarının gelişmesi ve değişmesine işaret etmektedir.

Küreselleşme ve suç, günümüz dünyasında önemli inceleme alanlarından biri haline gelmiştir. Küreselleşme, yaşadığımız dünyada, uluslar, toplumlar ve yerel gruplar arası karşılıklı ilişkilerin ve etkileşimlerin artması, derinleşmesi ve hızlanması ve karmaşıklaşması olarak tanımlanabilir. Küreselleşme, sosyo- ekonomik açılardan ve suçluluk bağlamında hem olumlu hem de olumsuz sonuçlar doğurabilir. Olumlu sonuçlar arasında, teknolojik gelişme, ekonomik büyüme, kültürel zenginlik, bilgi paylaşımı ve işbirliği sayılabilir. Olumsuz sonuçlar arasında ise, eşitsizlik, yoksulluk, çevre sorunları, kimlik bunalımı ve bunların oluşturduğu olumsuz ortam dolayısı ile suç artışında ve çeşitliliğinde meydana gelen olumsuz gelişmeler sayılabilir.

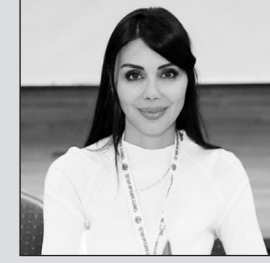
Suç, temel olarak yasal olarak yasaklanmış bir davranış/fiildir. Suçun tanımı, türü ve cezası, farklı hukuk sistemlerine ve toplumsal değerlere göre değişiklik gösterebilir. Esasen suçun nedenleri ve sonuçları da karmaşıktır. Suçun nedenleri arasında, bireysel faktörler (kişilik, motivasyon, eğitim vb.) sosyal faktörler (aile, arkadaşlar, medya statüleri), ekonomik ve sosyal faktörler (gelir, işsizlik, yoksulluk) ve kültürel faktörler (normlar, değerler, inançlar, düşünüş ve anlayış biçimleri) sayılabilir. Suçun sonuçları arasında ise genel olarak hukuki sonuçlar (ceza veya güvenlik tedbiri), sosyal sonuçlar (dışlanma veya damgalanma), ekonomik sonuçlar (zarar veya tazminat) ve psikolojik sonuçlar (pişmanlık veya travma) gibi birey ve toplumu ilgilendiren sonuçlar ortaya çıkabilir.

Küreselleşme ve suç arasında yakın bir ilişki vardır. Çünkü küreselleşme, hem yeni suç türlerinin ortaya çıkmasına hem de mevcut suç türlerinin boyutlarının ve yöntemlerinin değişmesine neden olur. Küreselleşmeyle birlikte değerlendirilen teknolojideki elişim ve ilerlemeler ve bunların ivmesi, kitleler tarafından kullanılmaya başlanması sermayenin ülkeler arasında kolay transferi ulus devletlerin ekonomik politikalarının temelden değişimleri, toplumsal yapıda ve bu yapının oluşturduğu sosyal ve ekonomik ilişkilerdeki değişim ve gelişmeler, bireyleri ortaklaşa (organize) suç işlemeye zorlamaktadır. Bu durum, toplumsal gelişim ve değişimle birlikte örgütlü suç da her geçen gün küreselleşirken, öte yandan küreselleşmenin ortaya çıkardığı imkanlardan ve onun ortaya çıkardığı olumsuz toplumsal sonuçları sömürerek yaygınlaşmaktadır.

Genel ve özel nitelikli suçlarda olduğu gibi Örgütlü suçlar da küreselleşmeden doğrudan etkilenmektedir. Esasen, yakın sosyal etkileşim, iletişim ve ilişki içinde bulunan insanlardan oluşan, en az üç seviyeli veya emir komuta zincirinde yönetici olan, hiyerarşik bir yapı üzerine örgütlenen, yasal ve yasadışı faaliyetlerle uğraşmak suretiyle kazanç ve güç elde etmeyi amaçlayan ancak ideolojik olmayan oluşumlardır. Çıkar amaçlı örgütlü suçlar, uyuşturucu kaçakçılığı, insan kaçakçılığı, silah kaçakçılığı, kara para aklama, siber suçlar, terörizm ve yolsuzluk gibi çeşitli alanlarda faaliyet gösterir.

Örgütlü suçların yıllarda bu kadar kısa sürede büyümesine hızlı bir şekilde uluslararası arenada boy göstermesi, faaliyetlerini yaygınlaştırması ve inanılmaz boyutlarda bir ekonomik güce ve nüfuza kavuşmasındaki temel neden, küreselleşmenin dünya toplumlarına sunmuş olduğu kontrolsüz nimetler ve ulus devletlerin asayiş ve güvenlik alanlarındaki kontrolü yitirmeleridir.

Hatta Dünya Ekonomik Forumu, kendi yeni dünya düzeni için bu tüyler ürpertici programları tartışmaya başladı” Bu değişimler, suçlu profillerini, failleri, suç tiplerini kökten değiştirecek fütürist yapılanmalardır. Bu değişim SOS’ların da değişimine yol açacak, illegal faaliyetler ve küresel asayiş ve barışı korumak için yapılacak teorik ve pratikleri farklılaştıracaktır.



Türk Hukuk Mevzuatında Joint Venture

Helin MENTEŞE

I. JOINT VENTURE KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

Joint venture, ulusal ve özellikle uluslararası ticari hayatta oldukça sık karşılaşılan, ana vatani ABD olan ve günümüzde bütün ülkelerde yaygınlaşmış bir ortaklık türüdür.¹ Joint venture, geçmiş dönemlerde, ticari amaçlar için kullanılan denizcilik işletmeleri ya da ticari işletmeler olarak ortaya çıkmıştır.² İlk olarak Venedik’te görülmüştür.³

Hukukumuzda joint venture’ın karşılığı olarak müşterek iş ortaklığı⁴, ortak girişim⁵ kavramları kullanılmaktadır. Yargıtay ise, bir kararında joint venture⁶, diğer bir kararında müşterek iş ortaklığı⁷ terimini kullanmıştır. Danıştay 7. Dairesinin

bir kararı⁸nda da, joint venture kavramı “ortak girişim” olarak nitelendirilmiştir.

A. TANIM

Joint venture, “iki veya daha fazla sayıda gerçek ya da tüzel kişinin belirli bir girişimi, yatırımı ya da faaliyeti, söz konusu işlerin yürütüldüğü dönemde ya da sınırlı bir süre için müşterek olarak yürütmek üzere oluşturdukları ortaklık”⁹ olarak tanımlanmakla birlikte, bu kavramın genel kabul gören bir tanımı bulunmamaktadır.

İngilizce “joint” ve “adventure” kelimelerinden oluşan joint venture deyiimi, Amerikan Hukuku’na dayanan bir terimdir, bununla birlikte, joint venture tipi ortaklıkların Anglo Amerikan bir kökene sahip olduğu yönünde bir fikir birliği yoktur. Ancak, joint venture sözleşmelerinin “partnership” hükümlerinin uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri’nde gelişerek, küreselleşme ile tüm dünya ülkelerine yayıldığı konusunda şüphe bulunmamaktadır.¹⁰

- 1 Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin; Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014, s. 14.
- 2 Jaeger, H. Walter, Partnership or Joint Venture, 37 Notre Dame L. Rev. 138 (1961), s. 141.
- 3 Barlas, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2012, s. 263.
- 4 Kaplan, İbrahim, İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı – Joint Venture, Ankara 2013, s. 21.
- 5 Tekil, Fahiman, Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku, İstanbul 1991, s. 104-109.
- 6 Yargıtay 11. HD, 30.03.1990 günlü, E:1990/1595, K:1990/3298 sayılı karar; YKD, Yıl 1990, C. XVI, Sayı 10, s. 1491-1493.
- 7 Yargıtay 13. HD, 02.10.1995 günlü, E:1995/7761, K:1995/8331 sayılı karar; YKD, Yıl 1996, C. XXII, Sayı 1, s. 55-59.

- 8 Danıştay 7. Dairesinin, 05.06.2007 günlü, E:2004/1887, K:2007/2607 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bankası.
- 9 Taubman, Joseph, What Constitutes Joint Venture, Summer 1956, s. 641.
- 10 Dayınlarlı, Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, B.3, Ankara, 2007, s.1.

“Joint” kelimesi anlam olarak, müşterek; birlikte ve ittifak suretiyle anlamına gelmekte olup, “joint adventure” ise sözlük anlamıyla gerçek veya tüzel kişilerin müştereken giriştikleri ticari teşebbüs olarak tanımlanmaktadır.¹¹ Doktrinde joint venture teriminin sözlük karşılığı doğrudan “*riski müştereken yüklenmek*”, “*ortaklaşa risk yüklenmek*” ve “*risk için birleşmek*” şeklinde anlamsal olarak benzer nitelikte tanımlanmışken, bundan farklı olarak “*müteahhitler konsorsiyumu*” olarak da karşımıza çıkmaktadır.¹²

Derslerimizde de değinildiği üzere joint venture temelde bir adi şirkettir. Ortakların gereksinimlerin, ortaklık ihtiyacı çerçevesinde kurulan bir ortaklık çeşidi olan joint venture, ortaklığın kendi hukukunu yaratmak için tercih edilir. Zira, yabancı bir ülkede, o ülke hukukuna göre, bilmedikleri bir denizde yüzmektense ortaklık kendi hukukunu yaratmış olur. Bu nedenle, her somut olay için ayrı hazırlanan joint venture sözleşmesi bir diğerinden farklıdır ve karışıklığa sebebiyet vermemek için başka bir dile çevrilmemesi gerekir.¹³

İngiltere ve Kıta Avrupası’nda joint venture kavramı uzun zamandır kullanılan bir kavram olmasına rağmen yasal açıdan doğrudan bir tanımlamaya yer verilmediği görülmektedir.¹⁴ Türk hukukunda ise bir kavram kargaşası olduğunu kabul etmek gerekir. “Ortak girişim”¹⁵, “müşterek girişim”, “ortak teşebbüs”, “müşterek teşebbüs”, “iş ortaklığı” ve hatta “müşterek iş ortaklığı”, “müşterek teşebbüs ortaklığı” veya “müşterek taahhüt” gibi çeşitli şekillerde anıldığı görülmektedir.¹⁶ İlerleyen bölüm-

lerde benzerlik ve farklılıkları ile ortaya koyacağımız üzere, “ortak girişim” kavramının, joint venture ve konsorsiyumu aynı anda kapsayan geniş bir kavram olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır.¹⁷

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 02.10.1995 günlü, E:1995/7761, K:1995/8331 sayılı kararında¹⁸, joint venture, “müşterek iş (teşebbüs) ortaklığı iki veya daha fazla sermaye katılımı bulunan teşebbüslerin belli bir sahada (sektörde) hizmet vermek ve bir amacı gerçekleştirmek için oluşturdukları bir teşebbüs ve ortaklık” olarak tanımlanmıştır.

Danıştay 7. Dairesinin, 05.06.2007 günlü, E:2004/1887, K:2007/2607 sayılı kararında ise, belirli bir işin ifası için, belirli bir süre ile sınırlı olarak, birden fazla şirket tarafından kurulan ortaklığa, Joint Venture (ortak girişim) denildiği ifade edilmiştir.¹⁹ Anılan kararda, hukukumuzda, bu ortaklıklara ilişkin sözleşmeleri bir bütün olarak ele alan özel bir düzenlemenin mevcut olmadığı, bu ortaklıkların, Kurumlar Vergisi Kanununda, “iş ortaklıkları” adı altında yer aldığı ve vergi mükellefiyeti bakımından bu Kanuna tabi olduklarının ifade edildiği, ancak, adi ortaklık niteliğinde bulunan iş ortaklıklarına mükellef sıfatının tanınmış olmasının da, bu ortaklıklara kişilik kazandırmasının hukuken olanaklı olmadığı belirtilmiştir.

Dayınlarlı’ya göre, “joint venture, bir partnership kurmaksızın belli bir ticari işlemde kar elde etmek isteyen iki veya daha çok kişinin özel işbirliği” anlaşmasıdır.²⁰

Akyol, oldukça geniş bir tanımlama yapmış ve joint venture’ı, “iki veya daha çok sayıda gerçek veya tüzel kişinin, uygulamada büyük iş yapma gücüne sahip iki firmanın, genelde biri teknoloji ve sermaye taşıyan yabancı, diğeri emlak ve işletmenin veya inşaatın bulunduğu yerdeki şartları bilen ve emek gücünü sağlayan yerel firmanın aralarında bir birlik meydana getirerek ortak amaca ulaşmak

Fasikül: Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 1997, s.57

17 Taslacioğlu, İlker, Türk Hukukunda İş Ortaklığı Olarak Nitelendirilen Joint Venture’ların Vergilendirilmesi, Maliye Dergisi, S.131, Ankara, 1999, s.116.

18 YKD, Yıl 1996, C. XXII, Sayı 1, s. 57.

19 Kazancı İçtihat Bankası.

20 Dayınlarlı, Kemal, s. 58.

ve elde edilecek karı paylaşmak üzere kurmuş oldukları şirkettir.”²¹ şeklinde tanımlamıştır.

Newyork yargıcı tarafından verilen bir kararda (Meinhard v. Salmon, 249 N.Y. 458, 164 N.E.545 -1928-), joint venture’ın, ticari işletmeyi kar amaçlı olarak yürütmek için ortaklık içerisinde iki veya daha fazla kişiden oluşan birlik olduğu ifade edilmiştir.²²

İngiltere’de, joint venture özel bir ortaklık olarak bilinir ve adi ortaklıklar ile aynı kurallara tabi tutulur.²³

II. TÜRK HUKUKUNDA JOINT VENTURE İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Daha önce de ifade edildiği üzere, joint venture ortaklar arasında akdedilecek bir sözleşme temeline dayanmaktadır. Ancak, Türk hukukunda, joint venture ile ilgili özel olarak herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

Türk hukukunda joint venture için ortak girişim ifadesi benimsenmiştir.²⁴ Yargıtayın da ortak girişim deyimini benimsediği görülmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08.10.2003 günlü, E:2003/12-574, K:2003/564 sayılı kararında²⁵ “ödeme emrine süresi içinde ortak girişimi (Joint Venture’ı) oluşturan her iki şirketin vekili tarafından itiraz edildiği sabit olup yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık taraf teşkilinin sağlanıp sağlanmadığı noktasında toplanmıştır.” ifadelerine yer verilmiştir.

Bizim de görüşünü benimsediğimiz kimi yazarlar ise doğrudan joint venture deyimini kullanmayı tercih etmektedir.²⁶

Öte yandan, kamu ihale kanunu ve vergi hukuku ile ilgili bazı yasal düzenlemelerde iş ortaklığı ve konsorsiyum kavramları yer almaktadır.

İş ortaklığı, hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız bulunan kurum ve kişilerin, aralarında akdettikleri bir sözleşme çerçevesinde, belirli bir

21 Akyol, Şener, s. 75.

22 Taubman, Joseph, s. 641.

23 Taubman, Joseph, s. 641.

24 Akyol, Şener, s.57

25 Kazancı İçtihat Bankası

26 Dayınlarlı, Kemal s.1.

işi gerçekleştirmek amacıyla, işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını ayırmaksızın, işin tamamını birlikte yapmak ve işin riskini müteselsilen paylaşmak üzere bir araya gelmeleriyle oluşur.²⁷

İş ortaklığında da joint venture gibi müteselsil sorumluluk vardır, sözleşmeye dayanmaktadır ve tüzelkişiliği bulunmamaktadır. Bu anlamda, Borçlar Kanununda yer alan adi ortaklığı teşkil eder. İş ortaklığı, bu haliyle, joint venture’ın tüm tipik özelliklerini ve unsurlarını, biraz daha özgülünmüş biçimde bünyesinde taşır. Joint venture’ın iş ortaklığını da kapsamına alan daha geniş bir kavram olduğu söylenebilir.²⁸

Joint venture’un adi ortaklığa benzediği hususu dikkate alındığında, bu konuyla ilgili olarak öncelikli olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun adi ortaklık ile ilgili hükümlerinin incelenmesi gerekecektir.

A. BORÇLAR HUKUKU YÖNÜNDEN JOINT VENTURE

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08.10.2003 günlü, E:2003/12-574, K:2003/564 sayılı kararında²⁹, joint venture’un hukukumuzdaki adi ortaklığa benzediği, iki veya daha fazla işletmenin, belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklık olduğu, tüzel kişilikleri olmadığından taraf ehliyetlerinin de bulunmadığı, ortakların, ortaklık borçlarından alacaklılara karşı doğrudan doğruya ve sınırsız olarak tüm mal varlıklarıyla oldukları belirtilmiştir.

Türk hukukunda adi ortaklık TBK m. 620 ile m. 645 arasında düzenlenmiştir. TTK m. 126 düzenlemesine göre de “Her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, Türk Medenî Kanununun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu Kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanununun adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır.”

Adi ortaklığa ilişkin hükümler adi ortaklık sözleşmesi dışında da geniş bir uygulama alanı

27 Dayınlarlı, Kemal, s.275.

28 Dayınlarlı, Kemal, s.273.

29 Kazancı İçtihat Bankası.

bulmaktadır.³⁰ Nitekim TBK m. 621/2’de bir ortaklığın kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıyamaması halinde Kanun’un adi ortaklık hükümlerine tabi olacağını ve adi ortaklık sayılacağı düzenlenmiştir. TTK m. 126’da da düzenlendiği üzere ticaret şirketlerine ilişkin düzenlemelerde boşluk bulunması halinde, TBK’da düzenlenen adi ortaklık hükümleri şirketin niteliğine uygun düştüğü oranda ticaret şirketleri hakkında da uygulanacaktır.

1. Adi Ortaklığın Tanımı

Türk hukukunda adi şirket, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Onsekizinci Bölümünde “Adi Ortaklık Sözleşmesi” başlığı altında, Kanunun 620 vd. maddelerinde bir sözleşme türü olarak düzenlenmiştir. Adi ortaklık tanımı TBK m. 620’de “Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.” şeklinde yapılmıştır.

Kanun’da adi şirket için yapılan bu tanım, bütün şirketler için geçerli olan unsurları kapsamı sebebiyle, yalnız adi şirketin değil, şirket sözleşmesinin genel tanımı olarak kabul edilmektedir. TBK m. 620/2’de belirtildiği üzere “Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici özelliklerini taşımyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır.”

3. Adi Ortaklık Hükümlerinin Joint Venture’a Uygulanması

Türk Borçlar Kanunu’nun 26. maddesi uyarınca, taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Bu nedenle, joint venture sözleşmesinde yer alan hükümler, TBK m. 620 vd. hükümlerinin emredici nitelik taşıyanları hariç, öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır.

Joint venture sözleşmesinde yer almayan konularda ise, TBK hükümleri tamamlayıcı olarak uygulanacaktır.

30 Doğanay, Ümit Yaşar, s. 2.

a. Haklar Bakımından

İktisadi bir amaçla kurulan adi ortaklıkta TBK m. 622 gereği ortaklar, niteliği gereği ortaklığa ait olan bütün kazançları aralarında paylaşmakla yükümlüdürler.

Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, her ortağın kazanç ve zarardaki payı, katılım payının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşittir. Bir ortağın zarara katılmaksızın yalnız kazanca katılacağına ilişkin anlaşma, ancak katılma payı olarak yalnızca emeğini koymuş olan ortak için geçerlidir. (m. 623)

TBK m. 627/3 hükmüne göre yükümlü olmadığı halde emek sarf etmiş olan ortaklar hakkaniyet gereği bir karşılık ödenmesini talep edebileceklerdir. Ayrıca TBK m. 628/3 hükmüne göre ortaklar, ortaklık işlerini ücret karşılığı yerine getirebilecekler, bu durumda da vekalet hükümlerine göre sorumlu olacaklardır. TBK m. 627/1’e göre ortaklardan birinin şirket işleri için masraf yapması veya borçlanması durumunda o ortak diğer ortaklardan bu giderleri veya borçları talep edebilecektir. Maddenin devamında düzenlenen durum ise yönetim işleri nedeniyle doğrudan uğranılan zararlar ve yönetimden kaynaklanan tehlikeler sonucu doğan zararlar için zarar gören kişinin diğer ortaklardan bu zararlarını isteyebilmesidir.

Denetleme hakkı TBK m. 631’de “Yönetim yetkisi olmasa bile, her ortağın, ortaklığın isleyişi hakkında bilgi alma, defter ve kayıtlarını inceleme, bunlardan örnek alma ve mali durumu hakkında özet çıkarma hakkı vardır. Aksine sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.” şeklinde düzenlenmiştir. Esasen yönetici olmayan ortağa ait olan denetleme hakkının karşı tarafını yönetici ortak oluşturmaktadır. Denetleme hakkını düzenleyen ilgili maddede, bu hakkın kapsamı ve sınırları da belirtilmiştir

b. Yükümlülükler Bakımından

Katılma payı koyma borcu TBK m. 621/1’de “Her ortak, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak, ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür.” şeklinde düzenlenmiştir. Katılım payı koyma borcu, katılım payının taahhüt edilmesi ile de yerine getirilmiş olacaktır.

Bir ortağın taahhüt ettiği katılma payı borcunu yerine getirmemesi durumunda ortaklar veya onların adına yöneticiler ifa davası açabilmektedir. Ayrıca, ortağın katılma payı borcunu ifa etmemesi halinde diğer ortakların başvurabileceği diğer yol TBK m. 639/7 gereğince fesih davası açmaktır.

Ortakların zarara katılma borcu TBK m. 623’te “Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, her ortağın kazanç ve zarardaki payı, katılım payının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşittir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Adi ortaklıkta rekabet yasağı ise TBK m. 626’da düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olacak şekilde ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar. Rekabet yasağının ihlal edilmesi halinde, şirketi zarara uğratan ortaktan söz konusu zararın tazmini istenilebileceği gibi, ortaklar, rekabet yasağını ihlal eden söz konusu işlemin şirket adına yapılmasını isteme hakkına sahip olacaklardır. Ayrıca, ortaklar TBK m. 639/7’ye göre şirketin haklı sebeple feshini de isteyebileceklerdir.

Adi ortaklıkta ortakların özen borcu TBK m. 628’de düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre her ortak, ortaklık işlerinde kendi işlerinde gösterdiği ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlüdür. Yönetici olsun veya olmasın her ortak adi ortaklığa karşı özen borcunu yerine getirmelidir. Özen borcuna aykırı hareket eden ortak ise TBK m. 628/2 gereğince verdiği zararları gidermekle yükümlü olacaktır. Ancak burada zarar gören ortakların tazminat isteyebilmesi için zararın özen yükümünü ihlal eden ortağın kusuruyla meydana gelmiş olması gerekmektedir.³¹

c. Yönetim Bakımından

Joint venture’ın hangi ortaklar tarafından yönetileceği, esas sözleşmede tespit edilmektedir. Joint venture’ı yönetmeye yetkili olanlar esas sözleşmede belirtilmemişse ve daha sonra da ortakların kararıyla tespit edilmemişse, TBK 625/1 madde hükmü uygulanacaktır.

31 Kırca, İsmail, Adi Şirket Ortağının Özen Borcu, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, 2003, s. 206-207

Ortaklığın yönetimini düzenleyen TBK m. 625’e göre “Yönetim, sözleşme veya kararla yalnızca bir veya birden çok ortağa ya da üçüncü bir kişiye bırakılmış olmadıkça, bütün ortaklar ortaklığı yönetme hakkına sahiptir. Ortaklık, ortakların tümü veya birkaçı tarafından yönetilmekte ise, bunlardan her biri, diğerleri katılmaksızın işlem yapabilir; ancak ortaklığı yönetmeye yetkili olan her ortak, tamamlanmasından önce işleme itiraz etmek suretiyle, bu işlemin yapılmasını engelleyebilir. Ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ve ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi için, bütün ortakların oybirliği gereklidir. Ancak, gecikmesinde sakınca olan hâllerde, bu konuda yönetici ortaklardan her biri yetkilidir.”

Buna göre, adi ortaklıkta yönetim kural olarak ortaklara bırakılmış durumdadır ve bu acıdan ortaklığın yönetimi hem bir hak hem de bir yükümlülüktür. Ortaklığın yönetimi herhangi bir ortağa veya herhangi bir kişiye bırakılmamışsa bu durumda bütün ortaklar yönetici sıfatını haiz olarak olağan yönetim işlerini yapabilirler. Ortaklık yönetiminin kanunen bütün ortaklara ait olmasına “özen yöneticilik ilkesi” denmektedir.³² Adi ortaklıkta yönetim hakkı her bir ortağa münferiden tanınmıştır, dolayısıyla her bir ortak diğerleri katılmasa bile yönetim işlemlerini yapabilmektedir. (TBK m. 625).

Adi ortaklıkta ortaklık kararı ise TBK m. 624’te düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre ortaklığın kararları, bütün ortakların oybirliğiyle alınır. Sözleşmede kararların oy çokluğuyla alınacağı belirtilmişse çoğunluk, ortak sayısına göre belirlenir. Oy hakkı ortağın şahsına bağlı olduğu için ve ortaklar arasında zorunlu güven ilişkisi olduğu için oy hakkının üçüncü şahsa devri veya kural olarak temsilci vasıtasıyla kullanılması olanaklı değildir. İstisnai olarak ortaklardan birine temsil yetkisi verilmesi mümkündür. Aynı zamanda ortakların tümünün rızasıyla ve haklı bir sebebe dayanarak ortak olmayan üçüncü kişiye de temsil yetkisi verilebilmektedir.³³

TBK m. 629 düzenlemesine göre yönetim yetkisinin ortaklık sözleşmesi ile ortaklardan birine

32 Şener, Oruç Hami, Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2019, s. 47.

