



Cilt-7 Sayı-1 /Jahrgang-7 Heft-1 2025

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ | ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN



TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
TÜRKISCH-DEUTSCHE UNIVERSITÄT



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN

2025

Cilt-7 Sayı-1

Jahrgang-5 Heft-1

**TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-
DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN**

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien
Cilt/Jahrgang: 7 • Sayı/Heft: 1 • Haziran / Juni 2025
ISSN: 2687-3923 E-ISSN: 2687-461X

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanan hakemli bir dergidir.

Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint alle sechs Monate im Juni und Dezember nach Durchführung eines Peer-Reviews

Dergi Hakkında/Über die Zeitschrift

Yayın Sahibi/Herausgeber
Türk-Alman Üniversitesi
Türkisch-Deutsche Universität

Yayın Sahibi Temsilcisi/Vertreter des Herausgebers

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft, Türkisch-Deutsche Universität
Prof. Dr. Hamide Özden Özkaya Ferendeci

Baş Editörler/Chefredakteure
Prof. Dr. Dres. h. c. mult. Philip Kunig
Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız, Doç. Dr. Berke Özenç

Baş Editör Yardımcıları/Co-Chefredakteure
Prof. Dr. İrfan Akın, Araş. Gör. Lütfullah Yasin Akbulut,
Araş. Gör. Zehra Büşra Kayaözü, Araş. Gör. Muhammed Ali Çoban,
Araş. Gör. İrem Diler, Araş. Gör. Nurdan Özçelik

Yayın Kurulu/Redaktionsbeirat
Prof. Dr. Halil Akkanat, İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Ece Göztepe, Bilkent Üniversitesi
Prof. Dr. Matthias Mahlmann, Zürih Üniversitesi
Prof. Dr. Yeşim Atamer, Zürih Üniversitesi
Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar, Bilkent Üniversitesi
Prof. Dr. Henning Rosenau, Martin Luther Üniversitesi, Halle/S.
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul Üniversitesi
Karl-Heinz Oehler, Türk-Alman Üniversitesi
Prof. Dr. Murat Atalı, İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç, İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Arzu Oğuz, Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. Zafer Zeytin, Türk-Alman Üniversitesi

Prof. Dr. Huang Hui, Pekin Üniversitesi
Prof. Dr. Osman Doğru, Marmara Üniversitesi

Dil Editörü/Spracheditor

Dr. Karen Klein, Türk-Alman Üniversitesi

Yönetim Yeri/Hauptverwaltung

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Türkisch-Deutsche Universität, Fakultät für Rechtswissenschaft

Yayın Türü/Publikationsart

Yaygın Süreli Yayın/Periodische Publikation

Yayın Dili/Sprachen

Türkçe, Almanca, İngilizce/Türkisch, Deutsch, Englisch

Yayın Periyodu/Veröffentlichungszeitraum

Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanır/Halbjährlich (Juni, Dezember)

Baskı ve Cilt/Druckerei

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım

Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.

Matbaacı Sertifika Numarası: 48596

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım

Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.

Cemal Yener Tosyalı Cad. No: 57/A (113)

Vefa-Fatih/İSTANBUL

Tel: (212) 527 0 718 - (850)441 0 359

Faks: (212) 519 20 71

www.filizkitabevi.com bilgi@filizkitabevi.com

Yayıncı Sertifika Numarası: 48596

İletişim/Kontakt

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Şahinkaya Cad. 86 - 34820 Beykoz / İSTANBUL, e-mail: hukuk@tau.edu.tr