33 Barlas, s. 288

verilmesi halinde, haklı bir sebep olmadıkça diğer ortaklar tarafından kaldırılamaz veya sınırlandırılmaz. Ancak haklı sebep nedeniyle yönetim hakkının geri alınması veya sınırlandırılmasının nasıl gerçekleşeceği tartışmalıdır.³⁴ Karayalçın, sözleşmeyle verilen bu yetkinin yine sözleşme değişikliği ile geri alınması gerektiğini savunmaktadır.³⁵ Dolayısıyla sözleşme değişikliği söz konusu olduğu için bu karar da oybirliği aranacaktır.

d. Temsil Bakımından

TBK m. 637/1’de adi ortaklığın dolaylı temsili düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur. Diğer bir deyişle adi ortaklığın dolaylı temsiline, ortak kendi adına, fakat ortaklık hesabına işlem yapmaktadır. Dolayısıyla üçüncü kişilerle yapılan bu işlemlerden dolayı işlemi yapan ortak, alacaklı veya borçlu olacaktır. TBK m. 637/1 dış ilişki ile ilgili bir maddedir. Diğer bir deyişle madde, bir ortağın üçüncü kişiyle kendi adına işlem yapması halinde dış ilişkide kimin sorumlu olacağını yani işlemi yapan ortağın sorumluluğunu düzenlemektedir.³⁶

TBK m. 637/2’de ise doğrudan temsil düzenlenmiştir ve ilgili maddeye göre “Ortaklardan biri, ortaklık veya bütün ortaklar adına bir üçüncü kişi ile işlem yaparsa, diğer ortaklar ancak temsile ilişkin hükümler uyarınca, bu kişinin alacaklısı veya borçlusu olurlar.” Doğrudan temsilde, ortaklardan biri üçüncü kişi ile ortaklar adına diğer bir deyişle ortaklık adına işlem yaparsa, bu işlem dolayısıyla tüm ortaklar üçüncü kişinin alacaklısı veya borçlusu olurlar (TBK m. 40). Temsilcinin, hukuki işlemi yaparken temsilci sıfatı ile hareket ettiğini üçüncü kişilere bildirmesi gerekmektedir.³⁷ Diğer bir deyişle temsilci diğer ortak veya ortaklar adına hareket ettiğini işlemden önce veya işlem sırasında üçüncü

kişiye bildirmelidir. TBK m. 40 düzenlemesine göre temsilci işlemi yaparken temsilci sıfatını üçüncü kişiye bildirmezse hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olacaktır. Dolayısıyla vekalet, sözleşme hükmü ya da ortaklık kararı ile temsil yetkisi kendisine verilmiş olan ortak işlem yaptığı üçüncü kişiye temsilci sıfatını tanıtmamışsa kendisi dış ilişkide kişisel olarak sorumlu olacaktır. Temsilci olma durumunu ise ortaklarla iç ilişkisinde kullanıp diğer ortakları işleminden dolayı sorumlu kılacaktır.³⁸

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 12.09.2018 günlü, E:2018/11022, K: 2018/7910 sayılı kararında³⁹; “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 620. maddesine göre, iki veya daha fazla işletmenin belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri ortaklığın (Joint Venture’in) tüzel kişiliği bulunmadığından taraf ehliyeti yoktur. Ortaklar, ortaklık borçlarından dolayı alacaklılara karşı doğrudan doğruya ve sınırsız olarak tüm varlıklarıyla sorumludurlar. ... Adi ortaklığın aktif ve pasif dava ehliyeti bulunmadığından, takibin veya davanın bütün ortaklar aleyhinde açılması zorunludur.” gerekçesine yer verilmiştir.

e. Ortaklığın Sona Ermesi ve Tasfiye Bakımından

Adi ortaklığın sona ermesi, TBK 639’da düzenlenmiştir. Buna göre, ortaklık, aşağıdaki durumlarda sona erer.

1. Ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesiyle.
2. Sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm yoksa, ortaklardan birinin ölmesiyle.
3. Sözleşmede ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa, bir ortağın kısıtlanması, iflası veya tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesiyle.
4. Bütün ortakların oybirliğiyle karar vermesiyle.
5. Ortaklık için kararlaştırılmış olan sürenin bitmesiyle.

38 Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, s. 79.

39 Kazancı İçtihat Bankası

6. Ortaklık sözleşmesinde feshi bildirme hakkı saklı tutulmuş veya ortaklık belirsiz bir süre için ya da ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulmuşsa, bir ortağın fesih bildiriminde bulunmasıyla.

7. Haklı sebeplerin bulunması hâlinde, her zaman başkaca koşul aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla.

Bu sona erme nedenleri arasında önem arz eden durum, haklı sebeplerin varlığı halinde fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla son ermedir. Çünkü Kanunda haklı sebeplerin ne olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ortaklardan biri bu davayı açacaksa ve ortak sayısı birden fazlaysa bu durumda davalı ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı söz konusu olacaktır. Haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti mahkemenin takdirindedir. Haklı sebep, ortaklardan artık ortaklık ilişkisine devam etmesinin beklenememesi olabileceği gibi ortaklık amacına ulaşma olanağına kuvvetli olumsuz etki yapan bir sebep olabilir.⁴⁰

Yargıtay, kararlarında, adi ortaklığın fiilen sona ermiş olmasını haklı nedenle fesih olarak kabul etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.10.2013 günlü, E:2013/13-25, K:2013/1482 sayılı kararında, “fiilen sona eren adi ortaklık için yapılan giderin davalı ortaklardan tahsili için dava açılması talebinde, ortaklığın fesih ve tasfiyesi isteğinin de bulunduğu kabulü gerekir. Zira, bu durum, usul ekonomisi ilkesine de uygun düşmektedir.”⁴¹ ifadele-

B. VERGİ HUKUKU YÖNÜNDEN İŞ ORTAKLIĞI

Vergi mevzuatında joint venture’a ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, 5320 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 1. maddesinin (d) bendinde, 2. maddesinin 7. fıkrasında, 1 Seri Numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 2.5. maddesinde “iş ortaklıkları” kavramı yer almış ve buna ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

40 Şener, Oruç Hami, Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2019, s. 93.

41 Kazancı İçtihat Bankası

Ancak, söz konusu düzenlemeler, iş ortaklıklarına herhangi bir tüzel kişilik veya ehliyet sağlamamaktadır. Nitekim, Danıştay 7. Dairesi’nin 05.06.2007 günlü, E:2004/1887, K:2007/2607 sayılı kararında; belirli bir işin ifası için, belirli bir süre ile sınırlı olarak, birden fazla şirket tarafından kurulan ortaklığa, joint venture (ortak girişim) denildiği, hukukumuzda, bu ortaklıklara ilişkin sözleşmeleri bir bütün olarak ele alan özel bir düzenlemenin mevcut olmadığı, bu ortaklıkların, Kurumlar Vergisi Kanununda, “iş ortaklıkları” adı altında yer aldığı ve vergi mükellefiyeti bakımından bu Kanuna tabi olduklarının ifade edildiği, fakat, adi ortaklık niteliğinde bulunan iş ortaklıklarına mükellef sıfatının tanınmış olmasının da, bu ortaklıklara kişilik kazandırmasının hukuken olanaklı olmadığı yönünde gerekçe yer almıştır.

Öte yandan, Kurumlar Vergisi Kanunu’nda konsorsiyum yer almamakla birlikte, 1 Seri Numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 15. maddesinde de konsorsiyum ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

5320 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 1. maddesi uyarınca, sermaye şirketlerinin, kooperatiflerin, iktisadî kamu kuruluşlarının, dernek veya vakıflara ait iktisadî işletmelerin ve iş ortaklıklarının kazançları kurumlar vergisine tabidir. Kurum kazancı, gelir vergisinin konusuna giren gelir unsurlarından oluşur.

Türk hukukunda iş ortaklığı, özünde tüzel kişiliğe sahip olmayan adi ortaklıktır. Ancak bu ortaklığın iş ortaklığı olarak kurumlar vergisinin yükümlüsü olabilmesi için bazı koşulların varlığı gereklidir. İş ortaklığında bulunması gereken özellik, her ortağın işin belli bölümlerini değil, tamamını üstlenmesidir. Örneğin bir barajın elektrik işi “A” Anonim şirketi, inşaat işi “B” Limited şirketi tarafından üstlenilmişse bu şekildeki faaliyet iş ortaklığı değil, konsorsiyumdur. Buna karşılık barajın elektrik işinin ve inşaat işinin ayrı ayrı iş ortaklıklarınca üstlenilmesine engel yoktur.⁴²

İş ortaklıklarında aranan diğer bir özellik de iş ortaklığı konusunun süresi belli bir iş olmasıdır.

42 Öncel, Mualla; Kumrulu, Ahmet; Çağan, Nami; Vergi Hukuku, Ankara 2005, s. 336.

Süre işin konusuna ve amacına bağlı olarak belirlenir. Sürekli nitelikteki işler için iş ortaklığı kurulamaz. Örneğin bir anonim şirketle bir kollektif şirket bir araya gelip mali müşavirlik yapmak üzere ya da bir ticari işletmeyi birlikte işletmek üzere iş ortaklığı kuramazlar; çünkü bu faaliyetler süreklilik niteliği taşımaktadır.⁴³

1. Kurumlar Vergisi Kanunu

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 2. maddesinin 7. fıkrasında, iş ortaklıklarının mükellef olma durumu düzenlenmiştir.

Buna göre, sermaye şirketlerinin, kooperatiflerin, iktisadi kamu kuruluşlarının, dernek veya vakıflara ait iktisadi işletmelerin kendi aralarında veya şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle, belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan bu şekilde mükellefiyet tesis edilmesini talep edenler iş ortaklıklarıdır. Bunların tüzel kişiliklerinin olmaması mükellefiyetlerini etkilemez.

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 2. maddesinin 7. fıkrasını dikkate alırsak, iki gerçek kişi veya bir gerçek kişi ile bir şahıs ortaklığı arasında bir iş ortaklığı kurulamayacaktır.⁴⁴ Bununla birlikte, söz konusu kural sadece vergi hukuku açısından geçerlidir. Borçlar hukuku bakımından sadece gerçek kişilerden veya şahıs şirketlerinden oluşan bir iş ortaklığının kurulması mümkündür.⁴⁵

Öte yandan, iş ortaklıklarının kurumlar vergisi mükellefi olmaları kendi taleplerine bağlıdır. İş ortaklarının tüzel kişiliği bulunmadığından, iş ortaklığı adına resen kurumlar vergisi tarhiyatı yapılması mümkün değildir.

Danıştay 9. Dairesinin 09.10.2018 günlü, E: 2016/2374, K: 2018/6056 sayılı kararında⁴⁶ tüzel kişiliği bulunmayan iş ortaklığı (ortak girişim) adına kurumlar vergisi tarhiyatı ve ceza kesme işlemi yapılamayacağından; vergi ziyai cezalı kurumlar vergisi ile kesilen özel usulsüzlük cezasında ve davayı

reddeden vergi mahkemesi kararında isabet bulunmadığı yönünde hüküm verilmiştir.

2. Kurumlar Vergisi Genel Tebliği

Genel Tebliğin 2.5. maddesinde, iş ortaklığının tanımı, kapsamı, unsurları ve işin bitiminde çıkan zararların durumuna yönelik açıklamalarda bulunulmuştur.

2.5.2. maddeye göre, kurulacak olan iş ortaklığının kurumlar vergisi mükellefi sayılabilmesi için en az aşağıdaki unsurları taşıması gerekir.

- Ortaklardan en az birisinin kurumlar vergisi mükellefi olması,
- Ortaklığın belli bir işi sonuçlandırmak üzere yazılı bir sözleşmeyle kurulması,
- İş ortaklığı konusunun belli bir iş olması,
- Birlikte yapılacak olan işin belli bir süre içinde gerçekleştirilmesinin öngörülmesi,
- İş ortaklığı ile işveren arasında bir yüklenim sözleşmesinin olması,
- Tarafların, müştereken yüklenilen işin belli bir veya birden fazla bölümünden değil, tamamından işverene karşı sorumlu olmaları,
- İşin bitiminde kazancın paylaşılması,
- Birlikte yapılması öngörülen ve müştereken yüklenilen işin bitimi ve Vergi Usul Kanununda belirtilen mükellefiyetle ilgili ödevlerin tamamının yerine getirilmesiyle mükellefiyetin sona ermesi.

a. İş Ortaklığının Tanımı ve Kapsamı

Anılan Tebliğin 2.5.1. maddesinde, “İş ortaklıkları kazanç paylaşımı amacıyla kurulan ortaklıklar olup ortaklar, belli bir işin birlikte yapılmasını yüklenmektedirler. Şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilerin Kanunun 2. maddesinde sayılanlarla veya Kanunun 2. maddesinde sayılanların kendi aralarında oluşturdukları adi ortaklıklar hakkında, istenilmesi halinde iş ortaklığı olarak kurumlar vergisi mükellefiyeti tesis ettirilebilecektir. Bu durumda, mükelleflerce talep edilmesi halinde tüzel kişiliğinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın iş ortaklıkları,

kurumlar vergisi mükellefi olabileceklerdir.” şeklinde açıklama yapılmıştır.

Bu durumda, bir ortaklığın, iş ortaklığı olarak nitelendirilebilmesi için kazanç paylaşımı amacıyla kurulmuş olması ve belli bir işin birlikte yapılmasının yüklenilmesi gerekmektedir. Bir işin farklı farklı bölümlerinin üstlenilmesi ve yürütülmesi halinde, iş ortaklığına ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmayacaktır.

b. İş Ortaklığının Unsurları

Genel Tebliğin 2.5.2. maddesine göre, kurulacak olan iş ortaklığının kurumlar vergisi mükellefi sayılabilmesi için en az aşağıdaki unsurları taşıması gerekir.

ba. Ortaklardan En Az Birisinin Kurumlar Vergisi Mükellefi Olması

Anılan Tebliğde, bir ortaklığın iş ortaklığı olarak değerlendirilebilmesi için ortaklardan en az birisinin kurumlar vergisi mükellefi olması gerektiği ifade edilmiştir.

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 2. maddesinde mükellefler düzenlenmiştir. Buna göre, sermaye şirketleri; kooperatifler; iktisadi kamu kuruluşları; yabancı devletlere, yabancı kamu idare ve kuruluşlarına ait veya bağlı olup, bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları dışında kalan ticarî, sınaî ve zirai işletmeler vergi mükellefleri olarak belirlenmiştir. Anılan maddede iş ortaklıkları sayılmamıştır. Ancak, Kanun’un 1. maddesinde, “verginin konusu” başlığı altında, iş ortaklıklarının kazançlarının da kurumlar vergisine tabi olduğu belirtildiğinden, iş ortaklıkları da vergi mükellefi olarak değerlendirilecektir. Bununla birlikte, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, iş ortaklıklarını vergi mükellefiyetleri ihtiyaridir.

bb. Ortaklığın Belli Bir İş Sonuçlandırmak Üzere Yazılı Bir Sözleşmeyle Kurulması

Borçlar Kanunu hükümlerine göre sözleşme serbestisi olduğundan, iş ortaklığının kural olarak yazılı bir sözleşmeyle kurulması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Ancak, Genel Tebliğe göre, ortaklığın belli bir işi sonuçlandırmak üzere yazılı bir sözleşmeyle kurulması gerekmektedir. Bu husus bir geçerlilik şartıdır. Burada belli bir iş ile kastedilen “tek iş”tir.⁴⁷ Söz konusu koşullara uymayan iş ortaklıkları vergi hukuku anlamında iş ortaklığı olarak kabul edilmese de, borçlar hukuku kapsamında iş ortaklığı olarak kabul edilecektir. Ancak, bu şartlara uymamanın yaptırımı, ilgili iş ortaklığının kurumlar vergisi mevzuatından yararlanamamasıdır.

Belli bir iş için kurulan iş ortaklığında işverenin birden fazla olması, iş ortaklığının da birden fazla olmasını gerektirmez. Bununla birlikte, bir işverene karşı birden fazla işin, iş ortaklığı çerçevesinde yüklenilmesi halinde her iş, ayrı bir iş ortaklığının kurulmasını gerektirecektir.⁴⁸

bc. Ortaklığın Konusunun Süresi Belli Bir İş Olması

Genel Tebliğde, iş ortaklığının unsurları arasında, birlikte yapılacak olan işin belli bir süre içinde gerçekleştirilmesinin öngörülmesi gerektiği belirtilmiştir. Sürekli nitelikte işler için iş ortaklığı kurulamaz. Süresi biten iş ortaklığının da ortakların işe devam etmeleri nedeniyle yeni bir iş ortaklığına dönüştürülmesi söz konusu değildir.

Uygulamada, ortakların, işin bitirilmesinden sonraki dönemlerde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözülmesi için bir ek süre gösterdiği ve ortaklığın süresini işin süresinden uzun tuttuğu görülmektedir.⁴⁹

bd. Yüklenim Sözleşmesi

İş ortaklığının kurumlar vergisi mevzuatından yararlanabilmesi için, öncelikli olarak bir işin var olması, daha sonra ise iş ortaklığı ile işveren arasında bir yüklenim sözleşmesinin bulunması gerekmektedir.

⁴⁷ Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal, s. 159.

⁴⁸ Nalcı, Caner; Engin, Nesrin Fırat; “Türk Vergi Sisteminde İş Ortaklıkları ve Ortaklık Kazancının Vergilendirilmesinde Özellik Arz Eden Durumlar”, Vergi Raporu, Sayı 190, Temmuz 2015, s. 34

⁴⁹ Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal, Ankara 1988, s. 159.

⁴³ Öncel, Mualla; Kumrulu, Ahmet; Çağan, Nami; s. 336.

⁴⁴ Dayınlarlı, Kemal, s.272.

⁴⁵ Barlas, Nami, s. 280.

⁴⁶ Kazancı İçtihat Bankası

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 4. maddesinde, “yüklenici”nin, üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekliyi; “sözleşme”nin ise, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan anlaşmayı ifade ettiği belirtilmiştir.

Yüklenim sözleşmesi, iş ortaklığı ile iş sahibi arasında imzalanan sözleşmeyi ifade etmektedir. Bilindiği üzere, iş ortaklarının kendi arasında imzalamış olduğu sözleşme ile iş ortaklarının işveren ile akdettikleri sözleşme olmak üzere iki farklı hukuki ilişki bulunmaktadır.

İhaleye hazırlık aşmasında olan iş ortaklarının kendi aralarında imzalamış oldukları sözleşme uyarınca söz konusu ortaklar arasındaki bu ilişkinin kurumlar vergisi mevzuatı açısından iş ortaklığı olarak değerlendirilmesine olanak yoktur. Söz konusu ortaklar, ihaleyi aldıktan sonra işveren ile sözleşme imzaladıkları takdirde, kurumlar vergisi mevzuatı bakımından iş ortaklığı ilişkisi kurulmuş olacaktır.⁵⁰

be. Müteselsil Sorumluluk

Genel Tebliğde, iş ortaklığı için, tarafların, müştereken yüklenilen işin belli bir veya birden fazla bölümünden değil, tamamından işverene karşı sorumlu olmaları gerektiği belirtilmiştir.

İş ortaklığını oluşturan taraflar, müştereken yüklendikleri işin tamamının ifasından dolayı iş sahibine karşı müştereken ve müteselsilen sorumludur. İş ortaklarının, faaliyet alanı ve yüklenilen işin özelliği ortakların işin tamamından sorumlu tutulmalarına uygun olmasa dahi, sorumluluğun niteliği değişmeyecektir. Dolayısıyla her bir ortak, iş sahibine karşı işin tamamından sorumlu olacaktır.⁵¹

bf. İşin Bitiminde Kazancın Paylaşılması

Adi ortaklıklar, kurumlar vergisi mükellefi olmamalarına rağmen katma değer vergisi mükellefi olmaları nedeniyle ayrı defter tutabilmekte, muhtasar vergi yükümlülüklerini yerine getirmek için vergi mükellefiyeti tesis ettirebilmektedir.

İş ortaklıkları ise, adi ortaklıklardan farklı olarak Kurumlar Vergisi Kanunu’nda ayrı bir kurum olarak değerlendirildiği ve kurumlar vergisi mükellefi sayıldıkları için, iş ortaklıklarının faaliyetinden doğan kazanç kurumlar vergisine tabi tutulmakta ve vergi sonrası kazanç ortakların hisselerine göre ortaklara dağıtılmaktadır. İş ortaklıklarının kurumlar vergisi mükellefi olan ortakları için ortaklık kazancından aldıkları paylar iştirak kazancı olarak nitelendirilmiş ve Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 5. maddesine göre kurumlar vergisinden istisna edilmiştir.⁵²

bg. Birlikte Yapılması Öngörülen ve Müştereken Yüklenilen İşin Bitimi Ve Vergi Usul Kanununda Belirtilen Mükellefiyetle İlgili Ödevlerin Tamamının Yerine Getirilmesiyle Mükellefiyetin Sona Ermesi.

İş ortaklıkları belli bir işi yapmak ve kazancını paylaşmak amacıyla kurulan ortaklıklar olup işin bitmesi ve ortaklığa ait vergisel ödevlerin yerine getirilmesi ile ortaklık son bulacaktır. Belli bir iş için kurulacak iş ortaklıklarında işin bitim tarihi, taahhüt sözleşmesinde belirlenen esaslara göre tayin olunacaktır. İş ortaklığının konusunun inşaat ve onarma işi olması halinde işin bitim tarihi Gelir Vergisi Kanunu’nun 44. maddesinde belirlenen esaslara göre tespit edilecektir.⁵³

1 Seri Nolu KVK Genel Tebliğinden, işin bitiminin iş ortaklığının mükellefiyetinin de sona erdiği anlamı taşımamaktadır. Mükellefiyetin sona erdirilebilmesi için mükellefiyetle ilgili ödevlerin tamamının yerine getirilmesi gerekir. (vergilerin tamamının ödenmesi veya iade alınacak vergilerin iade alınması gibi)⁵⁴

Öte yandan, iş ortaklıklarının tasfiyesi, Borçlar Kanunu’ndaki adi ortaklıkların dağılmasına ilişkin hükümlere göre yapılacaktır.

3. İş Ortaklığında Zarar Mahsubu

İş ortaklığını kuran ortakların, kurmuş oldukları iş ortaklığı adına mükellefiyet tesis etmeleri ve

yüklenilen işin zararlar sonuçlanması halinde, ortakların söz konusu zararı mahsup edip edemeyecekleri hususu tartışma konusu olmakla birlikte, bu durum Danıştay 4. Dairesi’nce kabul edilmemiştir.

Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 2.5.3. maddesinin son paragrafında, kurumlar vergisi mükelleflerinin zararlarının, bu mükelleflerin ortaklarında indirilebilmesinin mümkün olmadığı, aynı durumun kurumlar vergisi mükellefi iş ortaklıklarının zararları için de geçerli olduğu ifade edilmiştir.

Bahse konu düzenlemenin iptali istemiyle açılan dava ise, Danıştay 4. Dairesi’nin 03.12.2008 günlü, E:2007/2306, K:2008/4933 sayılı⁵⁵ kararıyla reddedilmiştir.

Anılan Daire kararında, “İş ortaklıklarının mükellefiyet tesisi ortaklarının tercihine bırakılmıştır. İş ortaklıklarının mükellefiyet tesis ettirmeleri halinde ‘iş ortaklığı’, mükellefiyet tesis ettirmemeleri halinde ise ‘adi ortaklık’ olarak yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerekmektedir. İş ortaklığı olarak mükellefiyet tesisi halinde, şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilerin Kanunun 2. maddesinde sayılanlarla veya 2. maddede sayılanların kendi aralarında oluşturdukları iş ortaklıklarının ortaklarından bağımsız olarak kurumlar vergisi mükellefi olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Dolayısıyla, iş ortaklığı adına bilanço usulüne göre defter tasdik ettirilecek, ortaklığa ait tüm işlemler bu defterlere işlenecek, alınan mal ve hizmetlere ilişkin belgeler ortaklık adına alınacak, fatura ve benzeri diğer belgeler iş ortaklığı adına bastırılıp, tasdik ettirilecek, tüm vergi beyannameleri ortaklık adına verilecektir. Ortakların payına düşen kazanç, ortak tüzel kişilik ise iştirak kazancı olarak aynı yılda kendi mükellefiyetlerine ait netice hesaplarına alınacak, ancak tekrar vergilendirilmeyecek, ortak gerçek kişi ise, payına düşen kazanç menkul sermaye iradı olarak beyan edilecektir. Bu durumda, belli bir iş için kurulan iş ortaklığı tarafından tercih hakkı kurumlar vergisi mükellefiyeti tesis ettirmek yönünde kullanıldığında vergilendirme ve kar dağıtımı Kurumlar Vergisi Kanununa göre yapılacağından yüklenilen işin zararlar sonuçlanması durumunda kurumlar

vergisi mükellefi olan iş ortaklığının, ortaklarının bu zararı mahsup edebileceklerini söylemek Kurumlar Vergisi Kanununun zarar mahsubuna ilişkin 9. maddesi uyarınca da mümkün olmadığından 1 sıra nolu Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Tebliğinin iş ortaklığının zarar mahsubuyla ilgili 2.5.3 numaralı bölümünün son paragrafında yer alan dava konusu düzenlemede yasaya aykırılık görülmemiştir.” gerekçesine yer verilmiştir.

C. KAMU İHALE HUKUKU YÖNÜNDEN JOİNT VENTURE

Kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde esas ve usulleri belirlemek amacıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe konulmuştur.

Anılan Kanun kapsamında yer alan idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihaleleri Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre yürütülmektedir. (4734 sayılı Kanun, m. 2)

Kamu kaynaklarının etkin ve verimli bir şekilde kullanılabilmesi, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanabilmesi için Kamu İhale Kanunu’nda bazı temel ilkeler getirilmiştir. Bunlar; saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamu oyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ile kaynakların verimli kullanılmasıdır. (4734 sayılı Kanun, m. 5)

Kamu ihalelerinin köprü, otoyol, baraj, termik santral gibi çok büyük çapta ve özel uzmanlık gerektiren alanlarda yapıldığı dikkate alındığında, ihalede rekabeti artırmak amacıyla joint venture ve benzeri ortaklıkların ihalelere teklif vermesini kolaylaştıracak hukuki düzenlemelerin yapılması kamu yararı ve hizmet gerekleri uyarınca zorunluluk arz etmektedir.

Ülkemizde, joint venture, ilk olarak kamu kurumları tarafından açılan otoyol, köprü, baraj ve termik santral ihalelerine uluslararası firmaların yerli firmalarla olan ilişkilerinde ve daha sonrasında yürütülen büyük projelerde yerli firmalar arasından da sıkça başvuru ortaklık yapısı olmuştur.

50 Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal, s. 161.

51 Dayınlarlı, Kemal, s. 284.

52 Nalci, Caner; Engin, Nesrin Fırat, s. 38

53 Nalci, Caner; Engin, Nesrin Fırat, s. 36.

54 Nalci, Caner; s. 36.

55 Kazancı İçtihat Bankası.

1. Kamu İhale Kanunu'nda Yer Alan Düzenlemeler

4734 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde, ortak girişimin, ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları ifade ettiği belirtilmiştir.

Ortak girişimler, tedarikçi, hizmet sunucusu ve yapım müteahhidi olabilirler ve ihaleye teklif verebilirler.

Kamu İhale Kanunu, ortak girişim müessesesini iş ortaklığı ve konsorsiyum olmak üzere iki şekilde yapılandırmıştır.

Anılan Kanun'un 14. maddesinde; "Ortak girişimler birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabilir. İş ortaklığı üyeleri, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere, konsorsiyum üyeleri ise, hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar. İş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebilir. Ancak idareler, işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi durumunda, ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceğini ihale dokümanında belirtirler. İhale aşamasında ortak girişimden kendi aralarında bir iş ortaklığı veya konsorsiyum yaptıklarına dair anlaşma istenir. İş ortaklığı anlaşmalarında pilot ortak, konsorsiyum anlaşmalarında ise koordinatör ortak belirtilir. İhalenin iş ortaklığı veya konsorsiyum üzerinde kalması halinde, sözleşme imzalanmadan önce noter tasdikli iş ortaklığı veya konsorsiyum sözleşmesinin verilmesi gerekir. İş ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları, konsorsiyum anlaşma ve sözleşmesinde ise, konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, işin hangi kısmını taahhüt ettikleri ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarındaki koordinasyonu sağlayacakları belirtilir." hükmü yer almıştır.

İhalenin ortak girişim üzerinde kalması halinde, sözleşmenin bütün ortaklar tarafından imzalanması gerekmektedir. (m. 46)

Ortak girişimlerin yerli istekli sayılabilmeleri için ise bütün ortaklarının yerli istekli olması koşulu aranmıştır. (m. 63/f)

2. Kamu İhale Genel Tebliği'nde Yer Alan Düzenlemeler

Kamu İhale Kanunu'nda yer alan hükümlerle ilgili olarak tereddütleri gidermek ve ihalelerde uyulması gerekli esasları belirlemek amacıyla Kamu İhale Genel Tebliği çıkartılmıştır.

Bilindiği üzere, ihalelere teklif verme aşamasında, ihale konusu işin niteliğine göre, ihaleye katılacak olan gerçek ve tüzel kişiler ile ortak girişimlerden bazı yeterlik kriterleri aranmaktadır. Bunlar arasında, iş deneyim belgesi, anahtar teknik personel ya da yatırılacak teminat tutarı gibi hususlar gösterilebilir.

İhaleye ortak girişim olarak teklif verildiğinde, teminat miktarının teklif tutarlarına bakılmaksızın ortakların biri veya bir kaç tarafından karşılanmasında herhangi bir sakınca görülmemiştir. (Kamu İhale Genel Tebliği, m. 18.7) Yine, iş deneyim belgelerinin yeterlik kriteri olarak belirlendiği ihalelerde de aynı kural geçerlidir.

Yüklenicisi ortak girişim olan ihalelerde, iş deneyimini tevsiken sunulan iş deneyim belgesine sahip ortağın iflası ya da ölmesi halinde, ilgili ortak (pilot veya koordinatör) tarafından kendisine ait yeterlik koşulunu sağlayan iş deneyim belgesi sunulursa sözleşmeye devam edilebilecektir. Ancak, ilgili ortak kendisine ait iş deneyim belgesini sunamaz ise, diğer ortaklarca yeterlik koşulunu sağlayan iş deneyim belgesi sunulabilir. Bu belgenin ihaleyi yapan idarece uygun görülmesi halinde, sözleşmeye devam edilebilecektir. Ancak bunun için, teminat dahil o iş için pilot veya koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi gerekmektedir. (m. 42.5)

Ortak girişim ortaklarından bir veya birkaçının yasak fiil ve davranışlarda bulunması halinde, yasak fiil veya davranışı işleyen ve iştirak eden ortaklar

hakkında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama ve teminatın gelir kaydedilmesi yönündeki yaptırımlar uygulanacaktır. (m. 28.1.7)

3. İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik

Joint venture'ların, ihaleye katılan diğer istekliler gibi, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle ihaleyi yapan idareye şikâyet başvurusunda bulunma, söz konusu başvurularının reddinden sonra ise Kamu İhale Kurulu'na itirazın şikâyet başvurusu yoluna gitme hakları bulunmaktadır. (4734 sayılı Kanun, m. 54-56)

Ancak, joint venture'ların bahse konu başvurularını yapabilmeleri için, bir takım şekil şartlarını yerine getirmeleri gerekmektedir.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin "Başvuruların şekil unsurları" başlıklı 8. maddesinin sekizinci fıkrasında, "Ortak girişim adına yapılacak şikâyet veya itirazın şikâyet başvurularının, pilot ortak/koordinatör ortak veya temsil yetkisi verilen özel ortak ya da ortakların tamamı tarafından yapılması zorunludur. Bu başvurulara, ortak girişim beyannamesinin veya sözleşmesinin, özel ortak tarafından yapılan başvurularda ayrıca özel ortağa temsil yetkisi verildiğine ilişkin belgenin eklenmesi gerekir." düzenlemesi yer almıştır.

Danıştay 13. Dairesi'nin 04.01.2018 günlü, E:2017/2723, K: 2018/38 sayılı kararında⁵⁶; "ortak girişim adına özel ortak olarak şikâyet başvurusunda bulunan davacı şirketlerden UDK Mühendislik Müşavirlik İnşaat Nakliye Temizlik İthalat İhracat San. Tic. A.Ş.'nin şikâyet başvurusu ekinde, özel ortağa şikâyet başvurusunda bulunma hususunda temsil yetkisi verildiğine ilişkin bir belgenin sunulmadığı, buna göre ihaleyi yapan idareye usulüne uygun bir şikâyet başvurusunda bulunulmadığı, davacı tarafından itirazın şikâyet başvurusunda bu işlemin yerinde olmadığına dair bir iddida da bulunulmadığı dikkate alındığında, itirazın şikâyet başvurusunun şekil yönünden reddine ilişkin Kurul kararında hukuka aykırılık, dava konusu

işlemin iptali yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır." gerekçesine yer verilmiştir.

Görüleceği üzere, ortak girişimlerin katılmış olduğu ihalelerde, şikâyet başvurusunda bulunabilmeleri için, joint venture şirketine şikâyet başvurusunda bulunma hususunda temsil yetkisi verildiğine dair bir belgenin sunulması zorunludur.

D. REKABET HUKUKU YÖNÜNDEN JOINT VENTURE

Joint venture sözleşmelerinin, joint venture'i oluşturan ortakların lehine, mal ve hizmet piyasasında önemli derecede ekonomik avantajlar sağladığı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte, joint venture, bazı durumlarda rekabeti engelleyici ya da sınırlayıcı etkilere neden olabilmektedir.⁵⁷

Bu nedenle, rekabetin korunması için bazı yasal düzenlemeler yapılmıştır.

1. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Joint Venture

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak amacıyla yürürlüğe konulmuştur.

Yoğunlaşma (birleşme ve devralma), ekonomik kaynak ve faaliyetler toplamının (emek gücü, satışlar, gelir ve firmaların sahip olduğu varlıklar) büyük bir yüzdesinin, bu toplama sahip olan veya kontrol eden birimlerin küçük bir yüzdesi veya birkaç tanesi tarafından kontrol edilmesi ya da sahiplenilmesidir.⁵⁸

⁵⁷ Güven, Pelin, Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara 2002, s. 183.

⁵⁸ Polat, Çetin, "Yoğunlaşma ve Piyasa Yapısı İlişkisi Çerçevesinde Türk Çimento Sektörünün Yapısal Analizi", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 7, Sayı 2, 2007, s. 99.

Yoğunlaşma ilkesel olarak kabul edilebilir bir durumdur; çünkü ekonomik bütünleşmeyle genişleyen pazar, daha büyük girişimleri gerektirir. Ancak, rekabet karşıtı bir yoğunlaşma genellikle rekabet otoritelerinin gözettiği refah standardı olan tüketici fazlasını azaltan yoğunlaşmalar olarak algılanmaktadır.⁵⁹

Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır. Söz konusu 4. maddeye göre, bu haller özellikle şunlardır:

“a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tesbit edilmesi,

b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi”

59 Kaya, Ş. D.; Madan, Z.; sesli, E., “Yoğunlaşmalarda Yapısal Tedbir Mekanizması ve Etkinlik Değerlendirmesi”, Rekabet Dergisi, Ankara 20019, 10 (2), s. 54.

Diğer yandan, Yasa'nın 5. maddesi uyarınca, “Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:

a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,

b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,

c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,

d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlandırılması.

(Değişik ikinci fıkra: 2/7/2005-5388/1 md.)

Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir.

Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir.”

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi de, “Birleşme ve Devralma” başlığını taşımakta olup, hangi tür birleşme ve devralmaların hukuka aykırı olduğunu düzenlemektedir.

Anılan maddeye göre, bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetime hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır. (m. 7/1)

Birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için yetkili organ ise Rakebet Kuruludur. Kurul, bu husustaki uygulamaları hazırlamış olduğu tebliği ile belirlemiştir.

2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 5/1. maddesinde, “Kontrolde kalıcı değişiklik getirecek şekilde; a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da, b) Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması, Kanunun 7. maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır.” kuralı yer almıştır.

Tebliğin 5/3. maddesinde de ortak girişimlere yer verilmiş ve anılan düzenlemede, “bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemi”, “bu tür işlemlerde, işlem taraflarının herbiri de devralan” olarak kabul edilmiştir.

Diğer yandan, teşebbüsler arasında rekabeti sınırlandırıcı amacı veya etkisi olan ve bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, Kanunun 4. ve 5. maddeleri çerçevesinde de değerlendirilmektedir. (2010/4 sayılı Tebliğ, m. 13/3) Yani, bu durumda, Kurul söz konusu ortak girişimin oluşturulmasını Rekabet Kanunu'na aykırı bularak bu girişimin oluşumuna izin vermeyebileceği gibi, söz konusu ortak girişimin süresinde belirli bir kısıtlamaya da gidebilecektir.

2. Örnek Uygulama

Opet Petrolcülük A.Ş. ile Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığı ortak girişim şirketi kurmak için Rekabet Kurulu'na başvurmuş; Rekabet Kurulu 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi uyarınca 26.08.2009 tarih ve 09-39/981-247 sayılı kararı ile söz konusu ortak girişimin kurulmasına izin vermiştir. Bunun üzerine, havacılık

yakıtları pazarına hakim konumunda olan POAŞ, anılan Kurul işleminin iptali istemiyle dava açmıştır.

POAŞ'ın açtığı dava, Danıştay 13. Dairesinin 04.06.2015 günlü, E:2009/7085, K:2015/2081⁶⁰ sayılı kararıyla reddedilmiştir.

Anılan Danıştay kararının gerekçesinde, “Dava konusu olay havacılık yakıtları pazarında tedarik-arz zinciri bakımından ele alındığında; bu zincirin en stratejik halkası olan dağıtım pazarında mevcut durumda ve tarihsel olarak hakim konumda bulunan teşebbüsün POAŞ olduğu, POAŞ-SHELL-MOBİL-BP'den oluşan havacılık yakıtları dağıtım pazarının, benzer pazar payları ile 1995 yılında bu yana değişiklik göstermediği, havacılık yakıtları rafineri ürünü olup, tedarik kaynağı açısından benzin ve motorin ürünlerinden bir farkının olmadığı, benzin ve motorin gibi akaryakıt ürünleri pazarlarındaki akaryakıt dağıtım firmalarının pazar paylarının sürekli değiştiği ve bu pazarlarda nispeten rekabetçi dinamik bir yapının mevcut olduğu, ancak havacılık yakıtları pazarının rekabetten uzak durağan bir görünüm arz ettiği, havacılık yakıtları pazarına yeni girişlerin havaalanlarına gerekli altyapıyı yapmakla mümkün olduğu, bu noktada, Sabiha Gökçen ve Uşak Havaalanları dışındaki bütün hava meydanlarında faaliyet gösteren POAŞ'ın İzmit Rafinerisinden çıkan ve Trakya'ya kadar uzanan Nato Boru Hattına eklenen boru hattıyla doğrudan Atatürk Havaalanındaki depolarına ürün sevk edebilme avantajına sahip bulunduğu, bu avantajın POAŞ'ı havacılık yakıtları pazarında hakim duruma getirdiği, söz konusu yapı içerisinde, ülkenin tamamına uçuş gerçekleştiren ve Atatürk Havaalanında da oldukça yüksek bir alım yapan THY'ye POAŞ'ın alternatifi olmayan tekel konumunda bir sağlayıcı olduğu, havacılık yakıtları pazarında POAŞ'a alternatif olarak bir rakibin çıkmasının ancak pazardaki mevcut teşebbüslerin ya da yeni girişlerin yapacakları yüksek miktardaki altyapı yatırımı ile mümkün olabileceği, söz konusu ortaklığın etkilerine dair olarak, gerek dağıtım firmaları, gerekse havacılık firmalarıyla görüşmeler yapıldığı, bu görüşmelerden birinin POAŞ ile gerçekleştirildiği, geline aşamada OPET-THY ortaklığıyla havacılık yakıtları pazarının

60 Kazancı içtihat bankası.

statik yapısının rekabete açılacağı, dosya kapsamından, havacılık yakıtları pazarına girişin ancak yeni ve yüksek yatırımların yapılmasıyla mümkün olabileceğinin anlaşıldığı, bu yüksek miktardaki yatırımları yapacak firmanın ise, yatırımlar bakımından en büyük alıcı olan THY ile yatay anlaşma/işbirliği, dikey anlaşma ya da birleşme/devralma yöntemlerinden herhangi biriyle bir ilişki içine girmeyi tercih etmesinin de ticari ve ekonomik bir yaklaşım olduğu, OPET'in sahip olduğu yüksek sermayeli yatırım gücünün bu ortaklık için bir avantaj teşkil edeceği, ortaklardan birinin THY gibi büyük bir alıcı olmasının da bu ortaklığın bir başka rekabetçi avantajı olduğu, THY'nin tedarikçisini değiştirmesinin en çok POAŞ'ın müşterisini kaybetmesine neden olabileceği görülmektedir.

Her ne kadar davacı şirket tarafından, ortak girişim sözleşmesinin POAŞ'ı dışlamaya yönelik rekabeti kısıtlama amacı taşıyan bir husus oluşturduğu ve beş yıl süreli dikey anlaşma ve yine beş yıllı sınırlanması koşulu getirilen "Çözumsuzlük Hali" başlıklı 8. maddenin, söz konusu ortak girişimin tam işlevsel olmaktan çıkmasına ve yine rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkiye sahip kabul edilmesine yol açtığı ileri sürülmekte ise de, tam işlevsellik kriterinin belirlenmesinde etkili olan unsurun, ana teşebbüslerin ilgili ürünün alt ve üst pazarlarında önemli derecede varlıklarını sürdürdüğü durumlarda, ana teşebbüslerle ortak girişim arasındaki ilişkinin mahiyeti olduğu, ortak girişimin, ürünlerinin önemli bir bölümünü ana teşebbüslere sağlayıp, piyasadaki diğer teşebbüslere kayda değer biçimde satış yapmıyorsa, bu durumun ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak nitelendirilemesi sonucunu doğuracağı, ancak ortak girişimin, satışlarının önemli bir bölümünü ana teşebbüslere gerçekleştirirse dahi bu durumun bazı şartlar altında makul sayılması gerektiği, buna göre ortak girişimin ilk kuruluş yıllarında ana teşebbüslere satışının yüksek seviyelerde olması halinde, ortak girişimin tam işlevsel olarak kabul edilebileceği, bu sürenin ortak girişimin piyasada tutunabilmesi için gereken bir süre olmasının ve genellikle piyasanın kendine has yapısına göre değişebilmekle birlikte ilk üç yılın yeterli olduğu, ayrıca ana teşebbüslere satışlar

piyasa şartlarında vuku buluyorsa satışlar içindeki payı çok yüksek de olsa ortak girişimin tam işlevsel olarak kabulü gerektiği hususları dikkate alındığında, bu iddiaya itibar edilmemiştir.

Öte yandan, genellikle sözleşmelerde makul görülen süre üç yıl olmakla birlikte, bu ortak girişimin ilgili pazarda tutunabilmesinin, gerekli yatırımları tamamlayabilmesine ve fiilen ürün alım satımına başlayabilmesine bağlı olduğu hususu göz önüne alındığında, ortak girişime tanınan beş yıllık sürenin makul olduğu, dolayısıyla ortaklığın gerekli yatırımları yapabilmesi ve hizmet bedeli bakımından da uygun fiyatlar sunmasıyla birlikte THY'nin tedarikçisini değiştirmesinin söz konusu olabileceği açıktır.

Bu açıklama ve tespitler karşısında, ilgili pazarı rekabete açmak amacıyla ortak girişim işlemine yönelik olarak tesis olunan davaya konu Kurul kararında hukuka aykırılık görülmemiştir." gerekçesine yer verilmiştir.

Görüleceği üzere, Danıştay, ortak girişimin, satışlarının önemli bir bölümünü ana teşebbüslere gerçekleştirirse dahi bu durumun bazı şartlar altında makul sayılması gerektiğini belirtmiş ve Opet Petrolcülük A.Ş. ile Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığının ortak girişim şirketi kurmasını Rekabet Kanunu'na aykırı bulmamıştır.

SONUÇ

İki veya daha fazla sayıda gerçek ya da tüzel kişinin belirli bir girişi, yatırımı ya da faaliyeti, söz konusu işlerin yürütüldüğü dönemde ya da sınırlı bir süre için müşterek olarak yürütmek üzere oluşturdukları ortaklık olarak tanımlanan joint venture hukukumuzda açık bir şekilde düzenlenmemiştir.

Joint venture, yapısal bakımdan (sözleşmeye dayalı – sermayeye katılmalı joint venture), tarafların tabiyetleri açısından (ulusal – uluslararası joint venture), konusu bakımından (araştırma ve geliştirme – üretim – pazarlama ve dağıtım), tedarik edici veya yönlendirici olmaları açısından, tarafların pazar konumları bakımından (yatay – dikey joint venture) çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bununla birlikte, tüm joint venture'lar temelde iki

ayrım üzerine (sözleşmeye dayalı – sermayeye katılmalı joint venture) kurulmaktadır.

Joint venture'lar, taraflar arasındaki bir sözleşmeye dayanır. Bu sözleşmenin kural olarak belirli bir şekil şartı yoktur. Taraflar aksini kararlaştırmışlar ise, söz konusu usule ilişkin kurallar uygulanacaktır.

Sermayeye katılmalı joint venture'da, önce, taraflar arasında temel sözleşme imzalanmaktadır. Bu sözleşmede, taraflar arasındaki işbirliğinin amacı, kurulacak olan ortaklığın türü, merkezi, süresi, sermayesi, yönetimi, denetimi, temsili, kar dağıtımı, ortaklığa katılım oranları gibi hususlar düzenlenmektedir. Daha sonra ise, kurulacak ortaklığın türüne göre bir ortaklık sözleşmesi ve ortakların kurulan ortaklık ile arasındaki ilişkiyi düzenleyen uydu sözleşmeleri olacaktır.

Joint venture, kar amacıyla kurulması ve yapılan işten ortakların tümünün sorumlu olması nedeniyle konsorsiyumdan; müşterek bir amacı gerçekleştirmek amacıyla oluşturulmasından dolayı kartelden; hukuken ve ekonomik olarak bağımsız olan kişi ve kuruluşlar tarafından kurulması nedeniyle de konsernden ayrılmaktadır.

Joint venture sözleşmeleri adi ortaklık sözleşmesi niteliğindedir. Bu nedenle, ortaklar arasında kurulan sözleşmede aksi bir hüküm bulunmadığı ve ortakların aralarındaki hukuki ilişkiye uyduğu sürece Türk Borçlar Kanunu'nun 620. vd. hükümleri uygulanacaktır.

Türk hukuk mevzuatında joint venture ile ilgili özel bir düzenleme yer almamaktadır.

Bununla birlikte, Kurumlar Vergisi Kanunu'nda iş ortaklıklarının mükellefiyeti; Kamu İhale Kanunu'nda ortak girişimlerin ihalelere katılabilmeleri; Rekabet Kanunu'nda ise ortak girişimlerin söz konusu ortaklığın kurulmasından önce Rekabet Kurulu'ndan izin almaları gibi konular üzerinde düzenlemeler yapılmıştır. Ancak, bu düzenlemeler hem çok kısıtlı, hem de ihtiyaçlara cevap vermekten oldukça uzaktırlar.

Örneğin, ortakların kurmuş oldukları joint venture, ortak girişim ya da iş ortaklığı zarar ederse, söz konusu zarar ortaklık karından mahsup edilemeyecektir. Yine, iş ortaklıklarının kurumlar vergisine

tabi olmaları da onlar için ilave bir avantaj sağlamamaktadır.

Ortak girişimler açısından avantajlı olan tek durumun, bu oluşumların kamu ihalelerine katılabilmeleridir. Ancak, bu husus, zaten, söz konusu ihalelerin (otoyol – köprü – baraj – havaalanı yapımı, termik santral ihaleleri gibi) niteliği gereği zorunluluk arz etmektedir. Çünkü, şirketlerin, söz konusu büyük yatırımları tek başlarına gerçekleştirebilmeleri neredeyse mümkün olmadığından, birden fazla şirketin geçici olarak bir araya gelmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Hukukumuzda, yatırımların teşvik edilmesi ve ekonominin hızlı ve dinamik bir şekilde gelişebilmesi için, joint venture ile ilgili ayrı bir kanuni düzenlemenin yapılması, joint venture'a ilişkin kuralların konulması, bu girişimlerle ilgili çıkan uyuşmazlıklar için özel uzmanlıklar sahip yargıçlardan oluşan hızlı, etkin ve güvenilir bir yargılama sisteminin kurulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKÇA, Haşim, Vergisel Açidan Holdinglerin Durumu, Sayıştay Dergisi, Sayı 30, Temmuz-Eylül, 1998.

AKYOL, Şener, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) II. Fasikül: Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 1997.

ALTAY, Sıtkı Anlam, **Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)**, İstanbul 2009.

ARKAN, Sabih, Adi Şirket Ortağına Sözleşmeyle Verilen İdare Yetkisinin Kaldırılması ve Sonuçları, BATIDER 2001, C. 21, Sayı 2.

ARSLANLI, Halil, Şirket Mukaveleleri ile Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükleme Akitleri Arasındaki Ayrımlar ve Bunları Tefrika Yarayan Ölçüler, İÜHF 1945, C. 11, Sayı. 3-4.

BARLAS, Nami, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, İstanbul 2012.

BAŞTUĞ, İrfan, **Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri**, İzmir 1974.

BİLGİLİ, Fatih; Demirkapı, Ertan, **Şirketler Hukuku**, Bursa 2013. Çakır Çelebi, F. Betül, "Joint Venture'in Hukuki Niteliği", **YBHD**, 2017/2.

DAYINLARLI, Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, Ankara, 2007.

DOĞANAY, Ümit Yaşar, **Adi Şirket Akdi**, İstanbul 1968.

DOMANİÇ, Hayri, **Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler**, İstanbul 1970.

DOMANİÇ, Hayri, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Adi Şirketler, Kollektif ve Komandit Şirketler**, İstanbul 1988.

GÖLE, Celal, Covid 19 Uzaktan Eğitim Dersleri, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora, Ankara, 2020.

GÜVEN, Pelin, **Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**, Ankara 2002.

JAEGER, H. Walter, **Partnership or Joint Venture**, 37 Notre Dame L. Rev. 138 (1961).

KALPSÜZ, Turgut, **Şirketler Hukuku II, Şahıs Şirketleri**, Ankara 1964.

KAPLAN, İbrahim, **İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı – Joint Venture**, Ankara 2013.

KARAYALÇIN, Yaşar, **Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku**, Ankara 1973.