http://www.tau.edu.tr - http://hukuk.tau.edu.tr

Tel: +90 (216) 333 30 00 Web: http://hfd.tau.edu.tr/

E-mail: tauhfd@tau.edu.tr, ztdr@tau.edu.tr

Basım Tarihi/Druckdatum

Haziran / Juni 2025

İçindekiler/Inhaltsverzeichnis

MAKALELER/AUFSÄTZE.....	1
--------------------------------	----------

Patent Hakkı ile İlgili İddialar İçeren Reklamların Yasal Çerçevesi

Der Rechtsrahmen der Werbung mit patentrechtlichen Behauptungen.....	3
--	---

Doç. Dr. Pelin Karaaslan

İflâs Masraf Avansı

Konkurskostenvorschuss	43
------------------------------	----

Araş. Gör. Dr. Fatih Tahiroğlu

BM Güvenlik Konseyi Listeleri ve İç Hukukta Terör Örgütünün Tespiti

Listen des UN-Sicherheitsrates und Bestimmung einer terroristischen

Organisation im nationalen Recht	89
--	----

Prof. Dr. Güçlü Akyürek

Anwendbares Recht für die Adoptionsfähigkeit, -voraussetzungen und -form nach dem türkischen IPR-Gesetz

MÖHUK Kapsamında Evlat Edinme Ehliyeti, Şartları ve Şekline

Uygulanacak Hukuk	115
-------------------------	-----

Dr. Öğr. Üyesi Melis Avşar

Güncel Gelişmeler Işığında AB ve Türk Hukukunda Dijital Ürünlere İlişkin Ürün Sorumluluğu ve Ürün Güvenliği Düzenlemeleri Üzerine Değerlendirme

Eine Bewertung der Produkthaftungs- und Produktsicherheitsvorschriften
für digitale Produkte im EU- und türkischen Recht im Lichte aktueller

Entwicklungen	156
---------------------	-----

Prof. Dr. Mesut Serdar Çekin

Avrupa İnsan Hakları Standardı Açısından Türkiye’de Spor Hukuku Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Probleme aus der Sportrechtlichen Praxis in der Türkei im Hinblick

auf die Europäischen Menschenrechtsstandards und Lösungsvorschläge	203
--	-----

Dr. Öğr. Üyesi Uluğ İlve Yücesoy

Türk Ticaret Kanunu M. 493/5 Hükmü Çerçevesinde Anonim Şirket Paylarının Gerçek Değerinin Belirlenmesinin Hukukî Niteliği ve Esasları

Rechtsnatur und Grundsätze der Feststellung des Wirklichen Wertes von Aktiengesellschaftsanteilen im Rahmen der Bestimmungen des türkischen Handelsgesetzes Art. 493/5259
Doç. Dr. Cemil Simil/ Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Emin Alpaslan

Der Verfassungsbeschwerdemechanismus in der Bundesrepublik Deutschland: Eine vergleichende Analyse mit den türkischen und EU-Rechtssystemen

Federal Almanya’da Anayasa Şikâyeti Kurumu: Türk ve AB Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Bir Analiz298
Doç. Dr. Soner Akın

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları348

Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien

Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben354

MAKALELER/AUFSÄTZE

Patent Hakkı ile İlgili İddialar İçeren Reklamların Yasal Çerçevesi

Der Rechtsrahmen der Werbung mit patentrechtlichen Behauptungen

Doç. Dr. Pelin Karaaslan*

ÖZ

İşletmelerin reklam ve tanıtım faaliyetlerinde ürünlerinin patentli olduğuna dair beyanlarda bulunmaları sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bunun altında yatan temel neden, tanıtımı yapılan ürünün yenilikçi ve üstün olduğu izlenimini yaratmak ve tüketici nezdinde bu ürünün tercih edilebilirliğini artırmaktır. Bununla beraber, patent beyanlarının reklam amaçlı kullanımının hukuki boyutları sıkça gözden kaçırılmaktadır. Sınai Mülkiyet Kanunu, reklam stratejilerinde patent ile ilgili beyanlara yer veren kişilerin bu beyanlarının geçerliliğini kanıtlayacak şekilde patent numarası veya başvuru numarasını belirtmelerinin zorunlu olduğunu düzenler. Ancak uygulamada bu yükümlülüğe uyulmadığı yaygın biçimde görülmektedir. Ayrıca reklamlarda patent korumasının varlığı, kapsamı ya da geçerliliği hakkında gerçeğe aykırı, eksik, abartılı veya belirsiz ifadelerin kullanımına da sıkça rastlanmaktadır. Bu tarz yanıltıcı reklamlar, Türk Ticaret Kanunu kapsamında haksız rekabet eylemlerinden sayılır ve aynı zamanda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği uyarınca hukuka aykırılık oluşturur. Bu çalışma, patent hakkı ile ilgili iddialar içeren reklamların yasal çerçevesini ve ihlâlin sonuçlarını ortaya koymaktadır.

* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (pgkaraaslan@gmail.com). ORCID ID: 0000-0001-5695-192X.



Anahtar Kelimeler: Reklam, Patent, Sınai Mülkiyet, Haksız Rekabet, Tüketicinin Korunması.

The Legal Framework of Advertisements Containing Claims Regarding Patent Rights

ABSTRACT

Businesses frequently claim in their advertisements and promotional activities that their products are patented. The primary rationale behind such claims is to create an impression of innovation and superiority, thereby increasing the appeal of the product to consumers. However, the legal implications of using patent-related statements in advertising are often overlooked. According to Industrial Property Law, entities using patent claims in their advertising strategies are required to provide patent or application numbers to substantiate these claims. Nevertheless, it is widely observed in practice that this requirement is frequently disregarded. Moreover, advertisements frequently include false, incomplete, exaggerated, or ambiguous statements regarding the existence, scope, or validity of patent protection. Such misleading advertisements are considered acts of unfair competition under the Turkish Commercial Code and constitute violations under both the Law on Consumer Protection and the Regulation on Commercial Advertising and Unfair Commercial Practices. This study elucidates the legal framework concerning advertisements containing patent claims and examines the consequences of their infringement.

Keywords: Advertising, Patent, Industrial Property, Unfair Competition, Consumer Protection.

GİRİŞ

Bir sınai mülkiyet hakkı olan ve ürünlerin teknik özelliklerine koruma sağlayan patent, günümüzde işletmelerin ticari iletişim

stratejilerinin önemli bir parçası hâline gelmiştir. Bunun altında iki temel sebep yatmaktadır. Bir yandan tanıtımı yapılan ürünün yeni, rakip ürünlerinden üstün ve devlet güvencesiyle korunduğu izlenimi oluşturularak, tüketici nezdinde kalite ve güven algısı yaratılmakta; böylelikle ürünün piyasa değeri ve rekabet gücü yükseltilmektedir. Diğer yandan ilgili ürünün patent koruması altında bulunduğuna ilişkin bildirimde bulunularak, sektördeki rakiplerin ihlallerine karşı caydırıcı bir etki yaratılması amaçlanmaktadır¹.

Patentle ilgili beyanların reklamlarda nasıl kullanılması gerektiği, hukuki düzenlemeler çerçevesinde belirli kurallara bağlanmıştır. Örneğin reklamda patent başvurusu veya patent korumasının mevcut olduğuna dair izlenim veren ifadeler kullanılması, patent numarasının belirtilmesi gibi bazı yükümlülüklerle tabi kılınmıştır. Ancak uygulamada bu kurallara her zaman uyulmadığı ve bazen de reklamlarda yanıltıcı beyanlara yer verildiği görülmektedir. Özellikle patent başvurusunun şartlarını sağlamayan veya henüz patent hakkı elde etmemiş ürünlerin “patentli ürün” olarak tanıtılması, yanıltıcı reklamlar kapsamında değerlendirilir.