KAYA, Ş. D.; Madan, Z.; Sesli, E., “Yoğunlaşmalarda Yapısal Tedbir Mekanizması ve Etkinlik Değerlendirmesi”, Rekabet Dergisi, Ankara 20019, 10 (2). Kazancı İçtihat Bankası

KILIÇ, Mustafa, **Küreselleşme Sürecinde Ortak Teşebbüsler**, İzmir, 2008

KIRCA, İsmail, **Adi Şirket Ortağının Özen Borcu**, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, 2003.

KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt 3, İstanbul 2001.

KORKUT, Ömer, “Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim (Joint Venture) ve İş Ortaklığı, Legal Hukuk Dergisi, Nisan 2007.

MOROĞLU, Erdoğan, **Adi Şirkete Dair, Makaleler II**, İstanbul 2016.

MOROĞLU, Erdoğan, **Oy Sözleşmeleri**, İstanbul, 2007.

MUCUK, İsmet, **Modern İşletmecilik**, İstanbul 1998.

NALCI, Caner; ENGİN, Nesrin Fırat; “Türk Vergi Sisteminde İş Ortaklıkları ve Ortaklık Kazancının Vergilendirilmesinde Özellik Arz Eden Durumlar”, **Vergi Raporu**, Sayı 190, Temmuz 2015.

OVACIK, Mustafa, **İngilizce – Türkçe Hukuk Sözlüğü**, Ankara, 2000.

ÖNCEL, Mualla; KUMRULU, Ahmet; ÇAĞAN, Nami; **Vergi Hukuku**, Ankara 2005.

ÖZSUNAY, Ergun; **Kartel Hukuku**, İstanbul 1985.

ÖZTÜRK, Pınar; **Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul 2001.

POLAT, Çetin, “Yoğunlaşma ve Piyasa Yapısı İlişkisi Çerçevesinde Türk Çimento Sektörünün Yapısal Analizi”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 7, Sayı 2, 2007.

POROY, Reha; TEKİNALP, Ünal; ÇAMOĞLU, Ersin; **Ortaklıklar Hukuku I**, İstanbul 2014.

POROY, Reha; TEKİNALP, Ünal; ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, İstanbul 2019.

PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara 2015.

PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, Cilt I, İstanbul 2018.

REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2014.

ŞENER, Oruç Hami, **Adi Ortaklık**, Ankara 2008.

ŞENER, Oruç Hami, **Ortaklıklar Hukuku**, Ankara 2019.

TAUBMAN, Joseph, **What Constitutes Joint Venture**, Summer 1956.

TANDOĞAN, Haluk, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu –Joint Venture– (Prof. Dr. Hikmet Belbez’in Hatırasına Armağan), BATİDER, C.13, Sayı:3-4, Ankara, 1986.

TASLACIOĞLU, İlker, Türk Hukukunda İş Ortaklığı Olarak Nitelendirilen Joint Venture’ların Vergilendirilmesi, Maliye Dergisi, Sayı: 131, Ankara, 1999.

TEKİL, Fahiman, **Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku**, İstanbul 1991.

TEKİNALP, Gülören; TEKİNALP, Ünal; Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988.

YALÇIN, Azmi, Joint Ventureler (Joint Ventures) ve Türkiye’deki Joint Venturelerde Karşılaşılan Yönetim Sorunlarının Tespit ve Çözümüne İlişkin Bir Araştırma (Doktora Tezi), Adana, 1996.

YONGALIK, Aynur, **Adi Şirkette Sermaye Payı**, Ankara 1991.

Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl 1990, C. XVI, Sayı 10.

Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl 1996, C. XXII, Sayı 1.



Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının İnternet Üzerinden İhlali Nedeniyle İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi Tedbirine Başvuru Hakkı

Erkal Hilmi KART

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Tetkik Hâkimi

ÖZET

Medeni hukukta hak ve yükümlülük sahibi olabilecek taraflar, hukukun sujesi olan gerçek ve tüzel kişilerdir. Kişilik hakları, mutlak haklardan olup şahısvarlığına ilişkin kategoride yer almaktadır. Gerçek kişilerin varlığı, organik olarak bedensel bütünlük ve ruhsal bütünlük olmak üzere birbirinden ayrılmaz iki tamamlayıcı parçadan oluşmaktadır. Günümüzde kişi veya mal toplulukları (birlikteliği) şeklinde oluşan, faaliyetlerini mutlaka gerçek kişilerin oluşturduğu organları eliyle yürüten tüzel kişilerin, ruhsal bütünlüğünden, duygularından veya maneviyatından bahsetmek pek de mümkün değildir. Ancak, tüzel kişilerin de gerçek kişilerin sahip oldukları kişilik haklarına benzer mahiyette isim, ticari unvan, marka, müşteri çevresi, saygınlık, itibar, mal veya hizmetlerine dair ayırt edici kalite standartları vb. sahip oldukları gayrimaddi özellikleri bulunmakta ve bu varlıkları modern hukuk düzennince tanınarak korunmaya değer görülmektedir.

Tüzel kişilerin de yazılı, görsel, işitsel veya elektronik kitle iletişim araçları üzerinden yapılan yayınlar yoluyla kişilik haklarının ihlâl edilmesi hâlinde gerçek kişilerin başvurulabileceği hukuki yollardan; ilgili Kanunlarda başvuru ehliyetine dair açık bir yasal engel bulunmaması ve karşılaşılan fiili durumun hukuken korunan hakka uyum sağlaması şartıyla faydalanmaları mümkündür. Ancak bu başvurularda, tüzel kişilerin kendisine yönelen ve organlarını oluşturan gerçek kişilere (yönetici vb.) yönelen yayın içeriklerinin birbirinden ayrılması ve tüzel kişinin sahip olduğu şahısvarlığı değerleriyle malvarlığı değerlerinin konu bakımından farklı olduğunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

İnternet yayınlarında kişilik haklarının ihlaline dair 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinde düzenlenen içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi tedbiri, kişilik haklarının internet yayınları üzerinden ihlâlî hâlinde ilgililerin başvurabilecekleri özel bir hukuki yoldur. Çalışmamızda, tüzel kişilerin kişilik haklarının kapsamı, korunması, internet

üzerinden yapılan yayınlar nedeniyle tüzel kişilerin kişilik haklarının ihlâl edilmesi hâlinde başvuru hakkı, şartları, usulü, süresi ile alınacak kararlar ve uygulanmasında dikkat edilecek hususlar, ilgili mevzuat ve emsal yargı kararları çerçevesinde kısaca anlatılmıştır.

I. TÜZEL KİŞİLERİN KİŞİLİK HAKLARI VE İHLALİ HALİNDE BAŞVURU YOLLARI

A. Tüzel Kişiliğin Tanımı ve Genel Özellikler

Kişi; günlük hayatta insan, şahıs, kadın ve erkeğe verilen genel ad şeklinde tanımlanırken¹ hukuken hak ve borç yetkisine sahip şahıslar; hakiki (gerçek kişi) veya hükmü şahıs (tüzel kişi)² anlamına gelen sözcüktür.

Tüzel kişi; bir amaca yönelik olarak faaliyet yürütmek üzere Kanun'da düzenlenen şartlar dahilinde hukuken bir hak veya borç yetkisine sahip olan³, resmi (kamu) veya özel şahıs veya mal topluluklarına verilen addır. Tüzel kişilerin gerçek hayattaki faaliyetlerini organlarını oluşturan gerçek kişiler eliyle yürüteceğine kuşku yoktur. Kamu hukuku tüzel kişileri, ancak Kanun'la ve Kanun'un gösterdiği şekilde, öngörülen görev ve yetkileri kullanmak üzere kurulur. Özel hukuk tüzel kişileri ise günlük hayatta karşımıza; kuruluş ve organlarıyla, hak ve yetkileri Medeni Kanun'da düzenlenen dernek ve vakıflar, Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ticari şirketler, Kooperatifler Kanunu'nda düzenlenen kooperatifler gibi kişi ve mal topluluğu şeklinde çıkan varlıklardır.

Gerçek kişilerin fiil ehliyeti; yaş veya ayırt etme gücüne bağlı olarak değişirken, tüzel kişilerin fiil ehliyeti ise Kanun'daki şartlara göre organlarının teşekkül etmesi anında kazanılır (TMK 49. madde). Tüzel kişilerin tıpkı gerçek kişiler gibi hak ehliyetine (TMK 53. madde) sahip olduğu aşikardır. Ancak tüzel kişilerin hak ehliyetleri, gerçek kişilerdeki gibi sağ ve tam doğumla kazanılmaz. Tüzel kişilerin

hak ehliyeti, ancak Kanun'da kuruluş için zorunlu olan şartların oluşması halinde kazanılır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Tüzel kişilik" başlıklı 47. maddesinde yer alan, "...Başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülennmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar.." hükmüyle, tüzel kişilerin, toplumsal yaşayışta bireylerin dağınık güçlerini bir araya toplayan, onları koruyan, faaliyet alanlarını genişleten ve insanların tek başlarına gerçekleştiremeyecekleri birey üstü amaçları gerçekleştiren amaç birlikleri olduğu⁴ belirtilmektedir.

Tüzel kişiler iradelerini organları yoluyla açıklar ve faaliyetlerini organları aracılığıyla yürütürler. Sona eren tüzel kişinin fiil ehliyeti, tasfiye amacıyla sınırlı olmak üzere, tasfiye sırasında da devam eder.⁵

B. Kişilik Haklarına Saldırı ve İhlâl Kavramları

Kişilik; şahsiyet, bir kişiye özgü belirgin özellik, manevi ve ruhsal niteliklerin bütünü, bireyin toplumsal hayatta edindiği alışkanlıklar ve davranışlar bütünü⁶ olarak tanımlanmaktadır.

Kişilik hakkı kavramı ise kişilerin, hukuk düzeni tarafından korunan; yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlık durumu gibi fiziki varlığı ile adı, fotoğrafı, kimliği gibi kişisel verileri ile sırları ve özel hayatından oluşan manevi bütünlüğünün, inanç, tercih ve kanaatleriyle sahip olduğu değerlerden oluşan duygusal varlığı ve onur, şeref, saygınlığı ile yaşam tarzından oluşan sosyal varlığı üzerinde⁷; sahip oldukları devredilemeyen, şahsa sıkı sıkıya bağlı ve herkese karşı ileri sürülebilen hak olarak tanımlanabilir.

Nitekim Yargıtay da emsal bir kararında⁸ kişilik haklarını;

- 4 Özsunay Ergün, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Baskı, İstanbul, 1982, s.3
- 5 Akünel, Teoman, Tüzel Kişiler 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1995, s. 40, Dural, M./Öğüz, T., Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku II. Cilt, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, s.258.
- 6 www.sozluk.gov.tr
- 7 Kılıçoğlu, Ahmet, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Doğan Sorumluluk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.4.
- 8 Yargıtay 19. CD., 19.10.2020, 2019/33658 E. 2020/13098

"...Özel hukukta kişinin doğumla birlikte kazandığı ve üzerine kişisel gelişimiyle birlikte her geçen gün yeni değerler kattığı kişiliğinin, maddi ve manevi bütünlüğünün, isminin, mesleki kariyerinin, ailesinin ve hatta sosyal çevresinin kişi üzerinde oluşturduğu, kısacası kendini gerçekleştirme yolunda elde ettiği tüm kazanımlarının ve menfaatlerinin, hukuk düzeni tarafından koruma altına alınan yönüdür. Medeni hukuk kapsamında kişilik hakları, kategorik anlamda mutlak haklar içinde yer alan, her zaman varolan, zamanla tükenmeyen, herkese karşı ileri sürülebilen, çoğu zaman kişiye sıkı sıkıya bağlı ve devredilemeyen haklardandır..." şeklindeki ifadelerle tanımlamaktadır.

Kişilik haklarının ihlali konusu, genel hatlarıyla Türk Medeni Kanunu'nun 23. ve 24. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca Borçlar Kanunu'nda haksız fiil nedeniyle kişilik haklarını ihlali durumunda maddi ve manevi tazminat sorumluluğuna dair ilkeleri de düzenlenmiştir. İhlâl kavramı, eski Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda "tecavüz" kavramıyla ele alınmıştır. 4721 sayılı TMK'da ise ihlal, "saldırı" veya "zedelenme" sözcükleriyle⁹ ifade edilmektedir.

Kişilerin sahip olduğu kişilik hakları, dış dünyadan gelen davranışlarla vücut bütünlüklerinin yani maddi varlıklarının veya sağlıklarının zarar görmesine sebep olacak şekilde ihlal edilebileceği gibi manevi varlıklarının yani onur, itibar, şeref veya saygınlıklarının zarara uğrayacağı şekilde de ihlal edilebilir. Kişilik haklarına yönelen ve ona zarar veren her türlü etkili ve olumsuz davranış saldırı olarak nitelenemezse de saldırı boyutuna varmayan ihlal fiilleriyle de karşılaşmak mümkündür¹⁰.

C. Özel Hukuk Tüzel Kişileri ve Kişilik Hakları

Özel hukuk tüzel kişilerinin de kuruluşlarından itibaren sahip oldukları adı, unvanı, işletme adı, tescilli markası gibi kendilerini diğer hukuk kişilerinden ayırt edici özelliklerinin bulunduğu tartışmasızdır. Özel hukukta gerçek kişilerin isim ve sahip oldukları kişisel veriler, saygınlık ve itibar gibi

- K. sayılı kararı.
- 9 Kılıçoğlu, a.g.e., s.10
- 10 Özkepir, R., Kocaman, S., Kart, E.H., Sosyal Medya ve Basın Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.629

hukuken korunan değerler, tüzel kişiler için de korunmaktadır.

Tüzel kişiler, insanlar gibi maddi- organik bir yapıya sahip olmadıklarından dolayı onların bedensel bütünlüğü, yaşamı, sağlığı gibi, maddi bedensel değerler üzerinde kişilik haklarının varlığı tabi olarak söz konusu olmamakla birlikte saygınlık, onur, sır çevresi gibi manevi nitelikteki kişisel değerlerle, mesleki ve ekonomik kişisel değerlere gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de sahip olduğu söylenilebilir. Tüzel kişilerin kişisel değerler üzerindeki kişilik haklarının korunması gerekir.¹¹

Yargıtay bir diğer emsal kararında¹²; "...Haksız fiil, hukuka aykırı fiil ve suç kavramları şüphesiz birbirinden farklı tanımları olan kavramlardır. Sırasıyla, "haksız fiil"; bir kişinin veya toplumun değişen ve göreceli menfaatlerini ihlal eden, içinde mutlaka bir haksızlık bulunan davranış, "hukuka aykırı fiil"; yazılı ve yazısız hukuk kurallarında yer alan, hukuk düzenince meşru ve kabul edilebilir sınırların dışına çıkan, çoğu zaman bir tazminat veya bazen de ceza sorumluluğunu birlikte gerektiren davranış, en basit tanımıyla "suç" ise; ceza kanunlarında tanımı ve sınırları açıkça çizilen, hukuka aykırı maddi ve manevi unsurları belirli, kişilerce yapılmaması gerektiği bilinen veya bilinmesi gereken, karşılığında bir hapis, para cezası veya güvenlik tedbiri gibi maddi yaptırımları olan davranışları içerir. Ceza kanunları ve yargılama usulü çerçevesinde, gerçek ve tüzel kişilerin kişilik haklarına karşı yönelen ve konusu suç oluşturan bazı fiillerin, başta 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu olmak üzere, pek çok özel kanunda yer alan suç tanımlarında ceza ve güvenlik tedbiri uygulanması yoluyla, ayrıca maddi yaptırımlara tabi tutulduğu görülmektedir.

Tüzel kişilerin de tıpkı gerçek kişiler gibi ceza yargılamasının bir aktörü olduğu da tartışmasızdır. Keza 5237 sayılı TCK'nun "tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri" başlıklı 60. maddesi, gerçek kişiler tarafından işlenen bir suçta kullanılan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebileceğini

- 11 Taşkın, Âlim, Tüzel kişilerin kişilik haklarının korunması, AÜHFD, Ankara, 1991, Cilt:42, Sıra:1-4, s.208-230.
- 12 Yargıtay 19 CD., 11.03.2019, 2019/939 E. 2019/5442 K. sayılı kararı.

düzenleyerek, tüzel kişilerin eylemlerinin maddi bir yaptırıma bağlanabileceğini öngörmekte, 5271 sayılı CMK'nun "kamu davasına katılma" başlıklı 237. maddesi, "Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler..." hükmüyle tüzel kişilerin suçun mağduru, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya malen sorumlusu ve hatta kamu davasının katılanı olabileceğini düzenlemektedir..." şeklindeki ifadelerle tüzel kişilerin de kişilik hakları nedeniyle pek çok davada taraf sıfatı bulunduğuna işaret etmiştir.

D. Kişilik Hakkının İhlali Halinde Başvurulabilecek Hukuki Yollar

Medeni Kanun'da kişilik haklarının açık bir tanımını yapılmamış olup kapsamı ve sınırları açıkça çizilmemiştir. Bunun sebebi, kişi hak ve hürriyetlerinin, devletin dokunamayacağı ve doğal hakların temelini oluşturan "negatif statü" haklarından olmalarıdır. İnsan haklarına dair temel uluslararası sözleşmeler kişi hak ve özgürlüklerini, her insanın doğuştan sahip olduğu ve engellenemeyecek bir hak ve özgürlük olarak, temel hak ve özgürlükler arasında en önde saymaktadır. Anayasamızda da kişi hak ve özgürlükleri, başta 12. ve 17. maddeler olmak üzere kamu hukukuna dair kurallarla koruma altına alınmıştır.¹³

Doktrinde de Medeni Kanun'un 23. maddesinin; kişiyi hukuk anlamında sonuç doğuran "hukuki iş ve işlemler" yoluyla yapılan saldırılara karşı koruduğu, 24. maddesinin ise; "haksız fiil" olarak nitelenen saldırı davranışına karşı koruduğu belirtilmektedir.¹⁴

Özel hukukta, kişilik haklarının ihlali nedeniyle açılacak dava türleri; saldırıyı gerçekleştiren kişinin kusuruna bakılmaksızın açılacak; kişilik hakkında yapılan saldırının tespiti, durdurulması, önlenmesi ve sebepsiz zenginleşme davaları ile saldırıyı gerçekleştiren kişinin kusuru bulunması halinde açılacak maddi ve manevi tazminat davalarıdır.

Bu davaların hukuki dayanağını Medeni Kanun'un kişiliğin korunmasına dair hükümleri ve Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümleri oluşturmaktadır.

Medeni Kanun özelinde tüzel kişilerin sahip olabilecekleri saygınlık, onur, sır çevresi, mesleki ve ekonomik kişisel değerlerine saldırı sonucu başvurabilecekleri yollar, başta Medeni Kanun olmak üzere pek çok özel kanunda yer almakta olup, ana hatlarıyla, gerçekleştirilecek bir haksız saldırının önlenmesi, mevcut bir saldırının ortadan kaldırılması, bitmiş bir saldırı nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilmesidir.¹⁵

Tüzel kişilerin kişilik haklarına saldırı nedeniyle açılan bir davada, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 01.02.2012 tarihli, 2011/4-687 E. 2012/26 K. sayılı kararında;

"...Tüzel kişinin ekonomik faaliyetini yürütürken kazandığı saygınlık, onun kişisel değerleri içinde yer alır. Ticari şeref ve haysiyetin çiğnenmesi, onun ekonomik yaşam içindeki yerini ve durumunu sarsabilir. Ekonomik itibar da tüzel kişinin şeref ve haysiyetinin bir görüntüsüdür. Tüzel kişinin ekonomik faaliyetleri de toplum tarafından değerlendirilmektedir. Tüzel kişiliğe sahip bir şirketin ödeme gücüne ilişkin değerlendirmeler, o tüzel kişinin toplumsal şeref ve haysiyeti ile yakından ilgilidir.

Tüzel kişinin kişilik haklarından olan ticari itibar ve saygınlığı onun korunan değerlerinin başında gelir. Bu nedenle tüzel kişi onur ve saygınlığından vazgeçemeyeceği gibi, bu değerlerini hukuka ve ahlaka aykırı olarak da sınırlayamaz..." şeklindeki ifadeyle tüzel kişilerin de manevi tazminat talep edebileceklerine oy birliğiyle karar verilmiştir.

Kişilik haklarının ihlal edilmesi halinde başvurulabilecek hukuki yollar Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile sınırlı değildir. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (18. Madde), 5187 sayılı Basın Kanunu(14. Ve 18. maddeleri), 6112 sayılı Radyo Ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun(18. maddesi), 2954 sayılı TRT Kanunu(27. maddesi), 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi

15 Yargıtay 19. CD., 15.05.2017, 2016/74 E. 2017/4574 K. sayılı kararı.

ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (9. maddesi, Ek 4. maddesi) ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile diğer pek çok özel Kanunda kişilik haklarının ihlali halinde başvurulabilecek hukuki, cezai, idari başvuru yolları düzenlenmiştir.

İnternet yayınları nedeniyle kişilik haklarının ihlali durumunda ise; 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi tedbirine başvurulabilecektir.

II. İÇTİHATLAR ÇERÇEVESİNDE TÜZEL KİŞİLERİN KİŞİLİK HAKKININ İHLALI NEDENİYLE ERİŞİMİN ENGELLENMESİ TEDBİRİNE BAŞVURMA HAKKI

A. İnternet Yayınlarında Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi Tedbiri

5651 sayılı Kanun'da içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi tedbiri 8,8/A,9 ve 9/A maddelerinde düzenlenen bir tedbirdir. 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi; internet yayınlarında, Kanun'da gösterilen katalog suçların (Örn: çocukların cinsel istismarı, fuhuş, müstehcenlik, Atatürk aleyhine işlenen suçlar vs.) işlenmesi halinde BTK Başkanı, C.Savcısı ve Hakim kararıyla verilebilecek erişimin engellenmesi kararını, 8/A maddesi; internet yayınlarında yaşam hakkı, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlığın korunması gibi hallerde BTK Başkanı veya hakim tarafından verilebilecek erişimin engellenmesi kararını, 9/A maddesi; özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi halinde, kişinin başvurusu üzerine BTK Başkanı tarafından verilip ilgililerce hakim onayına sunulacak alınan kararları düzenlenmekte iken;

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi; kişilik haklarının ihlali halinde içerikten zarar gören ilgili kişiler tarafından yapılan başvuru üzerine hakim tarafından verilecek içeriğin yayından çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararları düzenlenmiştir. Maddede, zarar gören kişilerin ne kadar süre içinde başvurmaları gerektiği belirtilmemiştir. Ancak internet yayınları niteliği itibarıyla sürekli kişilerin erişimine açık yayınlar olduğundan yayın nedeniyle

yapılan ihlalin mütemadi halde devam ettiği ve her an herkesin erişimine açık olduğu ortadadır. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca erişimin engellenmesine karar verilebilmesi için; kişilik hakkını ihlal eden bir yayın olması ve yayının internet üzerinden yapılması-erişime açık olması gereklidir.

Kişilik hakları ihlal edilen kişiler, yayının içeriğinin yayından kaldırılması için içerik sağlayıcısına, buna ulaşamazlarsa yer sağlayıcısına başvurabilecek, ancak bu zorunluluk olmaksızın doğrudan Sulh Ceza Hakimliğine de bir karar vermesi için başvurabileceklerdir. Bu başvuru sistemine doktrinde "uyar-kaldır" sistemi (metodu) denilmektedir.

Kişilik hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle başvuru hakkını sahip olanlar gerçek ve tüzel kişilerdir. Tüzel kişiler arasında kamu tüzel kişileri bulunabilir. Başvurulacak merci, Türkiye'nin her bölgesindeki Sulh Ceza Hakimlikleri iken, günümüzde ihlalin gerçekleştiği alanın internet olması ve yargının iş yükü gözetilerek, Sulh Ceza Hakimliklerince başvuranın ikametgahının/yerleşim yerinin bulunduğu yerin yetkili olduğu yönünde kararlar vermeye başlanmıştır¹⁶. Sulh Ceza Hakimliği, ilgilinin başvurusundan 24 saat içinde bir karar vermelidir. Karara karşı itiraz yolu açıktır.

İtiraz üzerine kesinleşen içeriğin yayından çıkarılması veya erişimin engellenmesi kararların gereği, Erişim Sağlayıcıları Birliği tarafından yerine getirilecektir. Ancak, 29.07.2020 tarih ve 7253 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik üzerine, kararın gereğinin; ilgilisi olan içerik sağlayıcısı veya yer sağlayıcısı tarafından da yerine getirilmesi de gerekmektedir. Aksi halde Kanun'un 9/11. maddesi uyarınca kararın gereğini yerine getirmeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcılarının sorumluları hakkında 500 günden 3000 güne kadar adli para cezasına hükmedileceği öngörülmüştür.

Üzerinde önemle durulması gereken bir husus da; 9. maddenin halen yürürlükte olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesinin 07.01.2022 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan pilot karar uygulaması olarak verdiği bir kararda¹⁷ içerik ve yer sağlayıcılarına

16 Yargıtay 5. CD., 11.02.2019 tarih ve 2019/1252 E. 2019/1756 K. sayılı kararı.

17 Anayasa Mahkemesinin 27.10.2021 tarihli ve 2018/14884

13 Özkepir/Kocaman/Kart, a.g.e., s.857

14 Öztan, Fırat, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 280-281

etkili başvuru yolu tanınmadığı ve çelişmeli yargılama ilkesi uyarınca itiraz kanun yolunun etkili biçimde işletilmediği gerekçesiyle hak ihlaline yol açtığı, bu durumun bir yapısal sorun olduğu ve kararının yayımından itibaren yasa koyucuya bu gerekçelere neden olan olumsuzlukların düzeltilmesine ilişkin bir yıl süre verilmesine dair karardır.

Ancak hemen belirtelim ki; bu karar 07.01.2023 tarihine kadar yasa koyucuya bir düzenleme yapma süresi veren, iptal mahiyetinde olmadığı için madenin yürürlükten kaldırılmasını gerektirmeyen, başvuru yapma önünde bir engel teşkil etmemekle birlikte sadece diğer başvuruların da aynı gerekçeyle ihlal yaptırımını ile sonuçlanacağını öngören nitelikte bir karardır. Böylece Anayasa Mahkemesi, bu madde nedeniyle yapılan bireysel başvuruların tümünde artık aynı gerekçeyle işin esaslarına girmeden yapısal sorun nedeniyle hak ihlali kararı verebilecektir.

B. Hukuka Uygunluk Halleri, Çatışan Haklar ile İfade ve Basın Özgürlüğü

Kişilik haklarını ihlal eden yayınlar nedeniyle erişimin engellenmesi kararının verilmesi sırasında, Sulh Ceza Hakimliklerince sadece 5651 sayılı Kanun'da yazılı şartlar değerlendirilmeyecek, aynı zamanda yayın içeriğinin bir hukuka uygunluk sebebinden yararlanmadığı, ifade veya basın özgürlüğü kapsamında olup olmadığı da değerlendirilecektir.

Medeni Kanun'un 24/2. maddesinde hukuka uygunluk sebepleri; kişilik hakkına saldırılan kişinin rızası, yani bu davranışa izin veya onay vermesi (örneğin hastanın ameliyatında doktora müdahale için onay vermesi gibi açık rıza şeklinde olabileceği gibi güreş, boks gibi spor müsabakasına katılan sporcuların rakibine vücuduna müdahalede bulunmasına kapalı şekilde rıza vermesi de mümkündür), üstün hukuki yarar (örneğin trafik kazası sonucu kan kaybeden ve bilinci kapalı hastaya acil serviste müdahale edilmesi, meşru müdafaa hakkı gibi), üstün kamusal yarar (salgın hastalıklara karşı aşılama, toplumun haber alma hakkı ve basın özgürlüğü gibi), kanunun verdiği yetki (yakalama,

başvuru numaralı kararı.

gözetim altına alma, tutuklama gibi koruma tedbirleri, dilekçe ve savunma hakkının kullanılması) olarak düzenlenmiştir.¹⁸

İfade özgürlüğü ve alt başlığındaki basın özgürlüğü kavramları ise İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, BM Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi evrensel metinlerde, Anayasa ve kanun metinlerinde temel hak ve özgürlükler arasında düzenlenmiştir. Ancak ifade ve basın özgürlüğü temel hak ve özgürlük olarak sayılmış ise de; mutlak ve sınırsız bir niteliği haiz değildir.¹⁹

İfade Özgürlüğü; insanın dilediği şekil, zaman ve koşulda bir baskı, sınırlama ve zorlama altında kalmadan bilgi ve fikir sahibi olabilme, özgürce düşünebilme, düşündüklerini hiçbir baskı altında kalmadan açıklayabilme ve muhatabına iletme, yayma imkanının elinde bulunması demektir.

Basın Özgürlüğü; gerek bireylerin sahip olduğu ifade özgürlüğünün temelini, gerekse basının kendi çalışma sistemiği çerçevesinde sahip olması gereken bağımsızlığı ve dokunulmazlığı anlatan bir kavramdır. Basının, toplumu aydınlatmadan önce kendisini doğru bilgiye ulaştıracak olan imkanlara, yetkiye ve bu bilgiyi herhangi bir etki ve baskı altında kalmadan işleyecek ve topluma verecek özgürlüğe sahip olması gerekir. Bu haliyle basın özgürlüğü sadece basının değil, toplumun da ifade özgürlüğüne ulaşmasında önem arz etmektedir.

AİHM, kişinin şeref ve haysiyet değerleri ile başkalarının ifade özgürlüğünün dengelenmesinde;

i- Söz konusu bilginin (haber) kamu yararı içeren bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı,

ii- Hakkında haber yapılan kişinin (tanınmış bir sanatçı ve siyasetçi gibi) kamuya mal olup olmadığı,

iii- İlgili kişinin şeref ve haysiyetle ilgili bilgi açıklamasından önceki davranışları,

iv- Yayının içeriği, şekli ve sonuçları,

v- Fotoğrafların (özel bilgilerin) çekildiği (elde edildiği) koşullar,

¹⁸ Özkepir/Kocaman/Kart, a.g.e., s.859

¹⁹ Benedek, W., İnsan Haklarını Anlamak, (Çeviri: Bingöllü, Kılıcı, M.) TAA Yayınları, Ankara, 2014, s.411

vi- Uygulanan yaptırımın ağırlığı (hakkaniyet) gibi kriterleri²⁰ gözetmektedir. Öte yandan, AİHM'e göre saldırının belli bir ağırlık düzeyine ulaşması da gerekmektedir.

Yine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, Axel Springer & Almanya kararında, ifade ile kişilik haklarının karşı karşıya geldiği durumlarda, sınırlamanın sözleşmeye uygun olup olmadığının tespiti bakımından;

- İfadenin genel kamu yararını güden bir tartışmaya katkıda bulunması,

- İfadede sözü edilen kişinin tanınmışlık derecesi ve aktarılan konu,

- İfadede adı geçen kişinin daha önceki davranışları,

- İfadeye konu olan bilgiyi elde etmek için kullanılan yöntem,

- İfadede aktarılan bilginin doğruluğu, içeriği, biçimi ve etkileri,

- İfadenin sınırlanması için uygulanan yaptırımın türü, miktarı, ölçülü şekilde kullanılıp kullanılmadığı,

Yönerinden değerlendirilmesi gerektiğini öngörmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu²¹ da basın özgürlüğüne dair bir kararında;

“...Basın özgürlüğü, demokratik hukuk devletlerinde korunması gereken önemli değerlerden birisidir. Çünkü toplumun bilgi edinmesi ve gelişmesi bakımından ve aynı zamanda kültür, sanat, edebiyat, siyaset ve akla gelebilecek her alanında topluma mal olmuş kişilerin halka tanıtımında ve bu kişilerin toplum adına bir anlamda denetimi bakımından çok önemli görev ifa ettiğine kuşku yoktur. Basın, görevini yerine getirirken sonsuz bir serbestiye sahip değildir. Bazı sınırlamalara tabidir. Bunlardan biri de kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır.

Basında yer alan açıklamalar konusuna göre olay açıklamaları ve değer yargıları olmak üzere iki biçimde belirir. Günlük basında yer alan haberler olay açıklaması, eleştiriler ise değer yargısı niteliğinde

²⁰ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, EPAMAT Basın Yayın, Ankara, 2019, s. 93-94

²¹ Yargıtay CGK, 13.02.2007 tarihli ve 2007/7-28 E. 2007/34 K. sayılı kararı

basın açıklamalarıdır. Olay açıklamaları belli bir olayın objektif olarak aktarılması olduğu halde, değer yargıları bir olay ya da durum hakkındaki subjektif düşünce açıklamalarıdır. Eleştiriler değer yargıları içinde önemli bir yer tutmakla beraber bu sayede toplumdaki aksaklıklar ortaya konmakta, bunların giderilmesi istenmektedir. Hukuka uygunluk sınırları içinde kalarak eleştiri hakkı kişi açısından en olumsuz inanç ve sonuçların dahi açıklanabilmesi olanağını ifade eder.

Haber verme hakkının hukuka uygun bir biçimde kullanılabilmesi için gereken ölçütler dört başlık altında toplanmaktadır.

Bunlar;

1- Haber gerçek olmalı,

2- Haber güncel olmalı,

3- Haberin verilmesinde kamu yararı bulunmalı,

4- Haberin verilmiş biçimi ile özü arasında düşünsel bir bağ bulunmalıdır.

Bu unsurlar eleştiri hakkı yönünden de geçerlidir. Yani eleştirinin olabilmesi için, yazının gerçek olgulara dayanması, güncel bulunması ve bu haberin verilmesinde kamu yararı bulunması koşullarına bağlıdır...” şeklindeki ifadelerle ifade ve basın özgürlüğüne dair önemli kriterleri, ortaya koyarak; eleştirinin sert bir üslûpla gerçekleştirilmesi, kaba olması ve nezaket sınırlarını aşması, eleştirenin amacına, psikolojisine, eğitim ve kültür düzeyine bağlı bir olgu olduğunu, basın özgürlüğünün, belli ölçülerde abartmayı, hatta kışkırtmaya başvurmayı da içerdiğini, gazetecilerin yazılarında kullandıkları deyimler “polemik” niteliğinde olsa da, nesnel bir açıklamayla desteklendiğinde, bu ifadelerin asılsız kişisel saldırı olarak görülemeyeceğini karara bağlamıştır.

C. Yargı Kararları Çerçevesinde İnternet Yayınlarında Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle Erişimin Engellenmesi

Yargıtay, başvuru tüzel kişi şirketin, bir tüketicisi forumu sitesinde sahip olduğu alışveriş uygulamasının ödeme yönteminin eleştirildiği paylaşımlar

nedeniyle erişimin engellenmesinin talep ettiği bir davada;²²

“...Bir tüzel kişinin sosyal değeri, onun ekonomik şöhreti ile bağlantılıdır. Hukukun korunan boyutu da toplumun o kişi hakkındaki objektif değer yargısıdır. Tüzel kişinin kişilik hakları kapsamında korunan saygınlığı onun dış saygınlığı, toplum gözündeki değeri ifade eder. Tüzel kişilerin faaliyetlerini sürdürmeleri sırasında kendi organizasyonu içerisinde (iç dünyasında) kendi kişiliklerine duydukları saygınlık ve kendilerine verdikleri değer ile dış dünyadaki (tüzel kişi dışındaki) kişilerin o tüzel kişiye gösterdikleri saygınlık farklı kavramlardır. Tüzel kişinin çevresinde kazanmış olduğu itibarı aşağılayan, yazılı, sözlü veya görüntülü beyanlar, şu veya bu vasıflara sahip olmadığına ilişkin yayınlar, kişilik haklarından olan şeref ve haysiyete yönelik bir tecavüz olarak kabul edilmelidir. Tüzel kişinin şeref ve haysiyeti yanında onun toplumsal itibarı ve ticari (hayattaki) itibarı da Medeni Kanun’un 24. maddesindeki korumadan yararlanır. Kişilerin şeref, haysiyet ve itibarını ihlal şekli; suçlama niteliğinde belirli bir olay iddiası (somut olgu isnadı) olabileceği gibi karalama, iftira, gerçeğe aykırı beyanlar şeklinde de olabilir. Kişi hakkında bir olayın açığa çıkarılması ve yayılması, şayet gerçeğe uygun olarak bildirilmesi şeklinde ise; hukuka aykırılık iddiası ileri sürülemez. Ancak bununla birlikte, somut olaylara dayanan iddiaların, hukukun ve genel ahlakın izin vermeyeceği ölçüde bir amaç güdülerek (kötüniyetle) yayınlanmış olması halinde ise; hukuka aykırılık söz konusu olabilir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin içtihatlarına göre (Zeytinoğlu,s.213) somut olayın değerlendirilmesinde, ifadenin; olayı haklı gösterebilecek ölçü içinde bulunmayı ve ifade ediliş tarzı yönünden gereğinden fazla abartılı olmaması gerektiğine işaret edilmektedir. Buna karşılık gerçek olaydan bambaşka bir olayın oluştuğu hissini uyandırıcı ve genel sonuçları bakımından çok ileri sayılabilecek ifade tarzlarının şeref ve haysiyeti ihlal edici sayılması gerektiğine yönelik görüşler de bulunmaktadır. (Alim TAŞKIN, “Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması”, AÜ-HFD., 1991, C. 42, s. 1- 4, s. 226-229)...

22 Yargıtay 19. CD., 17.02.2021 tarihli, 2020/2253 E. 2021/1702 K. sayılı kararı.

- İfadenin yer aldığı internet sitesinin, çok sayıda kayıtlı yazarı olan ve üyelerinin yorumlarıyla açılan değişik konu başlıkları altında yapılan tanımlamalardan hareketle sözlük benzeri içerik anlayışıyla hareket eden bir sosyal ağ sağlayıcısı olduğu, sadece tüketicinin haklarının korunmasına yönelik şikayetleri dile getirme amaçlı bir ortam olmaktan çok bir konu başlığının tüm boyutlarıyla (siyasi, ticari, sosyal, kültürel vs.) değerlendirildiği bir ortam olarak tanındığı, site üzerinde yapılan yorumların tüm internet kullanıcılarının (herkesin) erişimine açık olduğu, internet kullanıcılarının okudukları içeriği kolaylıkla şikayet linkine basarak sosyal ağ sağlayıcısına bildirme imkanının bulunduğu,

- Başvuran şirketin, doğal ürünlerin internet üzerinden mesafeli olarak satışının yapıldığı “e-hamal” adlı internet alışveriş sitesinin sahibi olduğu, alışveriş sitesinin internet kullanıcısı tüketicilerin tümüne ürün satışı yapmayı hedeflediği, bu doğrultuda geniş bir kitleye hizmet verdiği,

- Erişime engellenmesi istenen sosyal ağ sağlayıcısının sitesinde yer alan paylaşımlardan, adı geçen alışveriş sitesinin ödeme sistemlerinde kullandığı “ssl” (secure socket layer - güvenli girişi katmanı) sisteminin dolaylı biçimde eleştirildiği, ancak eleştirilerin doğruluğu hususunda başvuran şirket tarafından ileri sürülen bir savunma veya cevap hakkına yer verilmediği, başvuran şirketin sosyal ağ sağlayıcısına bir şikayet başvurusunun olup olmadığını dosyadan anlayamadığı,

- Dosyadaki internet sayfa çıktısından hareketle yapılan incelemede, “e-hamal” konu başlığı altındaki tüm yorumların ayrı ayrı URL adreslerinde değil, tek bir başlıkta ve aynı URL adresi altında aynı sayfada görüntülendiği, başvuruya konu olan “...fake ssl kullanarak dolandırıcılık yapan internet sitesi...” ifadesinin diğer ifadelerle birlikte değerlendirilmesi sonucunda; yorumlarda adı geçen sitenin ödeme yöntemindeki aksaklıklara değinildiği, dolayısıyla mesnetsiz değer yargılarından değil somut olgular üzerinden hareket edildiği,

- Başvuruya konu e-hamal alan adlı alışveriş sitesinin veya başvuran şirketin toplum gözündeki ticari itibarının, yukarıda yer alan paylaşım ile zedenlenmiş

olarak kabul edilmesinin, subjektif bir değerlendirme olacağı, 5651 Sayılı Kanun’un 9. maddesinde yer alan kişilik haklarının ihlali deyimıyla ancak ilk bakışta anlaşılabilecek, objektif bir ihlalin söz konusu olması gerektiği, sosyal ağ sağlayıcısının üyesi olan üçüncü kişiler tarafından yapılan yorumların doğrudan başvuran şirketi veya sahibi olduğu alışveriş sitesinin ismini hedef alan, tüzel kişinin itibarını zedeleyecek veya onun hakkında bir karalama kampanyası olarak değerlendirilebilecek kötü niyetli ifadeler olmaktan ziyade, ancak eleştiri mahiyetinde ifadeler olarak algılanabileceği,

- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’un genel hükümlerinde; tüketicileri özellikle mesafeli satış sözleşmeleri sırasında koruyan pek çok hükmün bulunduğu, dolayısıyla paylaşımların kamu yararını güden bir tartışmaya da katkı sağladığının kabul edilebileceği,

- Başvuran şirketin alışveriş sitesi aleyhine kullanılan ifadelerde; ilk bakışta kötüniyetle yapılmış bir karalama kampanyasından ziyade, etki ve sonuçları bakımından adı geçen alışveriş sitesinin kullandığı ödeme yöntemini ve sitenin faaliyetlerini, fiyatların yüksekliğini eleştiren cümlelerin bulunduğu, doğrudan başvuran şirketin ve onun yetkililerinin kişilik haklarını hedef alan paylaşımlar içermediği, bu haliyle adı geçen URL adresine, “tüzel kişinin kişilik haklarının ihlali” gerekçesiyle erişimin engellenmesinin ağır, ölçsüz ve hukuka aykırı olacağı,

- Somut uyuşmazlıkta internet üzerinden yapılan yayının, kişilik haklarını ihlal etmekten ziyade ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı ve erişimin engellenmesi şartlarının oluşmadığı...” gerekçesiyle başvurunun reddi gerektiğine karar vermiştir.

Yine Yargıtay, bir tüzel kişinin sahip olduğu markaya internet üzerinden tecavüz edildiği gerekçeyle yapılan başvuruda²³;

“...Şikayetçinin “O...” adlı markayı üreten tüzel kişiliğinin veya bu markanın sahibinin itibarını zedeleyici, sahibini toplum önünde rencide edici, marka hakkı sahibinin saygınlığına leke düşürebilecek bir

23 Yargıtay 19. CD., 15.05.2017 tarihli, 2016/74 E. 2017/4574 K. sayılı kararı.

takım paylaşımların internet ortamında erişime sunulması fiili, kanunda aranan diğer şartlar olduğunda başlı başına kişilik haklarını ihlal eden bir hukuka aykırı fiil olarak kabul edilebilir. Ancak, henüz marka hakkına saldırı gerçekleştirmediği dahi ispatlanamayan sanal ortamda sırf fotoğraftan ibaret görüntü ve paylaşımların yapılması fiiliyle, başvuran tüzel kişinin, 5651 sayılı kanunun aradığı türden acilen giderilmesi gerekli olan, hatta bunun için ayrı bir mevzuatta düzenlenen, çoğu zaman kişilerin düşünce ve ifade özgürlüğünü sınırlama riskiyle karşılaşılan “erişimin engellenmesi” şeklinde bir güvenlik tedbiri uygulanmasını gerektiren bir kişilik hakkı ihlalden bahsetmek imkansızdır.

Keza, şüphelilerin işyeri adresinde yapılan delil tespiti dosyasında ve bilirkişi raporunda şikayetçinin sahip olduğu markanın kullanıldığı ürün yelpazesinden taklit edilmiş ürünlerin tespit sırasında işyerinde görüldüğü, Cumhuriyet Savcılığı tarafından iki gün sonra başlatılan soruşturma sonucu alınan arama kararına istinaden aynı işyerine gidildiğinde ise şüphelilerin tüm işyerini boşaltarak terk ettiklerini, şüphelilerin kullandıkları ve sahibi oldukları iddia edilen “ma...-st...-net” adlı Instagram sitesindeki değişik URL adreslerinde, taklit edilen ürünlerin fotoğraflarının bulunduğu, şikayetçinin kendi adına ürünlerinde kullanmak üzere tescil ettirdiği “O...” markasının kullanıldığı ürünlerin değişik yerlerde birden fazla renk ve ebatla satışa arz veya satış sonrası görüntülenen fotoğraflarının yayınlandığı yönündeki deliller, ancak marka hakkına tecavüz fiilinin ispatlanması için soruşturma aşamasında toplanan deliller olabilir.

Açıklanan nedenlerle şikayetçi tüzel kişiye ait markanın üzerinde bulunduğu ses sistemi ürünlerinin fotoğraflarının sanıklar tarafından Instagram adlı web sitesinde kendi açtıkları hesap üzerinden yayınlanması eyleminde tüzel kişinin kişilik hakkının ihlal edilmediği...” gerekçesiyle başvurunun reddinde hukuka aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir.

Bit tüzel kişinin bir internet sitesinde yer alan, talepte bulunan şirketin bayilik verdiği ile ilgili gerçek dışı yazı nedeniyle erişimin engellenmesi ve takedown metninin yayınlanması talebinin reddedilmesi

üzerine, Yargıtay emsal kararında²⁴; “...Sınai Mülkiyet Kanunu’nda yer alan düzenlemeler karşısında, marka hakkının bir fikri mülkiyet hakkı olup, mutlak hak niteliği taşıdığı ve malvarlığına dair unsurlardan olduğu ortadadır. 5651 sayılı Kanun’da koruma altına alınan “kişilik hakları” ise kategorik olarak şahıs varlığına dair haklarındandır.

Özetle, 5651 sayılı Kanun kapsamında İnternet ağı yoluyla yapılan yayınlarda korunan temel hak olan “kişilik hakkı” ile malvarlığı haklarından olan “marka hakkının” ihlali veya bu haklara yapılan saldırı fiillerinin de birbirinden ayırt edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Dolayısıyla, başvuran tüzel kişinin marka hakkına tecavüz fiili nedeniyle 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesi gereği erişimin engellenmesine karar verilemeyeceği...” gerekçesiyle tüzel kişinin malvarlığı hakkına dair markaya saldırının kişilik haklarının ihlali olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir.

Yargıtay başvurunun reddi ve itirazın reddi kararının gerekçeli olması gerektiğinden bahisle verdiği bir kararında²⁵ ise;

“...Başvuran şirket vekilinin dilekçesinde, tüzel kişinin ismi - unvanının google arama motoruna yazılması sonucu şirketin unvanı, ismi ve adres bilgileri altında iki kişinin; “...sakın çalışmayın işçi hakkı yiyorlar...” ve “...zorba, terbiyesiz ahlaksız insanlar sizi ezmeden iş yapmazlar, sakın çalışmayın...” şeklinde olumsuz ve hakaret içerikli yorumlarda bulundukları tahminen iş bulma amacına yönelik bir forum sitesinin görüntülediği, ilk mesajın altında şirket temsilcisini kişinin yorum yapan kişiye “... Hakkın varsa çalışmazsın, .. İftira atarak haklı olunmaz...” şeklinde cevap verdiği, ancak yorum yapan ikinci kişinin hakaret içeren mesajında ise bir cevap verilmediği görülmektedir.

Başvuranın olayla ilgili olarak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunduğu, ilgili Başsavcılık tarafından; şüphelilerin kimlik bilgileri bulunmadığından ve takma ad kullanabileceklerinden bahisle kovuşturmaya yer olmadığına dair

karar verildiği, ancak erişimin engellenmesine başvurulabileceğine karar verdiği, başvuranın ise yorum yapan kişilerin ismini yazarak ve ilgili arama motorunun URL adresini yazarak erişimin engellenmesi talebinde bulunduğu,

5651 sayılı Kanun’un 9. maddesi kapsamında kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle başvurma hakkına sahip olan tüzel kişinin erişimin engellenmesi talebinin reddine dair karara yaptığı itirazın; başvuran kişiye arama motoru dışında, şirket adına cevap verilen ve insanlara yorum yapma imkanı tanınan forum / iş bulma sitesi olduğu değerlendirilen ortamın isminin sorulması ve paylaşımın yapıldığı URL adresinin doğru şekilde belirlenmesi suretiyle erişimin engellenmesine karar verilmesi gerekirken, gerekçesiz şekilde reddine karar verilmesinin kanuna aykırı olduğu anlaşılmakla...” şeklindeki gerekçeyle kararın bozulmasına karar vermiştir.

Başvuran Belediye ve Belediye Başkanı hakkında Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 05.07.2018 tarihli, 2018/3204 E. 2018/8219 K. sayılı kararıyla erişimin engellenmesine karar verilen, “Kaldıramazsan kaldırırlar gülüm” ve “Kaldıramazsan kaldırırlar gülüm! İkna kabiliyeti yüksek olanlar ve To...” başlıkları altındaki yayın içeriklerinin aynen yayınlandığı görülen paylaşım nedeniyle²⁶;

“...Dairemizin yukarıda adı geçen kararında da belirtildiği üzere; başvuran hakkında, İl Başkanı tarafından Y... Belediye Meclis Üyesinin sosyal medya paylaşımlarını takip etmek ve internet üzerinden kaldırmakla görevlendirildiği, bu süreçte pek çok kez ilgili kişinin paylaşımlarını internet üzerinden silinmesini sağladığı yönünde ifadeler yer verildiği, olay anlatımında sonradan bu kişi ile başvuran arasında bir gönül ilişkisi başladığını, hatta yazıda başvuran ne zaman “...kaldır...” dese sorumlu olduğu kişinin “...sosyal şeyini...” kaldırdığı yönünde ifadeler yer verilmek suretiyle cinsel anlam yüklenebilecek imalara başvurulduğu, yazının kuşlardan gelen haberle başlayıp, kestane şekerini yiyerek sürekli adı geçen siyasetçinin paylaşımlarının kaldırılmasıyla devam ettiği, son olarak başvuranın bir ailenin yıkılmasından sorumlu olması suçlamasıyla son bulduğu,

başvuran her ne kadar bir siyasetçi olsa da özel yaşamına dair yorumlar ve cinsel anlam yüklenebilecek imaların toplumun bilgilendirilmesi, kamu yararı güden bir tartışmaya katkıda bulunulması amacıyla bir ilgisi olmadığı gibi tüm temel haklarla ifade ve basın özgürlüğünün de korumakla yükümlü olduğu insanlık onuruyla bağdaşmayan bir yazının kaleme alındığı, dolayısıyla başvuranın şeref ve haysiyetine açıkça bir saldırı mahiyetinde olduğu ve basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği...” gerekçesiyle sadece Belediye Meclis Üyesinin kişilik haklarının ihlali yönünden yeniden erişimin engellenmesine karar verilmiştir.