Bu çalışmada öncelikle patente ilişkin kavramsal çerçeve ve koruma rejimi genel hatlarıyla ortaya konulmuş; ardından reklam faaliyetlerinde yer verilen patentle ilgili beyanların doğruluğunun ve şeffaflığının sağlanması amacıyla öngörülen “numara belirtme zorunluluğu” hakkındaki hüküm incelenmiştir. Son bölümde ise patent beyanlarının yanlış veya yanıltıcı biçimde kullanılmasının hangi durumlarda gerçekleşebileceği tespit edilerek, bu tür kullanımların doğuracağı hukuki sonuçlar ele alınmıştır.

¹ Andrea Klug, “Die Werbung mit gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten – Eine Bestandsaufnahme”, in: Thomas Tiefel (Hrsg.), *Strategische Aktionsfelder des Patentmanagements*, Deutscher Universitäts-Verlag, Wiesbaden, 2006, 133-179, s. 133.

I. Patente İlişkin Kavramsal Çerçeve ve Koruma Rejimi

A. Patent: Tanımı, İşlevi ve Sağladığı Yetkiler

Patent, bir ürünün ya da bir usulün, sahip olduğu teknik özellikler dolayısıyla koruma altında olduğunu gösteren bir sınai mülkiyet hakkıdır. Latince *litterae patentes* (açık mektuplar) ifadesinden türetilen bu kavram, ilk dönemlerde krallar veya hükümdarlar tarafından verilen resmî ayrıcalıkları belirtmek amacıyla kullanılmış, zaman içinde teknik alandaki buluşları kayıt altına alarak koruma altına alma işleviyle hukuki literatüre yerleşmiştir². Günümüz hukuk sistemlerinde patent, buluş sahibini ödüllendiren ve toplumu bilim ve teknolojiye katkı sunmaya teşvik eden en önemli enstrümanlardan biri hâline gelmiştir³. Patentın sağladığı ödül ve teşvik sistemi, hak sahibine belirli bir süre için tanınan inhisarî yetkilere dayanır. Bu çerçevede patent sahibi, buluşu yalnızca kullanmakla kalmayıp, ondan ekonomik olarak yararlanma konusunda da münhasır haklara sahiptir. Türk Hukukunda patent hakkını düzenleyen 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na (SMK)⁴ göre ürün patentinde, söz konusu ürünün üretilmesi, kullanılması, satılması, ithal edilmesi ve elde bulundurulması; usul patentinde ise patentli usulün uygulanması ve bu usulle doğrudan elde edilen ürünlerin ticarî amaçlarla kullanılması, satılması, ithal edilmesi ve elde bulundurulması fiillerini münhasıran gerçekleştirme yetkisi patent sahibine aittir (SMK m. 85)⁵. Ayrıca patent sahibi, bu fiillerin

² Cahit Suluk/Rauf Karasu/Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 265.

³ Patentın ödül ve teşvik işlevleri ve buna dayanak sağlayan yasal düzenlemeler için bkz. Feyzan Hayal Çelik, "Patent Sisteminin İşlevleri ve Bu İşlevlerin Etkinliğini Sağlayan Yasal Düzenlemeler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 23/3, 2006, 99-154, s. 99-154.

⁴ RG. 10.01.2017, S. 29944.

⁵ Patent sahibinin buluş üzerindeki münhasır haklarının genel çerçevesi için bkz. Arslan Kaya, "Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 55/4, 1997, 173-200, s. 173-200. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında söz konusu hakların içerdiği yetkilere genel bir bakış için ayrıca bkz. Pelin Karaaslan, *Dolaylı Patent İhlali*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 56 vd.

üçüncü kişiler tarafından izinsiz biçimde gerçekleştirilmesini yasaklama ve dilerse lisans yoluyla kullanım hakkını devretme konusunda mutlak yetkilidir.