Borsa haberleri yapan bir internet sitesinde, “www. com/m /borsa- kulis/p...- ailesinde- ask-skandallari-h5056.html ve www.....com/ozel-haber/turkiye-gundeminde -...-ailesi- h5068. html internet adresi üzerinden yayınlanan haberlere erişimin engellenmesi ve içeriği ile tüm fotoğrafların yayından çıkarılması talebinin reddine dair davada²⁷;

“... Başvuruya konu 08.01.2019 tarihli, “... Ailesinde Aşk Skandalları” başlıklı internet yayın içeriğinde, toplumun geniş kesimlerince tanınmayan, kamuoyunun gözü önünde bulunmayan, siyasetçi, sanatçı veya kamu görevlisi olmayan başvuranların evli olmalarına rağmen ikisinin de birbirine karşı yasak aşk yaşadıkları, manipülasyon suçundan yatırımcılara zarar verdikleri, ayrıca FETÖ/PDY soruşturması kapsamında ifadelerinin alındığı,

- Yine başvuruya konu 09.01.2019 tarihli, “Türkiye’nin gündeminde ailesi, borsanın gündeminde ailesi” başlıklı yazıda ise; başvuranların şirket patronlarına şantaj yaptıkları, basın yoluyla sermaye piyasalarına zarar verdikleri, yasak aşk yaşayan ve kan emici bir aile oldukları, yargılanmaları gerektiğinden bahisle iki ayrı haber bulunduğu görülmektedir.

Her iki haber için de kişilik haklarının ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebiyle yapılan başvuru üzerine; Bakırköy 1. Sulh Ceza Hakimliği tarafından alınan 09.01.2019 günlü ve 2019/192 D.İş. sayılı kararda (özetle) başvuruya konu haberde (ki iki ayrı haber olmasına rağmen) başvuranlar

hakkında, Türkiye’nin gündemindeki P... ailesi ile bir takım benzetmeler yapılarak yapılan haberde, kişilik haklarına saldırı içeren ifadelerin bulunmadığı, haberin basın özgürlüğü kapsamında kaldığı gerekçesiyle başvurunun reddine karar verilmiştir. İtiraz üzerine karar veren merci ise gerekçesiz şekilde itiraz edilen kararın usul ve yasaya uygun olduğundan bahisle itirazın reddine karar vermiştir.

Başvuranların evli oldukları, başvuru hakkında alınan red kararında belirtildiği gibi haklarında sadece bir haber olmadığı, değişik tarihlerde yapılan internet yayın içeriklerinde açıkça kişilik haklarına karşı ağır saldırıda bulunulduğu, masumiyet karinesinin ihlal edildiği, aile ve özel yaşamlarına dair gizliliğin zedelendiği, uyuşmazlığa konu hakaret içerikli internet yayınlarıyla basın özgürlüğü arasında bir bağ bulunmadığı, bu nedenle erişimin engellenmesine dair talebin her iki yayın yönünden de kabul edilmesi gerektiği, yapılan itirazın ise gerekçesiz şekilde reddedildiği...” gerekçesiyle tüzel kişinin patronları hakkında şirketiyle ilişkilendirilerek yapılan haberin; borsa işlemleri veya ticari şirketin durumu ile ilgili değil, sahiplerinin kişilik haklarını ihlal edici içerikleri barındırması nedeniyle bozma kararı verilmiştir.

III. SONUÇ

Tüzel kişilerin de internet yayınları üzerinden yapılan yayınlarda, kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesi uyarınca içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi yoluna başvuru haklarının bulunduğu tartışmasıdır.

Tüzel kişilerin kişilik haklarının ihlali, sahip oldukları isim, ticari unvan, marka, müşteri çevresi, saygınlık, itibar, mal veya hizmetlerine dair ayırt edici kalite standartları veya marka gibi değerlere yönelik hakların, ihlal edici yayının içeriğinde rencide edici toplum önünde bir karalama kampanyasına dönüşen biçimde zedelenmesi durumunda mümkündür.

Marka hakkı gibi sınai hakların korunmasına dair en önemli kriter, başvuran tüzel kişinin markasının ekonomik anlamda korunmasına yönelik

24 Yargıtay 19. CD., 05.07.2018 tarihli, 2017/4081 E. 2018/8236 K. sayılı kararı.

25 Yargıtay 19. CD., 19.10.2020 tarihli, 2019/33658 E. 2020/13098 K. sayılı kararı.

26 Yargıtay 19. CD., 02.11.2020 tarihli, 2019/29863 E. 2020/13554 K. sayılı kararı.

27 Yargıtay 19. CD., 19.10.2020 tarihli, 2019/28119 E. 2020/13097 K. sayılı kararı.

ihtiyati tedbir, saldırının men'i,ref'i gibi yollarla, markaya yönelik saldırıda ilgili tüzel kişinin isim, kamuoyu önündeki itibarı veya müşteri çevresinin gözünde yaratılacak olumsuz intibanın zedelenmesi halindeki sahisvarlığı hakkının korunamaya çağının, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki erişimin engellenmesi tedbirinin, ancak tüzel kişinin kişilik hakkının ihlali halinde mümkün olduğunun gözden kaçırılmamasıdır. Örneğin A. markasının başka bir internet sitesinde yanıltıcı fotoğraflarının yayınlanması ve ürünlerin satışa sunulması ile A. markasının teröre destek verdiği yönünde bir haber yapılması arasında korunan değerler yönünden bir fark bulunmaktadır.

Bu nedenle, tüzel kişilerin kişilik hakkının internet yayınları yoluyla ihlaline dair başvurular sırasında tarafının ve husumetin isabetli şekilde belirlenmesi, yapılan yayının içeriğinin şahısvarlığı haklarından olan kişilik haklarını ihlal edici olup olmadığının ve başvuru şartlarının bulunması halinde dahi; ortada ifade ve basın özgürlüğü veya korunan diğer temel haklarının kişilik hakkıyla çatışıp çatışmadığının titizlikle değerlendirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

A- Kitaplar

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, EPAMAT Basın Yayın, Ankara, 2019

AKÜNAL, Teoman, Tüzel Kişiler 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1995,

BENEDEK,W., İnsan Haklarını Anlamak, (Çeviri: Bingöllü, Kılıcı, M.) TAA Yayınları, Ankara

DURAL, M./ÖĞÜZ, T., Türk Özel Hukuku,Kişiler Hukuku II. Cilt, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012

KILIÇOĞLU, Ahmet, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Doğan Sorumluluk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013

ÖZKEPİR,R., KOCAMAN,S, KART,E.H., Sosyal Medya ve Basın Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022

ÖZSUNAY Ergün, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Baskı, İstanbul, 1982

ÖZTAN, Fırat, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, 4.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 1996

ZEVKLİLER,A./ERTAŞ,Ş./HAVUTÇU,A./GÜRPINAR,D., Medeni Hukuk, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara, 2012

B- Makale (Dergi)

TAŞKIN, Âlim, Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması, AÜHFD, Ankara, 1991, Cilt:42, Sıra:1-4

C- İnternet Kaynakları

www.anayasa.gov.tr : Anayasa Mahkemesi Resmi İnternet Sitesi

www.sozluk.gov.tr : Türk Dil Kurumu Resmi İnternet Sitesi

www.uyap.gov.tr: Adalet Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi

www.yargitay.gov.tr : Yargıtay Resmi İnternet Sitesi



İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

Barış İlker EMİR

1) Giriş

İhaleye fesat karıştırma suçu, TCK'nın Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar başlığı altında 235.maddesinde düzenlenmiştir. İlgili suç kanunda,“*Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir.

İhale kavramı, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda ihale kavramı “*Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri,*” şeklinde tanımlanmıştır.

TCK'nın 235/2 hükmünde, İhaleye Fesat Karıştırma suçunun icrai hareketleri seçimlik olarak düzenlenmiştir. Buna göre ilgili suç hile, cebir veya tehdit suretiyle kanunda öngörülen şekilde işlenebilecektir.

2) İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN MADDİ UNSURLARI

A. Fail ve Mağdur

İhaleye fesat karıştırma suçu, faillik bakımından özgü bir hal düzenlememiştir. Dolayısıyla ilgili suç bakımından herkes fail olabilmektedir.

TCK'nın Topluma Karşı Suçlar kısmının Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar bölümü altında düzenlenen İhaleye Fesat Karıştırma suçu ile korunan hukuki değer, toplumun ekonomik yarar ve güvenliğidir. Dolayısıyla suçun geniş anlamda mağduru toplumun tamamıdır.

Kamu kurum veya kuruluşları, çeşitli ihtiyaçlarını, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, sair yönetmelik, tebliğ ve ihale olunan iş doğrultusunda temin etmektedir. Bu şartlar bakımından uygun olan gerçek veya tüzel kişiler ise söz konusu ihalelere teklif vermektedir. İhaleye Fesat Karıştırma suçunun dar anlamda mağduru ise suç konusu ihale katılımcıları veya katılımı cebir, tehdit yahut hile ile engellenen gerçek veya tüzel kişilerdir.

B. Fiil, Netice ve Nedensellik Bağı

İhaleye Fesat Karıştırma suçu, TCK'da sırf hareket suçu olarak düzenlenmiştir. Sırf hareket suçları, kanuni tanımda aranan icrai hareketin gerçekleştirilmesi ile meydana gelen suç tipleridir. TCK madde 235 hükmünde herhangi bir netice aranmamıştır. Fail, kanuni tanımda gösterilen icrai hareketlerden birisini gerçekleştirmekle suçu işlemiş olacaktır.

İhaleye Fesat Karıştırma suçu, seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Seçimlik hareketli suçlar, kanun tanımında birbirinin alternatifi olarak gösterilen birden fazla icrai hareketten birisinin

gerçekleştirilmesinin, suçun meydana gelmesi için yeterli olması halini ifade etmektedir.

İhaleye Fesat Karıştırma suçunun icrai hareketleri hile, cebir veya tehdit olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu, İhaleye Fesat Karıştırma suçunun hile suretiyle işlenebilmesi için;

“ Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:

a) Hileli davranışlarla;

1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,

3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,

4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.” hallerinden birisini aramıştır. Bu hallerden birisinin varlığı halinde suç gerçekleşmiş olacaktır.

İhaleye Fesat Karıştırma suçunun diğer icrai hareketleri kanun maddesinde;

“ b) Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak.

c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuksa aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek.

d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.” şeklinde gösterilmiştir. Failin, sayılan bu hareketlerden yalnızca birisini gerçekleştirmesi halinde suç işlemiş sayılacaktır.

Nedensellik bağı, tipikliğe uygun fiil ile meydana gelen suç arasında kurulan ve faile isnat edilebilirliği ifade eden bağıdır. Failin, icra ettiği eylem bakımından sorumlu olabilmesi için uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Failin hile, cebir veya tehdit suretiyle elverişli icrai hareketleri

gerçekleştirmesi ancak mağdurun ihaleye başkaca bir sebeple katılmaması halinde uygun nedensellik bağı kurulamayacaktır. Bahsedilen bu örnekte failin teşebbüse ilişkin sorumluluk hali saklıdır.

3) SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

A. Daha Fazla Cezayı Gerektiren Nitelikli Hal

TCK madde 235/3-a hükmünde İhaleye Fesat Karıştırma suçunun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hali “cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur.” şeklinde düzenlenmiştir.

B. Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Hal

TCK madde 235/3-b hükmünde İhaleye Fesat Karıştırma suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali “işlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen hâller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” şeklinde düzenlenmiştir.

4) İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN MANEVİ USURU

Kast, Türk Ceza Kanunu’nun 21.maddesinde, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak ifade edilmiştir. Bir diğer ifadeyle kast, öngörülebilir bir neticenin öngörülmesi ve istenmesi yahut en azından kabul edilmesi halinde söz konusu olacaktır. Bu tanımlamadan da anlaşılacağı üzere kastın gündeme gelebilmesi için öngörülebilirlik, öngörme ve isteme yahut kabul etme unsurlarının birlikte bulunması gerekmektedir.

İhaleye Fesat Karıştırma suçu, yalnızca kasten işlenebilir bir suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla failin, TCK’nın 235.maddesinde düzenlenen icrai hareketler bakımından bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekmektedir.

5) SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Teşebbüs kurumu, TCK’nın 35.maddesinde, failin, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasından sorumlu tutulması olarak ifade edilmiştir. Bu maddeye göre fail, teşebbüs aşamasında kalan bir suçtan meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacak olup, diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilecektir.

İhaleye Fesat Karıştırma suçu her ne kadar sırf hareket suçu olsa da icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda teşebbüs gündeme gelecektir. Fail özellikle hile, tehdit veya cebir ile kişilerin ihalelere katılmalarını engellediğinde teşebbüs hükümleri önem arz etmektedir. Bu hallerde fail, elverişli icrai hareketleri gerçekleştirmeye başlamış; ancak mağdur tüm engellemelere rağmen ihaleye katılım sağlamış ya da failin eylemi dışındaki bir sebepten dolayı ihaleye katılmamışsa teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.

B. İştirak

İştirak, bir suçun birden fazla fail tarafından birlikte işlenme iradesini ifade etmektedir. İştirakten bahsedebilmek için suça birden fazla kişinin katılımı olması ve bu kişilerde suç işlemeye ilişkin ortak bir irade olması gerekmektedir. Bu sebeple iştirak, yalnızca kasten işlenebilen suçlarda gündeme gelebilecektir.

İhaleye Fesat Karıştırma suçu birden fazla fail ile işlenmeye uygun bir suçtur. İhaleye fesat karıştıran kişiler, ihaleye katılanlar yanında ihaleyi düzenleyenler de olabilir. Örneğin; bir ihaleye katılan failin, ihaleyi düzenleyen kurumdaki yetkiliye menfaat sağlamasıyla yetkili tarafından ihalenin üzerinde bırakılması halinde ilgili yetkili de fail olarak sorumlu tutulacaktır.

C. İctimai

TCK’nın madde 235/3-a ve 235/4 hükümlerinde İhaleye Fesat Karıştırma suçunun gerçek içtimaya tabi olduğu haller düzenlenmiştir. Gerçek içtima, bir suçun icrai hareketlerinin başka bir suçun oluşmasına da sebebiyet vermesi halinde iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılmayı ifade etmektedir.

Madde 235/3-a hükmüne göre *kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunacaktır.*

Madde 235/4 hükmünde ise *ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılacaktır.* İlgili hükümde ise görevli kişilerin menfaat temin etmesi halinde rüşvet, irtikap vb. suçlardan doğacak sorumluluk gerçek içtima kapsamına alınmıştır.

6) MUHAKEME

İhaleye Fesat Karıştırma suçunun soruşturma ve kovuşturması herhangi bir şikâyet gereksizsin re’sen yapılabilmektedir. Söz konusu suç bakımından görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi’dir.

7) ÖNÖDEME

TCK’nın 75.maddesinde yalnız adli para cezasını gerektiren yahut üst sınırı 6 ayı geçmeyen suçların önödemeye tabi olacağı ifade edilmiştir. Bahsedilen şartları taşımaması sebebiyle TCK madde 235 önödeme kapsamında değildir.

8) UZLAŞTIRMA

CMK madde 253 hükmüne göre soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlar ile aynı maddede katalog olarak sayılan suçlar uzlaştırmaya tabidir. Buna göre İhaleye Fesat Karıştırma suçu uzlaştırma kapsamında değildir.



Ulusal Güvenlik Gerekçesiyle İletişimin Gizli Takibi Konusunda Aihm İçtihatı

Ali Rıza GÜDER

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla ön-görölmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları çerçevesinde “özel yaşam” kavramı nihai bir tanıma sığmayan geniş bir kavramdır. Bu kavram bir bireyin fiziki ve psikolojik bütünlüğünü dola-yısıyla fiziki ve sosyal kimliğine ilişkin farklı ileti-şim boyutlarını kapsar.¹ Mesela cinsel kimliği, adı, cinsel yönelimi, cinsel yaşamı AİHS’nin 8. md. kap-samında korunan bireysel özelliklerdir.² Bir bire-yin özel ve aile yaşamı kişisel tanımlanmaya ve aile bağlarına ilişkin sahip olduğu isimden başka öğeler

de barındırabilir.³ Bir bireyin sağlığına ilişkin bil-giler özel yaşamın önemli bir parçasıdır ve 108 sa-yılı Avrupa Konseyi Veri Koruma Sözleşmesi’nin 6. Maddesi kapsamında hassas veri olarak nitelendi-rilmektedir.⁴ Bireyin etnik kökeni, siyasi görüşleri, dini ve diğer inancı ve cinsel yaşamına ilişkin bil-giler de aynı madde kapsamında hassas veri olarak değerlendirilir. Bireyin kişisel gelişimi ve diğer bi-reyler ve dış dünya ile ilişki kurmak ve geliştirmek de ilave olarak AİHS’nin 8. Maddesi’nin koruması altındadır.⁵ Özel yaşam kavramı ayrıca kişinin ima-jına koruma hakkını da kapsar.⁶ Bir bireyin özel yaşamına ait kişisel veriyi sadece elde etmek dahi AİHS 8. madde kapsamında özel yaşama müdahe-ledir ve bu bilginin daha sonra kullanılıp kullanıl-maması bu bulguya etki eden bir faktör değildir.⁷ Bununla birlikte Mahkeme, farklı kurumlar tara-fından muhafaza edilen kişisel bilgilerin özel yaşa-mın yukarıda atfedilen öğelerine 8. Maddeye aykırı

3 *Burghartz v. İsviçre*, 22 Şubat 1994, § 24ve *Ünal Tekeli v. Türkiye*, no. 29865/96, § 42,

4 *Z v. Finlandiya*, 25 Şubat 1997, § 71

5 *Friedl v. Austria*, 31 January 1995, Series A no. 305-B, opi-nion of the Commission, p. 20, §45).

6 *Sciacca v. Italy*, no. 50774/99, § 29

7 *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, § 48, *Amann v. Swit-zerland* [GC], no. 27798/95, § 69

bir müdahale olduğunu değerlendirirken, söz ko-nusu bilginin kaydedilip muhafaza edilmesine ili-şkin spesifik bağlam, bilginin içeriği, bilginin ne şekilde kullanıldığı ve aktarıldığı ve olası sonuçla-rını dikkate alır.⁸

A. Gizli Dinleme ve Mağdur Sıfatı’nın Ta-nınması

Telefon dinleme konusunda ilk temel dava olan *Klass ve diğerleri v. Almanya* davasında Mahkeme, başvuranların Sözleşme’de yer alan haklarının ihlal edildiği iddiasında bulunabilecek mağdur sıfatına sahip olup olamayacakları sorusuna cevap aramış-tır. Başvuranlar bir grup avukat olup, ilgili tarihte yürürlüğe giren ve mektup, posta ve telekomünika-syonun gizliliğini belirli koşullarda sınırlayan, ilgili kişiyi sonrasında bilgilendirmeden gözetleme im-kanı veren ve gözetim kararı ve uygulamasına karşı mahkemeler önünde yasal başvuru imkanı tanıma-yan yasaya karşı Mahkeme’ye başvurmuşlardır.⁹

Bireyler, AİHS kapsamında bir yasanın başlı başına varlığını gerekçe göstererek Sözleşme’de yer alan haklarının ihlal edildiği iddiasında bu-lunamazlar; bu çerçevede yasanın temel haklarını zedeleyecek somut şekilde uygulanması gerekir.

Mahkeme, **bununla birlikte**, devlet tarafından elbette söz konusu bireyin bilgisi haricinde gizli iz-leme yapıldığında, ilgilinin AİHS’nin 8. md. kapa-mındaki haklarına aykırılık söz konusu olabileceğini ve bu gizliliğin sonucu yerel ve AİHM nezdindeki herhangi bir yasal başvuru imkanından yoksunlu-ğun söz konusu olabileceğini not eder. **Bu nedenle, bireyin belirli şartlar altında kendisine somut bir şekilde uygulanmasa dahi, gizli tedbirlerin ve gizli tedbirlere izin veren yasal bir düzenlemenin başlı başına varlığının dahi Sözleşme’de yer alan hak-larının ihlal edildiği iddiasında bulunabileceğini kabul eder. Bu bağlamda, ihlalin varlığına ve bi-reyin herhangi bir ihlalin mağduru olduğuna ilişkin koşullar her davada ihlal iddiasında bu-lunulan hak ve haklara, şikayet edilen tedbirle-rin gizlilik düzeyine ve başvuranın bu tedbirler-den ne ölçüde etkilendiğine göre değerlendirilir.**

8 *Peck v. Birleşik Krallık* no. 44647/98, § 59

9 *Klass ve diğerleri v. Almanya*, 6 Eylül 1978, § 33

Somut davada, tartışma konusu yasa Almanya’da yaşayan herkesin mektup, posta ve telekomünika-syon faaliyetlerinin kendi bilgileri dışında izlenebile-ceği bir sistem oluşturmuştur. Bu çerçevede, tartış-malı yasa posta ve telekomünikasyon hizmetlerinin bütün kullanıcılarınınve potansiyel kullanıcılarını direk olarak etkilemiştir. Davaya ilişkin vakalar de-ğerlendirildiğinde Mahkeme bütün başvuranların, somut izleme tedbirlerine konu olduklarına ilişkin somut deliller olmasa da bir ihlalin mağduru ol-dukları iddiasında bulunabileceklerine hükmetmiş-tir. Somut olarak bir ihlalin mağduru oldukları ise söz konusu yasa ve uygulamasının Sözleşme’nin 8. md. yer alan hükümlere uygunluğunun değeren-dirilmesi sonucunda belirlenir.¹⁰

Kennedy v. Birleşik Krallık, Mahkeme bu koşul-ları değerlendirirken somut olarak özel hayata mü-dahaleye karşı ulusal düzeyde yasal başvuru imka-nının varlığına ve gizli izleme tedbirinin ilgili kişiye uygulanmasına ilişkin somut riski dikkate almıştır. **Gizli izleme tedbirine ilişkin ulusal düzeyde yasal başvuru imkanının bulunmaması durumunda, toplumda bu tedbirlerin istismar edilebileceği düşüncesi oluşması olağandır. Bu durumda gizli izlemeye ilişkin somut risk düşük olsa dahi yargı tarafından denetime ilişkin daha büyük bir ihti-yaç ortaya çıkmaktadır.**¹¹

Base of Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev v. Bulgaristan dava-sında tüzel bir kişilik tafaından yapılan başvuruda, başvuranlar “*Özel izleme Amaçları Yasası*” çerçeve-sinde herhangi bir bildirimde bulunmadan izleme tedbirlerine konu olabileceklerini ifade etmişlerdir. Mahkeme, bu argümanı kabul etmiş ve başvuranla-rın yasadan direk olarak etkilenebileceklerini tespit ederek Sözleşme’nin 34. md. çerçevesinde “mağdur” sıfatına sahip olduklarını tanımıştır.¹² **Başvuranla-rın insan haklarına ilişkin faaliyet gösteren ku-rumlarda çalışan ve onları temsil edenler olduğu durumlarda**, Mahkeme aynı yaklaşımı benimsemiş

10 *ibid*, § 34-38

11 *Kennedy v. Birleşik Krallık*, 18 Mayıs 2010, § 167

12 *Base of Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev v. Bulgaristan*, 28 Haziran 2007, & 58-60

ve 8. md. çerçevesinde başvuranların haklarına bir müdahale olduğunu tespit etmiştir.¹³

B. AİHS. 8/2 Madde Çerçevesinde Özel ve Aile Hayatına Müdahalenin Şartları

1. Müdahalenin Varlığı

Gizli izleme tedbirlerinin başvuranların özel hayatına bir müdahale olduğu konusunda bir tartışma yoktur. Aşağıdaki örneklerde, başvuranlar hakkında tutulan hangi kayıtların bu bağlamda özel hayata müdahalenin konusu olabileceği tanımlanmaktadır.

Amman v. İsviçre davası, İsviçre’de faaliyet gösteren bir işadınının Sovyet Büyükelçiliği ile yaptığı telefon görüşmelerinin savcılık tarafından kaydedilmesi ve hakkında ulusal güvenlik kayıt dosyasında kayıt tutulmasını konu almaktadır. Hazırlanan kayıttta, başvuranın “Rus Büyükelçiliği ile bağlantısı olduğu” ve “farklı alanlarda ticari faaliyet içinde olduğu” bilgisi yer almaktadır.

Mahkeme, bireyin özel hayatına ilişkin verinin kamu otoritesi tarafından kayıt altına alınmasının ve bu verinin yer aldığı kayıt belgesin oluşturulup dosyalanmasının 8. md. çerçevesinde bireyin özel yaşamına saygı hakkına müdahale olduğunu tespit etmiştir. Bu bağlamda, Mahkeme, müdahalenin varlığını değerlendirirken bu verinin sonradan kullanılıp kullanılmadığını, hassas veri olup olmadığını ve başvuranın bu müdahaleden etkilenip etkilenmediğini dikkate almamıştır.¹⁴

Rotaru v. Romanya davasında Mahkeme, bireyin yaşamı hakkındaki 50 yıl önce kayıt altına alınmış bilgiler de dahil olmak üzere, eğitim hayatı, siyasi faaliyetleri ve cezai kayıtları gibi bilgilerin kamu görevlileri tarafından sistematik bir şekilde toplanıp, dosyalanmasını 8. md. kapsamında özel hayata müdahale kapsamında değerlendirmiştir.¹⁵

Her ne kadar 8. md. amacı bireyi kamu otoritesinin keyfi müdahalelerinden korumaksa da, korumanın kapsamı sadece devleti meşru olmayan müdahalelerden muaf kılmak değil (negative sorumluluk), aynı zamanda özel hayat ve

aile yaşamına etkin saygı gösterilmesini sağlamak amacıyla, özellikle devlet dışı aktörlerin müdahalelerine karşı gerekli tedbirleri almasını da (pozitif sorumluluk) gerektirir.

McGinley ve Egan v. Birleşik Krallık davasında başvuranlar, nükleer testlere katıldıktan sonra radyasyona maruz kalıp kalmadıkları konusunda şüpheye düşmüşler ve bu konuda bilgi talep etmişlerdir. Mahkme, başvuranların söz konusu bilgiye erişim konusundaki menfaatleri ve bu bilginin muhafazasına ilişkin karşı kamusal menfaatin yokluğunda devletin bu bilgiyi sağlamak konusunda 8. md. çerçevesinde pozitif sorumluluğa sahip olduğuna hükmetmiştir.

Hükümetin katılanların sağlığı üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabilecek tehlikeli faaliyetlerde bulunduğu “özel ve aile yaşamına saygı” prensibi, ilgili kimselerin gerekli ve ilgili bilgiye erişimini sağlayacak etkin ve erişilebilir başvuru prosedürü oluşturulmasını gerektirir.¹⁶

2. Müdahaleye İlişkin Yasal Temelin Varlığı

Mahkeme’nin yerleşik içtihatına göre, herhangi bir müdahalenin “yasaya uygunluğu” üç koşulun varlığına bağlıdır. Söz konusu tedbir yasal temele sahip olmalı ve yasa ilgili kişinin erişimine açık ve olası sonuçları konusunda öngörülebilir olmalıdır.¹⁷

Malone v. Birleşik Krallık davasında, İngiliz hukukunda bakanlara tanınan dinleme talimatı verme yetkisinin ne ölçüde yasal bir temele sahip olduğu tartışılmıştır. Davaya konu zaman diliminde İngiliz hukukunda bakanlara bu yetkiyi tanıyan genel bir düzenleme olmamakla birlikte farklı yasaların bu şekilde bir yetkiyi tanıdığına yorum yoluyla ulaşmak mümkündü. Ayrıca bu yetkinin kullanımına ilişkin idari düzenlemeler muğlak bir şekilde tanımlanmıştı.

Mahkeme, yasanın öngörülebilirliğine ilişkin koşulun, polis soruşturmaları kapsamındaki

iletişimin takibi kapsamında aynı katılıkla yorumlanamayacağını teyid etmiştir. Yasanın öngörülebilir olma koşulu, polis soruşturmaları kapsamında bireye tedbir alma imkanı tanıyacak şekilde iletişimin izlendiğini veya ne zaman izlenebileceğini bilme imkanı tanıyacak açıklıkta olmak zorunda değildir.

Bununla birlikte, Mahkeme’nin bu konudaki temel yaklaşımına göre “yasa, kamu otoritelerinin hangi durumlarda ve hangi koşullarda özel yaşam ve yazışma hakkına gizli ve potansiyel olarak tehlikeli müdahalede bulunabileceği hususunda bireyin anlayabileceği açıklığa sahip olmalıdır.”

İletişimin takibine ilişkin gizli izleme faaliyetlerinin pratikte ilgili kişinin sorgulamasına açık olmadığı için yönetime bu konuda tanınmış dizensiz, sınırsız yasayı yorum yetkisi hukuk düzeyine aykırıdır. Bu nedenle “yasallık” prensibini tatmin etmesi için yasada yönetime iletişimin takibi konusunda tanınmış takdir yetkisinin boyutunun ve uygulamaya ilişkin ayrıntıların yeterli açıklıkla tanımlanması gerekir.¹⁸

Leander v. İsveç davasında, Mahkeme bu prensibi tekrar etmiş ve ulusal güvenliği ilgilendiren konularda çalışan personelin polis tarafından hangi spesifik konularda kontrol edilebileceklerinin öngörülebilir olmamasının yasanın öngörülebilir olma niteliğini etkilemediğini ifade etmiştir. Ayrıca, Mahkeme, “Kişisel Kontrol Yasası’nın” “siyasi fikir” temelinde veri kaydetme ve dosyalama yasağı gibi, toplanabilecek bilginin niteliğine ilişkin geniş sınırlamalar barındırması ve kişisel kontrole ilişkin açık ve detaylı yasa maddelerine işaret ederek yasallık prensibini tatmin ettiğine hükmetmiştir.¹⁹

Amman v. İsviçre davasında Mahkeme, birey hakkında dosya oluşturulmasına ilişkin kuralların varlığının yasanın öngörülebilirliğinin unsuru olduğunu vurgulamıştır; birey hakkında dosya oluşturulabilmesinin şartları, buna ilişkin yasal prosedür, kaydedilebilecek bilginin niteliği ve türü ve bu dosyalarda yer alması yasak yorumlar yasanın öngörülebilirliğinin unsurlarıdır. Bu bağlamda Mahkeme, Federal Savcılığın Polis Hizmetleri hakkında Federal Konsey Yönetmeliği,

Federal Ceza Usul Kanunu ve Federal Konse Direktifi’nin very toplama, kaydetme ve dosyalama ilişkin spesifik ve ayrıntılı maddeler kapsamadığını tespit etmiş ve herhangi bir suç hazırlığı olmadığı tespitine rağmen dosyalanmış bilginin imha edilmemiş olmasını müdahalenein yasalılığı ilkesine aykırı bulmuştur.²⁰

Kruslin v. Fransa ve Huvig v. Fransa davasında telefon dinleme ve benzeri tedbirlerin özel yaşam ve yazışma hakkına ciddi bir müdahale olduğunu ve açık anlaşılır bir yasaya dayanması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, özellikle teknolojinin geldiği ve geliştiği nokta dikkate alındığında telefon dinleme konusunda açık ve kapsamlı kurallara ihtiyaç duyulduğunu ve telefon dinlemeye ilişkin olası tedbirlere karşı bireyin hangi güvencelere sahip olması gerektiğini ifade etmiştir; Örneğin yasada hangi kategorideki bireylerin yargı kararıyla dinlenebileceklerine ve hangi sınıf suçların dinleme emrinin konusu olacağı tanımlanmamıştır; yargıca dinleme süresine ilişkin sınırsız bir otonomi tanımıştır; dinleme kayıtlarına ilişkin raporların hangi prosedür takip edilerek hazırlanacağı ve dinleme kayıtlarının tahrir edilmemesi için gerekli tedbirler belirtilmemiştir; ayrıca yargıç (ki dinlemenin sayısı ve kayıtların uzunluğunu teyit etmesi oldukça zor görünmektedir) ve savunmanın denetimine ilişkin prosedür tanımlanmamıştır; ve özellikle yasada dinleme kayıtlarının mesela soruşturmaya gerek kalmaması veya zanlının beraat ettiği durumlar da dahil olmak üzere hangi şartlarda silineceği veya yok edileceği belirtilmemiştir.²¹

Uzun v. Almanya davasında, Mahkeme, GPS yoluyla toplulukların izlenmesini, bireyin davranışları, düşünceleri ve duygularına ilişkin diğer görsel ve akustik izleme faaliyetlerine göre daha az bilgi ifşa ettiğini ve bireyin özel hayatına daha az bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, Mahkeme, iletişimin takibine ilişkin içtihadında yer alan izleme süresi, verinin saklanması ve kullanımına ilişkin procedure ilişkin güvencelerin GPS

¹³ *Liberty ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, 1 Temmuz 2008, & 56 ve 57

¹⁴ *Amman v. İsviçre*, no. 27798/95, & 69 ve 70

¹⁵ *Rotaru v. Romanya*, no. 28341/95, & 43 ve 45

¹⁶ *McGinley ve Egan v. Birleşik Krallık*, 9 Haziran 1998, &101

¹⁷ *Kennedy v. Birleşik Krallık*, 18 Mayıs 2010, § 151, *Rotaru v. Romanya*, no. 28341/95, & 52, *Base of Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiy v. Bulgaristan*, 28 Haziran 2007, & 71, *Liberty ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, 1 Temmuz 2008, & 59

¹⁸ *Malone v. Birleşik Krallık*, 2 Ağustos 1984, & 67 ve 68

¹⁹ *Leander v. İsveç*, 26 Mart 1987, & 51

²⁰ *Amman v. İsviçre*, no. 27798/95, & 76-79

²¹ *Kruslin v. Fransa*, 24 Nisan 1990, & 33 ve 35; *Huvig v. Fransa*, 24 Nisan 1990, &32-34

yoluyla izlemeye aynı katılıkta uyarlanamayacağına hükmetmiştir.²²

Rotaru v. Romanya davasında, ulusal güvenliğin korunması amacıyla gizli dinlemeye ilişkin yasanın öngörülebilirlik şartını yerine getirmediğini tespit ederken şu faktörleri dikkate almıştır;

Gizli dinleme yetkisine ilişkin bir sınırlamanın yokluğu, hangi tür bilginin kayıt altına alınabileceğinin tanımlanmaması, hangi kategorideki bireylerin gizli dinleme tedbirinin konusu olabilecekler, hangi durumlarda bu tedbire başvurulacağı, bireyin gizli dinlemeye ilişkin haklarını tanımlayan prosedürün tanımlanmaması, ne kadar eskiye dayanan bilginin kayıt altına alınabileceğinin ve ne kadar süreyle kayıt altında tutulabileceğinin tanımlanmaması, kaydın türü ve kayıt altındaki bilgiye kimlerin erişim yetkisi olduğu, takip eden prosedür ve bilginin ne şekilde kullanılabileceğinin belirtilmemesi.

Sonuç olarak, Mahkeme yasanın uygulamasına ilişkin kamu otoritesine tanınan yetkinin boyutu ve usulü konusunda yasada yeterli açıklığın yer almadığına hükmetmiştir.²³

Shimovolos v. Rusya davasında bir insan hakları savunucusunun isminin “izleme veri tabanına” kaydedilmesini ve faaliyetlerinin takibini konu almaktadır. Mahkeme, başvuranın da isminin kayıtlı olduğu veri tabanının oluşturulmasının yasal temeli olan bakanlık direktifinin hiçbir zaman yayınlanmadığını ve bireyin erişimine açık olmadığına işaret etmiştir. Vatandaşlar neden bu veri tabanına kaydedildiklerini, hangi tür bilginin kayıt altına alındığını, bilginin ne kadar süreyle kayıtlı tutulduğunu, bilginin hangi prosedür izlenerek kaydedilip kullanıldığını, bu konuda kimin yetkili olduğunu ve uygulamadaki olası hukuk dışı pratiklere karşı hangi kontrol ve teminatların mevcut olduğunu bilme imkanından yoksun kalmışlardır. **Mahkeme bu nedenlerle yasanın “erişilebilir” olma koşulunu taşımadığını tespiti etmiştir.**²⁴

Kopp v. İsviçre davası, avukatların telefonlarının dinlenmesini konu almıştır. Avukatların profesyonel ayrıcalıklarını korumak adına dinleme

yapılırken, yetkili posta müdürlüğü hukuk departmanından bir yetkili tarafından avukatlık faaliyeti ile bunun dışındaki konular arasında ayırım yapılmıştır. **Mahkeme, direk olarak savunma hakkını ilgilendiren avukat ile müvekkili arasındaki mahrem iletişimin dinlenmesini de ilgilendirebilecek bu konuda bağımsız bir yargıcın denetimi olmasızın yürütme organının bir üyesinin yetkilendirilmesine dikkat çekmiştir.** Sonuç olarak, yazılı ve içtihadı dayanan İsviçre hukukunun, dinlemeye ilişkin usul ve esaslar konusunda kamu otoritelerinin takdir yetkisi konusunda yeterli açıklığa sahip olmadığı ve 8. md. çerçevesinde özel yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Kopp kararının dikkate değer diğer bir boyutu Mahkeme’nin ulusal güvenlik söz konusu olduğunda avukat ve müvekkili arasındaki de dahil olmak üzere takibinin yasak olacağı hiçbir iletişimin olamayacağını fakat dinleme faaliyetinin mutlak şekilde denetlenmesi gerektiğini ifade etmiş olmasıdır. **Ayrıca Mahkeme, iletişimin dinlenmesine veya genel olarak veri toplanmasına ilişkin güvencelerin mutlaka yasayla tanınması gerekmeyeceğine, bu güvencelerin hukuki içtihat yoluyla da oluşturulabileceğine işaret etmiştir.**²⁵

3. Müdahalenin Meşru Bir Amaç Taşınması ve Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma Koşulu

Genel olarak Mahkeme, özel yaşama müdahalesinin meşru bir amacı olduğu hususunda üye devletin yargısını kabullenmekte ve ulusal güvenlik söz konusu olduğunda ilgili devlete sınırlama konusunda daha geniş takdir hakkı tanımıştır. **Mahkeme, ulusal güvenlik söz konusu olduğunda, müdahalelerin gerekliliğine karar vermek hususunda ulusal otoritelerin daha yetkin bir konumda olduğunu kabullenir ve bağımsız bir heyetin (mahkeme, kurul, komisyon) adil yargılamanın unsurlarını taşıyan yasal bir süreçle sözkonusu sınıflandırmanın ulusal güvenliği tehdit eden makul bir temele sahip olup olmadığını değerlendirmeleri gerektiğini ifade eder.**²⁶

Klass and others v. Almanya davasında Mahkeme, toplumların sofistike boyutta casusluk ve terror

faaliyetlerinin hedefi olabileceğini ve bu tehlikelere karşı yargı yetkisi dahilinde gizli izleme faaliyetinde bulunabileceklerini kabul eder. Mahkeme bu bağlamda **ulusal güvenliğin korunması ve düzensizliğin önlenmesi adına** üye devletin yasaya dayanarak posta ve telekomünikasyon iletişim araçlarını gizli takibini istisnai şartlar altında kabul etmektedir.²⁷ **Benzer şekilde *Leander v. İsveç* davasında, Mahkeme, üye devletlerin ilgili kamu kurumlarını, ulusal güvenliği ilgilendiren görevlere uygunluğunu değerlendirirken bireyler hakkında kamunun bilgisine açık olmayan kayıtlar oluşturabileceklerini kabul eder.**²⁸

Mahkeme, ayrıca gözetim sisteminin şartlarını ve unsurlarını belirlerken, bu alanda en iyi yöntemin ne olduğunu üye devlete empoze edemeyeceğini belirterek, ulusal makamlara yasal düzenlemenin ve takip eden pratiğin sosyal bir ihtiyacı karşılayacak ölçüde gerekli olduğu hususunda geniş takdir hakkı tanımıştır.²⁹

Bununla birlikte, Mahkeme, casusluk ve terörizme karşı izleme tedbirlerine izin veren yasaların demokrasiye olası tehlikelerini dikkate alarak bu takdir yetkisinin sınırsız olmadığını belirtmiştir. **Devletin gizli izleme faaliyetleri polis devletini karakterize ettiği şekilde yorumlanabilir ve ancak meşru bir amacın gerçekleşmesi için mutlaka gerekli olduğu takdirde tolere edilebilir. Bu nedenle devletin ulusal güvenliğin korunması menfaati bireyin özel yaşama saygı hakkı ile dengelenmelidir.**³⁰

Kennedy v. Birleşik Krallık davasında, Mahkeme, pratikte oluşabilecek istismarcı yaklaşımlara karşı iletişimin takibinde, eksiksiz ve etkin güvencelerin devletin iletişime müdahalesine eşlik etmesi gerektiğini ifade eder. **Bu değerlendirmede, izleme tedbirlerinin boyutu ve süresi, izleme tedbirlerine başvurulabilecek durumlar, hangi kurumların izlemeye karar vermeye, uygulamaya ve denetime yetkili olduğu ve ulusal hukukun mağdura ne gibi yasal başvuru imkanı tanıdığı gibi mevcut durumun bütün unsurlarını dikkate alır.**³¹

27 *Klass ve diğerleri v. Almanya*, 6 Eylül 1978, § 48

28 *Leander v. İsveç*, 26 Mart 1987, & 59

29 ibid

30 *Klass ve diğerleri v. Almanya*, 6 Eylül 1978, § 46,49

31 *Kennedy v. Birleşik Krallık*, 18 Mayıs 2010, § 153

Bireylerin iletişiminin takibinin denetlenmesi iletişimin takip kararı verildiğinde, yerine getirilirken ve sonlandırıldıktan sonra olmak üzere üç evrede mümkündür. İlk iki evrenin bireyin bilgisi dışında gerçekleşmesi şüphesiz mantığın ve gizli izleme faaliyetinin doğası gereğidir. Bireyin denetime ilişkin etkin başvuru yoluna sahip olmadığı bu evrelerde kamu otoriteleri tarafından bireyin özel yaşama müdahalesinin en azından son çare olarak bağımsızlık, tarafsızlığa sahip ve usul kurallarına uygun yargısal denetime tabi olması zorunludur. Bu denetimin varlığı casusluk ve terörizm gibi gizli dinleme ve veri toplamaya ilişkin istismarın kolay ve demokratik bir toplum için zararlı sonuçlar doğurabilecek bir alanda zorunludur. **Bununla birlikte yargısal denetimin yokluğu, yasayla oluşturulan denetim kurulları ve yasal güvencelerle denelenmediği durumlarda gizli izleme faaliyeti mutlak şekilde 8. md. ihlali olarak değerlendirilemez. *Klass* davasında bu tedbirler muhalefetten yeterli sayıda üyeyle dengelenmiş, gizli dinleme faaliyetinde bulunan kurumlardan bağımsız, etkin ve sürekli denetimi sağlayacak yeterli güç ve yetkiyle donanmış, objektif karar almak için yeterli bağımsızlığa sahip Bundestag tarafından atanmış Beş Parlamenterden Oluşan Kurul ve bu Kurul tarafından belirlenen üç kişiden oluşan Komisyonun varlığında vücut bulmuştur. Ayrıca izlendiğine inanan bireylerin Komisyon’a ve Anayasa Mahkemesi’ne başvurma imkanları mevcuttur.**³²

Uzun v. Almanya davasında gizli izleme faaliyeti GPS yoluyla ve terrorist bir örgütün üstlendiği siyasetçi ve kamu görevlilerinin öldürülmesi teşebbüsünün soruşturulmasına binaen ve olası bombalı saldırıların engellenmesi amacıyla yürütülmüştür. Bu tedbir dolayısıyla ulusal güvenlik, kamu güvenliği, suçun önlenmesi ve mağdurların haklarının korunması amacına hizmet etmiştir. Mahkeme, izleme faaliyetinin meşru amacın korunması ile orantılı olduğunu değerlendirirken şu unsurları dikkate almıştır; **GPS izlemesi sadece 3 aylık bir süre için uygulanmıştır; izleme başvuran sadece suç ortasının arabasıyla seyahat ederken ve ağırlıklı olarak sadece hafta sonları uygulanmıştır ve başvuranın bütün yaşamını kapsayan bir uygulama söz**

32 *Klass ve diğerleri v. Almanya*, 6 Eylül 1978, § 55-56

22 *Uzun v. Almanya*, no. 35623/05, & 66

23 *Rotaru v. Romanya*, 4 Mayıs 2000, & 57

24 *Shimovolos v. Rusya*, 21 Haziran 2011, & 70

25 *Kopp v. İsviçre*, 25 Mart 1998, & 73-75

26 *Janowiec ve diğerleri v. Rusya*, 21 Ekim 2013, & 213

konusu değildir; Mahkeme ayrıca izleme faaliyeti-
tinin toplum için son derece tehlikeli suçların so-
ruşturulması için yürütüldüğüne ve ancak bire-
yin özel yaşamına daha az etki eden ve başarısız
olan tedbirlerden sonra uygulandığına vurgu yap-
mıştır; Son olarak Mahkeme, gizli izleme faaliye-
tinin yasal bir temele sahip olduğu sorusunu de-
ğerlendirirken, yargısal denetime tabi olduğuna
ve yasadışı olduğuna hükmedilmiş bir delilin her-
hangi bir yargı sürecinden muaf kılınmasının yar-
gının takdir yetkisinde olduğuna işaret etmiştir.³³

Mahkeme, gizli izleme tedbirine maruz kalan
bireyin sonrasında bilgilendirilmesi zorunluluğu-
nun pratik olabirliğini değerlendirirken, gizli iz-
leme tedbirine gerektiren tehlikenin tedbirin son-
landırılmasından sonra dahi yıllarca ve hatta on
yıllarca sürebileceğine dikkat çekmiştir. **Bireyin ted-
birin sonlandırılmasını takiben bilgilendirilmesi
bu tedbiri gerektiren amacı tehlikeye atabilece-
ğini belirtir. Bireyin özel yaşamına müdahalenin
meşru bir amaca hizmet etmesi şartıyla, bireyin
-ki bu tedbirin etkinliği için olmazsa olmazdır-
gizli izleme faaliyeti sona erdiğinde bilgilendi-
rilmemesi 8. maddeye başlı başına bir aykırılık
teşkil etmez.** Ayrıca Alman Anayasa Mahkemesi
15 Aralık 1970 tarihli kararında ilgili kişinin, bil-
gilendirme gizli izleme faaliyetinin amacını tehli-
keye atmayacağı anlaşıldığı andan itibaren hemen
bilgilendirilmesi gerektiğini ifade eder.³⁴

Klass davasında başvuran, yasa ve pratik ara-
sındaki olası çatışmaya dikkat çekmiş ve uygula-
maya ilişkin hukuka aykırılık ve istismar olasılı-
ğının, yasanın 8. md. çerçevesindeki gereklilikleri
taşımadığı şeklinde yorumlanması gerektiğini ifade
etmiştir. Mahkeme, ihmalkar, kasıtlı ve dürüst ol-
mayan bir kamu görevlisi tarafından yasaya aykırı
davranış olasılığını dışlamamakla birlikte, belirle-
yici olan yasanın bu durumda sağladığı güvence-
lerin varlığıdır. Bu nedenle, pratiğin yasadan farklı
olduğuna ilişkin bir delil veya emare yoksa, Mah-
keme ulusal otoritelerin yasaya uygun davrandı-
ğını kabul eder.³⁵

33 *Uzun v. Almanya*, no. 35623/05, & 80

34 *Klass ve diğerleri v. Almanya*, 6 Eylül 1978, § 58

35 *ibid*, 59

Mahkeme, *Segerstedt-Wiberg ve diğerleri v. İs-
veç* davasında, ulusal güvenliği ilgilendiren bilgi-
nin uzun süre güvenlik dosyalarında tutulmasının,
müdahelenin orantılı olması gereğine uygunluğunu
değerlendirirken bilginin niteliği ve yaşını dikkate
almıştır; Birinci başvuran açısından Mahkeme,
1990 yılında ona ve bazı başka kimselere yöneltil-
miş bombalı saldırı tehdidine ilişkin bilginin dos-
yalanmış olmasının ilgili ve yeterli olduğunu ve özel
hayata orantısız bir müdahale olmadığına hükmet-
miştir. Bununla birlikte ulusal güvenliğin korun-
ması adına diğer başvuranın 1967 yılında katıldığı
bir siyasi toplantının kaydının tutulmasını ne ge-
rekli ne de yeterli bulmuştur. Başvuranlardan bi-
rinin ise 1969 yılında bir polis kontrol noktasında
şiddetle direnişi savunmasına ilişkin bilginin 30
yıl sonra kayıt altında tutulmasını ulusal güvenli-
ğin korunması adına dikkate değer bir şekilde ilgili
bulmakla birlikte yeterli bulmamıştır.³⁶

Dalea v. Fransa davasının konusu, Emniyet istih-
barat Birimi tarafından Schengen alanına giri-
şinin engellenmesi amacıyla ismi Schengen Bilgi
Sistemi'ne kaydedilen başvuranın uzun süre ka-
yıt altında tutulan hakkındaki bilgiye erişim ve bu
bilgiyi düzeltme imkanından yoksunluğu ile ilgi-
lidir. Mahkeme, bu davada ulusal güvenliğin ko-
runması adına herhangi bir tedbirden etkilenen
bireyin keyfi uygulamalara karşı yeterli yasal gü-
vencelere sahip olması gerektiğini ifade eder. Baş-
vuran, bu tedbirin değerlendirilmesi için öncelikle
Veri-Koruma Komisyonu'na sonra Danıştay'a baş-
vuru hakkına sahipti. **Her ne kadar Schengen veri
tabanına kaydedilmesine ilişkin temel gerekçelere
erişim imkanı olmasa da, hakkındaki diğer bü-
tün bilgiye ve hakkındaki raporun ulusal güven-
lik ve kamu güvenliği gerekçeleri ile hazırlandığı
konusunda bilgilendirilmiştir. Mahkeme, başvu-
ranın ulusal güvenlik gerekçesi ile talep ettiği bü-
tün bilgiye erişim imkanı verilmemesini makul
bir yaklaşım olarak değerlendirmiştir.**³⁷

36 *Segerstedt-Wiberg ve diğerleri v. İsveç*, no. 62332/00, & 91

37 *Dalea v. Fransa*, 2 Şubat 2010, & 1-2



Türkiyede Boşanma Davaları Sorunu

Eyüp Sabri CANBOLAT

Ülkemizde maddi kısımları dikkate alınmadığı
takdirde en kolay şey evlenmek. Yani resmi
prosedür olarak kredi çekmek araba almak ev sahibi
olmak tapu işlemleri vehayut bir kuruma yerleşti-
rilmek evlenme prosedürlerinden on kat daha zor.

Gözünüz kara ve hiçbir sonucu ailesel baskıyı,
mahallese baskıyı ve doku uyumsuzluğunu önemsemi-
yor; gelecekte maddi manevi uyum ve eşlik için bir
öngörünüz, kaygınız yoksa bu topraklarda en basit
işlem medeni halinizi değiştirmek yani evlenmek.

Peki 5 dakikada yaptığınız evliliği, en uzun 5
saat süren düğünü, en kabası 2 hafta süren balayı
tatilinin size göre olmadığını fark ettiniz vazgeçme-
niz ne kaç yılınızı alıyor?

Bu konu birçok acıdan Ankarada Kasım ayında
yapılan Uluslararası Aile Hukuku Kurultayında bir-
çok yerel ve uluslararası katılımcı ile çeşitli açılardan
ele alınmaya çalışıldı.

Maddi hukuk kuralları istediği kadar adil ve
dengeyi gözetir olsun, eğer toplumun ve aile ku-
rumunun ihtiyaçlarına karşılık veremiyorsa hele
ki bu haklara erişim zor zahmetli ve zaman alır
halde ise o zaman hukukun insanlara ulaşmasın-
dan söz edilemez.

22 senedir yürürlükte olan 4721 sayılı Türk Me-
deni Kanunu oturmuş içtihat zenginliklerine rağ-
men maddi hukuk anlamında günümüz şartlarının
ihtiyaçlarına cevaz veremediği toplumca aşıkardır.

Bugün ülkemizdeki Aile Hukukundan Kay- naklı Boşanma Davalarının Genel Sorunları

Aşağıdaki başlıklar altında incelenecektir ;

1. TMK 166/3 Fıkradaki Anlaşmalı Boşanma davalarında 1 yıllık süre sorunu
2. TMK 164 . Maddesinin Terk Sebepli boşanma davaları sorunu
3. TMK 166/ Son maddesinin kaldırılması so-
runu
4. TMK 168 Madde Yetki Sorunu
5. Ziyet davaları ile ilgili hukuki düzenleme sorunu
6. Mal rejimi tasfiyesi davalarının, boşanma kararını kesinleşmesini beklemesi sorunu
7. Aile Mahkemelerinde Usul Hukuku Sorunu
8. Nafaka davalarında takdir sorunu
9. Anlaşmalı boşanma davalarında adli tatilde görülme imkanı tanınması

10. Ön inceme duruşmalarının aile mahkemelerine uymaması sorunu
11. Dilekçeler aşamasının 2 dilekçe ile sınırlandırılması durumu
12. Aile Mahkemelerinin hakimlerinin yeterliği sorunu.

1.TMK 166/3 FIKRASINDAKİ (ANLAŞMALI BOŞANMA) 1 YILLIK SÜRE SORUNU

Ülkemizde ekonomik zorluklar göz ardı edildiğinde en kolay hukuki sözleşmenin evlilik akdi olduğundan bahsetmiştik. İki tanık ve resmi evlendirme memuru huzurunda kabul ile hızla kurulabilen bir yuvanın bitmesi için en az bir yıl geçmesi zorunluluğu birçok problemi bir arada doğurmaktadır.

Anlaşmalı boşanma ile hedeflenen aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda taraflar en az yıpranmışlıkla evliliklerini noktalamaktır. Burada bir yıllık süre genel boşanma sürelerine bakıldığında ve “**TUİK Adalet İstatistikleri**”ne bakıldığında **5 yılda % 35'lere** varan bir oran göz ardı edilmediği takdirde, evli kalmak için bile uzun bir süredir. Bu yol kanunun ön gördüğü asgari 1 yıllık süreyi doldurmadığı için başvuramayan birçok insan ihtilaf yumağı olan evliliklerinden çıkış bulamaz. Boşanma istekleri ve boşanmanın ferileri sayılan velayet, nafaka, tazminat ve mal varlığı hatta ziynet gibi hususlarda protokol serbestisi 1 yıllık süreye takılması sebepli her biri genel dava yolunun yolcusu olmaya zorlanır. Bu hususta Ankara 18 Aile Mahkemesinin 2023/383 Esas sayılı dosyası Anayasamızın 5,10,12,14,17 ve 41 maddelerine aykırılık nedeni ile itiraz yoluna başvurmuştur. Henüz karar verilmemiştir.

Evliliklerde 1 seneye takılan insanların gidebileceği tek yol genel sebebe dayalı boşanma davası açmak dilekçeler teastisini tamamlamak ön inceleme duruşmasını bitirmek delilleri dosyaya kazandırmak ve iş yükü ile durma noktasına gelen yargıda hızlı bir kararı kusur teorisine dayanarak ve mahkemeyi ikna ederek bitirmeyi denemektir. Bu evlenme serbestisi olan hayatta olağanüstü bir boşanma yolunu denemektir!

Tarafların en çok sıkıntı çektiği ihtilaf konuları olan velayet, tedbir nafakası, iştirak nafakası,

yoksulluk nafakası, maddi manevi tazminat hususları ve mal varlığı meselesi bir orta yol ve protokol ile neredeyse kansız bitecek iken bu süre ile bu işi bu hale getirmek ne topluma ne kimseye faydası bulunmamaktadır.

Sonuç olarak aile hukukunda boşanma davalarında temel sorunlarından biri olan hızlı boşanmanın önünü açmak için yasa maddesinde belirtilen süre sınırı derhal bir yasal değişiklik ile kaldırılmalıdır kanaatindeyiz.

2. TMK 164 . MADDESİNİN TERK SEBEPLİ BOŞANMA DAVALARI SORUNU

Türk Medeni Kanunda 164. madde eşlerden birinin evi terk etmesi durumunda diğer eşin hakim veya noter vasıtası ile eve dön ihtiarını düzenlemektedir.

Peki uygulamada bunun evliliğin devamına ve yahut meydana gelecek olası boşanmada davasına bir faydası olduğuna ilişkin bir sonuç var mıdır? Ne yazık ki zaman kaybı ekonomik gider kaybı ve iş yükünden başka hiçbir sonucu doğurmayan bu madde aynı zaman da Yargıtay 2. Hukuk Dairesi içtihatların da görüleceği üzere ihtarı çeken tarafın af ettiği sonucu doğurmasına sebep vermektedir.

Özetle Boşanma sebeplerini özel sebepler olarak 5 ayrı nedene ayıran kanun terk sebepli boşanma davasında davanın şartlarını ağır koşullara bağlamış ve ruhu olarak davayı açan tarafın uygulamada neredeyse karşı dava açısından genel kusura göre haksız duruma gelmesine göz yummaktadır. Bu sebeple uygulamada çok minimal yeri olan bu özel sebepli boşanma davası türü kanaatimizce toplumsal bir ihtiyacı karşılamamaktadır ve raf ömrünü tüketmiştir.

3. TMK 166/ SON MADDESİNİN KALDIRILMASI SORUNU

Bugün sosyal medya da boşanma kelimesi ile bir araştırma yaptığınızda genel toplumsal ses “ızdırıp” kelimesi karşılığına denk düşmektedir. Hal böyle olunca evlenmenin bu kadar kolay ve ehli-yetsiz boşanmanın ise bu kadar zor olduğu bir sistemde bir de taraflardan birinin sırf istememesi

veyahut bazen davanın ispatında zorlanan davanın hakim karar yetkisi gereği davasını TMK 166/son uyarınca reddi sebebi çok ağır sonuçlar doğurmaktadır .

Boşanamayan taraflar genelde bir araya gelmemektedir. Boşanamayan taraflar sadakat yükümlülüğü ihlali konusunda fikren ayrıldıklarını düşündükleri için bu mevzuya özen de göstermemektedirler.

Gayri sahih nesepli evlilik içi doğan çocuk problemi soy bağına ilişkin davalarda patlama meydana getirmiş ve ceza hukuku açısından da ciddi bir sorun haline gelmiştir.

5 yılda boşanma oranı bu artış hızıyla birkaç seneye yarıya varması sıradan olan ülkemizde bu maddeye ve bazen keyfi kararlara dayanarak insanların evli zoraki 3 sene daha kalmalarını dayatmak topluma zarardan başka hukuki bir menfaat getirmemektedir.

Yerel mahkemede ortalama 2 sene BAM'da 3 sene Yargıtay da ise 1 sene beklemesi işten bile olmayan yargı hızında bir insana 1 seneden önce boşanamazsın kanun müsait değil ya da mahkeme evliliğinin bitmediğine karar verdi deyip 6 sene daha evli tutmak hem tarafları hem çocukları hem kök aileler arası sıkıntıları yıpratacağı kesindir. Bu sebeplerle bu madde derhal kaldırılmalıdır fikrindeyiz.

4. TMK 168 MADDE YETKİ SORUNU

Hukuk alanındaki akademisyenler “yetki” ile ilgili düzenlemenin TMK'da yer almasını her daim eleştirmişlerdir

Burada sorun davaların açılmasını kolaylaştırma ciheti ile hareket ise davacı istediği yerde açabilmedir. Amaç güçleştirmek ise davalının ikametgahını belirlemek kafi gelecektir.

Uygulama da TMK 168'de yargılamanın sürün-cemede kalması için kafi vazifeyi görmektedir. Sebebi ise gayet basittir. Yetkili mahkeme iki ayrı yer olarak düşünülürse bu husus ön inceleme duruşmasında yetki itirazı olarak karşınıza çıkacaktır. Hele ki bu konu istinafa taşınırsa iki sene sadece yer aramakla geçecektir. Davalı eşin olduğu yerin yetkili sayılması birçok sorunu çözeceği fikrindeyiz.

Sonuç tek yetkili yere indirgeme ve yasal düzenleme ile davalının son ikametgah yeri yetkili saymak konuyu hızlandırma kısmında faydalı olacağını düşünmekteyiz.

5. ZİYNET DAVALARI İLE İLGİLİ HUKUKİ DÜZENLEME SORUNU

Toplumda en fazla kafaya takılan sorun “Ziynet Takı Davaları Sorunu” olmaya doğru gitmektedir. Günümüzde evliliklerin mali kısmındaki en büyük külfeti doğuran yegane sebep kadına takılan ziynetler ve yöresel özelliklere göre bu takıları kadının ve yahut adamın ailesinin alıp götürmesi sorunudur.

Bu takıların bir iade borç mu ya da kimin kime taktığı gibi birçok iç problemi beraberinde getiren ziynet takı davaları gerek ispat külfeti gerek nihai kadının hakkıdır şeklindeki Yargıtay yerleşmiş iç-tihadı ile tarafımızca hem hayatın olağan akışına hem de hakkaniyete aykırı bir sonuç doğurmaktadır.

Şöyle ki sonuçları bakımından en ağır hali doğuran TMK 161 Zina sebepli boşanma davasında dahi zinası ispatlanan ve tam kusurlu kadının takılar ve ziynetler yönünden alacak hakkı sekteye uğramamaktadır. Bu ciddi bir sorundur . Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde aksi ispatlanıncaya kadar kanunun bir arada edinilmiş mal sayılan bütün kazandırmaları gibi biz ziyne-tinde bu kapsamda olması gerektiği hatta zina davası gibi dava mahiyetinde bir sonucun ziynete de azaltıcı etkisinin uygulanmasının hakkaniyete uyduğunu düşünmekteyiz.

Aksi halde çığ gibi büyüyen zina sebepli davaların sonuçlarına rağmen ziynet takı alacakları boşanma davasını dahi beklemeden günümüz serbest piyasa şartlarında belki de evlendikleri zamanki fiyatının onlarca katı bir taleple erkeğin karşına çıkmaktadır.

Buna düğünlerde emanet alınan ve resim çekilmesi ardından teslim edilen kiralık takılar, sahte takılar, yalancı şahitler ya da düğün CD ve fotoğraflarına ulaşımın bazen imkansız olmasının olayı sadece dilekçe haline getirmiş olmasının sonuçlarının ağırlığı ciddi bir problem olarak durmaktadır.

Ziynet takı velayetten sonra en büyük sorun olduğunu günümüz ekonomik şartlarında düşünmekteyiz

ve buna Adalet Bakanlığı Mevzuat Genel Müdür-lüğünün bir ziynete ilişkin hukuk kuralı düzenle-mesine mecbur olduğu fikrindeyiz.

6. MAL REJİMİ TASFİYESİ DAVALARININ, BOŞANMA KARARINI KESİNLEŞMESİNİ BEKLEMESİ SORUNU

Mal canın yongasıdır atasözüne sahip başkaca toplum var mıdır acaba? Böyle bir toplumda kaç evlilik içinde mal alma heyecanı ve zorunluluğu hissetmeden bir ömür geçirmektedir? Günümüz ekonomik koşulları kredilerin geldiği nokta ve ev fiyatlarının hali neredeyse evlenmeden insanları ev almaya zorlayan bir mahalle baskısı doğurmaktadır.

Ne yazık ki bu kredilendirilmiş hayatlarda en büyük boşanma sebeplerinden biride ev ve diğer malların tasfiyesine ilişkin fikir ayrılığıdır.

TMK 225/ son ve HMK 165 maddeleri gereğince taraflar boşanma kararı kesinleşmeden mal rejimi-nin tasfiyesine ilişkin karar alamazlar.

Enflasyonun ülkemizde ve dünyada geldiği nokta, boşanma davalarının ortalama 4 sene sür-mesi ve düşük yasal faiz ile parasal anlamla biten bir dava adliyelerde çok ciddi iş yükü oluşturmaktadır.

Çözüm yine bu davanın da boşanma ile beraber aynı seyirde yürümesi ve uygulamada içtihat gibi her mahkemece aynı şekilde tahkikat aşamaları ar-dından kararı beklemesinin doğru olacağı kanaa-tindeyiz. Aksi halde tanık dinlenmesi için bu da-vanın boşanmayı beklemesinde bazen tanıkların vefatı, mücbir sebep olarak deprem veya afetlerin malın ortadan kalkmasına sebebiyet vermesi bu da-vayı başlamadan sürüncemede bırakarak enkazı or-taya koymaktadır. Bu yanıştan bir an evvel dönül-mesi ve yasal düzenleme yapılması gerekmektedir.

7. AİLE MAHKEMELERİNDE USUL HU-KUKU SORUNU

Şuan yürüyen hukukta herkesin bildiği üzere 6100. Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürür-lüktedir. Bu kanun aile sorunlarının çözümü olan aile mahkemelerinin usulüne has özel bir kanunun değildir. Bu sebeple ülkemizde en çok ihtiyaç duyul-an yasama faaliyeti olarak şuanda aile mahkemeleri

usul kanunu büyük bir ihtiyaç olarak beklemek-te-dir. Bu konuya ilişkin Ankara Hakimi Murat DE-MİRELLİ Beyefendinin Aile Mahkemeleri usul ka-nunu çalışması TMK ve HMK'dan 74 değişikliği ile toplamda yaklaşık 360 maddelik bir **Özel Usul Ka-nun** taslağı sayın adalet bakanımıza iletilmiş ve ya-sal düzenlemeler için gerekli çalışmaların yapıldığı bilgisi tarafımızca öğrenilmiştir.

Usul hukuku sorunu açısından görev ve yetki problemi yetkiye itiraz çok büyük zaman kaybı ya-ratmaktadır.

HMK 26 taleple bağlılık ilkesi bilhassa boşanma davalarında özel sebebe dayanıldığı taktirde çok büyük sorun yaratmaktadır. Uygulamada bu yolu bypasslamanın yolu terditli dava açıp hem genel sebep hem de özel sebebe dayalı iddiaların ispatı çalışmasıdır.

Boşanma davaları kusur teorisinin ispatına yö-nelik bir dava çeşidi olduğu için zina sebepli bir da-vada cinsel ilişki ispatı neredeyse imkansızken çok sık telefonla görüşmek sadakat yükümlülüğün ih-lali sayılmaktadır. Bu sebepten yargıda ispata muh-taç davaların %93'ünü teşkil eden genel boşanma sebebi özel sebep ispatlarının hem kanun hem de yerleşmiş içtihatlarla imkansızlaştırılması sonucu hak kayıplarını meydana getirmektedir.

8. NAFKA DAVALARINDA TAKDİR SO-RUNU

Bir diğer usul problemi tedbiren nafaka taktiri problemidir. Burada bağlanacak nafakalarla bil-hassa tedbiren olanlar dava tarihi arasında bazen 1 yıldan aşkın süre bulunması ve bağlanır bağ-lanmaz ilamsız icra marifetiyle birikmiş nafaka-nın tahsili borçlunun hayatında buhrana sebebi-yet vermektedir. Bazı davalarımızda 27 ay sonra bağlanan tedbir nafakası borçlunun malını sata-rak ödemesi dışında şans bırakmamıştır. Bunun çözümü ise dava açılır açılmaz dava dilekçesi şart-larının kontrolünden sonra takdiri hakka ve vic-dana uygun bir nafakanın birikmeye mahal ver-medden bağlanmasıdır.

9. ANLAŞMALI BOŞANMA DAVALARINDA ADLİ TATİLDE GÖRÜLME İMKANI TA-NINMASI

Bir diğer problem sayın bakanımızın Uluslara-rası Aile Hukuku Kurultayında bahsettiği üzere bu-gün Türkiye'de görülen boşanma davalarının yarısı bizce dava süresinin uzunluğu hakim muhakemele-rindeki bazı yetersizlikler sebebiyle insanları cebren anlaşmalı boşanmaya itmektedir. Hal böyle olunca yılda 200.000'e yaklaşan boşanma dosya sayısı ile uğraşan yargı en çok yükü tutan dava tipine adli tatilde bakmak istememektedir. Bu durum "RİCA MÜESSESESİNİ" doğurmakta bu da çoğu zaman ricanın gereklerini yerine getirecek tanıdığı olma-yan vatandaş ve ya vekilce temmuz ayının sonun-dan eylül ayının ortasına kadar bu konuda duruşma beklemeye sevk etmektedir. Çözümü yine usul ka-nununca eklenecek bir madde ile anlaşmalı boşan-maları ivedi biçimde adli tatilde görülmesini sağla-yarak problem kendiliğinden kalkacaktır.

10. ÖN İNCELEME DURUŞMASININ AİLE MAHKEMELERİNE UYMAMASI SORUNU

Ön inceleme duruşması daha önceki usul kanu-numuzda yoktu. 6100 sayılı HMK'nın 140. Madde-sinde uygulamaya girmiştir. Her gün uygulamasını yaşayan bir hukukçu olarak neden böyle bir madde var henüz anlayabilmiş değiliz. Uzlaşacak insanlara her daim sulh yolu açık iken dilekçeler teatisi bit-miş ve tahkikata geçilmesi hız gereken bir yargıda bir ara durak olarak 4-5 ay vakit kaybettirmek-te-dir. Avukatlara HMK bilgisi noksan olan ya da uy-gulama isteğini kaybetmiş olan mahkemelerce "Di-lekçemizi tekrar ederiz" deyip avukatların davanın vakıa konularını belirlemesine imkan verilmemesi de müvekkillerce avukatları başarısız göstermek-te-dir. Ez cümle usulüne uygun yapıldığı ender görü-len ve yapılmasında hiçbir fayda bulunmayan ön inceleme duruşma sorunu Türk yargısından kaldı-rılarak sorun kökten çözülmelidir.

11. DİLEKÇELER AŞAMASININ 2 DİLEKÇE İLE SINIRLANDIRILMASI DURUMU

Ülkemizde düğünler kalabalık ayrılıklar yalnız olur. Hemen hemen her vakıa 4 duvar arasında

ve 2 kişinin sırrıymış gibi gerçekleşir. Hal böyle olunca kusur teorisine dayanan boşanma davaları-nın HMK'nın takıların ispatı gereği yazmak, yazılı yargılama usulünde neredeyse okla aslan avlamak gibidir. HMK 118 ve devamı maddelerinde düzen-lenen dava, cevap, cevaba cevap ve ikinci cevap ve bazı kalemlerce dikkat edilmeyip 6-7 kereye kadar aşık atışması tadı veren aslen ne beyan ne talep ne de HMK'daki üstte zikrettiğimiz dilekçelerden biri olan bu uygulama ile aylar kaybedilmektedir. Basit usuldeki 2 dilekçe sistemine geçilmesi ile yargının hızı 3 kat artacak ve taraflar vakıa uydurma hasta-lığından sayfalarca dilekçe yükünden kurtulacaktır.

12. HMK 261. MADDENİN AİLE MAHKE-MELERİNE UYMAMASI

Tanıkların dinlenilmesi HMK 259. Madde ve de-vamında belirtilmiştir. HMK 261. madde ise sözü kesilmeden dinleneceği belirlenmiştir. Bu uy-gulamaya aykırı bir tutumdur. Çünkü ilk kez hakim kar-sısına çıkan tanık bildiklerini bile unutabilir, anlat-ması gerekenlerin dışını da anlatabilir. Doğru olan hakim vakıalarla ilgili sorularını tek tek yöneltmesi ve bunu zapta geçirmesidir. Oysaki madde "sözü ke-silmemeli" amir hükmünü kurmuştur.

Yargıtay 2. HD'nin 26.11.2015 tarih 2015/8293 E. 2015/22417 Karar sayılı ilamı bu hususa ilişkin tarafların dayanmadıkları vakıalardan tanığın bah-sinin faydasının olmayacağını bahseder.

Son olarak 15 yıldır bizzat aile mahkemelerinde boşanma davaları gören bir avukat olarak anayasa-nın toplumun temelini aile saymış olması ve kül-türümüzdeki aile yapısının önemi dikkate alındı-ğında yukarıda kısaca bahsetme fırsatı bulduğumuz olumsuz durumlar değişmedikçe olan aileye ola-caktır. Aile yıkılırsa toplum altında kalır. Bu vebal başta şehitlerimizin kanıyla ayakta duran bu na-dide vatanda yetkili mercilerde hukuk fakültele-rinde barolarda avukatlarda ve karar merci mah-kemelerin elindedir.

Aile usul kanunu görebileceğimiz yargıda hızın ve doğru kararların artacağı daha güzel hukukla meşgul olacağımız günlerde görüşmek üzere. Say-gılarımla.

Türkiye'den Hukuki Haberler

25 Ocak 2023: AİHM başvuru istatistikleri açıklandı. Türkiye, AİHM önünde derdest başvurusu en fazla olan ülke oldu. Türkiye aleyhine 2018 yılından beri sürekli olarak artan derdest başvurular 2023 yılı itibarıyla 20 bini geçti.

3 Nisan 2023: Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın yeniden aday olmasına yönelik yapılan itirazlar YSK tarafından reddedildi. Ret kararının gerekçesi olarak *"Yeni sistem ile yapılan ilk seçim 24 Haziran 2018'dir. Cumhurbaşkanı'nın birinci beş yıllık görevi 24 Haziran 2018'de başlamıştır."* ifadesi sunulmuştur.

5 Nisan 2023: Asliye Ticaret Mahkemeleri'nde tek hakimle görülen davalarda miktar sınırı 500.000 TL'den 1.000.000 TL'ye yükseltilmiştir.

5 Nisan 2023: Asliye Ticaret Mahkemeleri'nde basit yargılama usulüne göre görülen davalarda miktar sınırı 500.000 TL'den 1.000.000 TL'ye yükseltilmiştir.

9 Mayıs 2023: Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı, avukatlık stajını başlatmak için zorunlu hale getirildi. Böylece yasal avukatlık stajı yapmak isteyen adayların öncelikle Hukuk Meslekleri Sınavından geçmesi gerekecek.

10 Temmuz 2023: KDV, oranları yükseltildi. Yapılan değişikliğe göre %8 KDV oranına tabi mal ve hizmetler %10 KDV oranına, %18 oranına tabi mal ve hizmetler ise %20 oranına yükseltildi.

1 Ağustos 2023: Anayasa Mahkemesi, CMK madde 231'de düzenlenen Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kararını iptal etti. Kararın yürürlüğü 1 sene ertelendi. Karar, 1 Ağustos 2024'ten itibaren geçerli olacak.

26 Eylül 2023: AİHM, her ByLock kullanıcısının FETÖ üyesi olarak değerlendirilemeyeceğini, bu uygulamanın, bir dönem mobil uygulama marketlerinde ücretsiz indirilebilir olduğu, sonrasında ise APK yolu ile internet üzerinden cep telefonlarına kolaylıkla

yüklenebilir olduğu, bu sebeplerle ayrıca uygulamanın örgütsel amaçla kullanımının ispat edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

28 Eylül 2023: Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Osman KAVALA'nın Ocak 2024'e kadar serbest bırakılmaması halinde Türkiye delegasyonunun oy hakkının askıya alınmasına karar verdi.

7 Ekim 2023: Sayısız insanlık ve savaş suçunun işlediği ve işlenmeye de devam ettiği Gazze – İsrail savaşı başladı.

10 Ekim 2023: Anayasa Mahkemesi, makul sürede yargılanma hakkı başvurularını incelemeyi bıraktığına ilişkin karar verdi. Mahkeme, bu konuda 55.000'den fazla ihlal kararı verdiğini belirterek vereceği yeni kararların insan haklarını korumaya ve geliştirmeye bir katkı sunmayacağını, bu sebeple derdest dosyalar için düşme kararı vereceğini kaydetti.

2 Kasım 2023: Airbnb uygulamasına ilişkin düzenleme Resmi Gazete'de yayınladı. Yürürlük tarihi, 1 Ocak 2024 olarak belirlendi. Bu kapsamda konutların, turizm amaçlı günlük kiralanmasında Turizm Bakanlığı'ndan, Turizm Konut Belgesi alınması gerekecektir.

5 Kasım 2023: Birçok sosyal medya fenomeni ve güzellik merkezi sahibi hakkında soruşturma başlatıldı. Bu kapsamda yürütülen soruşturmalarda, Dilan – Engin POLAT çifti başta olmak üzere birçok fenomen tutuklandı.

8 Kasım 2023: Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Anayasa Mahkemesi'nin, Şerafettin Can ATALAY hakkında vermiş olduğu ihlal kararına uymayacağına karar vererek, AYM üyeleri hakkında suç duyurusunda bulundu.

29 Aralık 2023: TBB'ye kayıtlı aktif avukat sayısı açıklandı. Bu sayı 186.734 olarak belirlendi. Kadın avukat sayısı geçen yıla oranla artarak %47,9'a yükseldi.