B. Patentin Konusu Olarak “Buluş”

Patent korumasının konusunu buluşlar oluşturur. Buluş, bir problemin çözümü için geliştirilen ve teknik karakter taşıyan fikir mahsulüdür⁶. Bir probleme teknik araçlar ve yöntemlerle müdahale ederek çözüm getirme zorunluluğu, buluşu “keşif” kavramından ayırır; zira keşif, var olan ama henüz bilinmeyen bir unsur veya özelliğin ortaya çıkarılması iken, buluş bu unsuru bir sorun çözümünde pratik şekilde kullanmaya yöneliktir⁷. Öte yandan soyut fikirler, bilimsel teoriler, matematiksel yöntemler, zihni faaliyetler, iş faaliyetleri veya oyunlara ilişkin plan ve kurallar, estetik nitelikli mahsuller, edebiyat ve sanat eserleri, bilim eserleri ve bilginin sunumu da buluş kavramının dışında kalmaktadır (SMK m. 82/2). Buna karşın aynı unsurların teknik alanda kullanılabilirliğini gösteren bir ürün veya usul geliştirilmesi hâlinde buluş özelliğinden söz etmek mümkün olabilir.

Buluşlar, ürün (aygıt, cihaz, malzeme vb.) veya usul (yöntem, süreç, üretim tekniği vb.) şeklinde tezahür edebilir⁸. Buluş niteliği taşıyan ürünler, teknik karaktere sahip fiziksel varlıklar olup, belirli bir problemi çözmeye yönelik yeni bir yapı, düzenleme veya bileşim içermelidir⁹. Örneğin, iç mekanlarda hava kalitesini optimize etmek amacıyla geliştirilmiş sensör destekli bir havalandırma cihazı, teknik etkisi nedeniyle buluş niteliğindeki bir ürün olarak değerlendirilebilir. Aynı şekilde, mevcut makinelerin işlevselliğini artırmak üzere tasarlanmış enerji verimliliği yüksek bir motor parçası ya da modifiye edilmiş fren sistemine sahip bir taşıt bileşeni, yeni bir teknik çözüm

⁶ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 530.

⁷ Fülürya Yusufoglu, *Patent Verilebilirlik Şartları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 22.

⁸ Suluk (Karasu/Nal), s. 269; Yusufoglu, s. 54 vd.

⁹ Detaylı bilgi için bkz. Özgür Öztürk, *Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları*, Arıkan Basım, İstanbul, 2008, s. 74 vd.

sunmaları hâlinde buluş sayılabilir. Mekanik unsurların yanı sıra, tıbbi amaçla geliştirilmiş yeni bir farmasötik formülasyon veya dayanıklılığı artırılmış bir plastik alaşım da kimyasal bileşim yönüyle buluş niteliği taşıyan ürünler arasında yer alabilir. Buluş niteliğindeki usuller ise belirli bir ürünün elde edilmesine, bir sürecin yürütülmesine ya da teknik bir problemin çözülmesine yönelik yeni ve uygulanabilir işlem adımlarından oluşur¹⁰. Örneğin, endüstriyel ölçekte metal yüzeylerin paslanmaya karşı daha dirençli hâle getirilmesini sağlayan bir kaplama yöntemi buluş olarak kabul edilebilir. Benzer şekilde belirli bir ilaç etken maddesinin saflaştırılması sürecine ilişkin ısı ve kimyasal işlem sırasının değiştirilmesiyle daha yüksek verim elde edilmesi, teknik etki doğurması nedeniyle buluş niteliğindeki bir usul örneğidir. Görüldüğü üzere hukuki anlamıyla patentin konusunu oluşturan fikir mahsulleri, gündelik hayattaki kullanımına nazaran son derece sınırlı, teknik nitelikli ve objektif ölçütlere dayanan unsurlardır. Bu bağlamda, her yenilik veya özgünlük iddiası patent korumasına elverişli olmadığı gibi, kamuoyunda sıklıkla “patentli” olarak sunulan unsurların büyük bölümü hukuken patentin kapsamına girmemektedir. Dolayısıyla, patent kavramının popüler kültürdeki geniş ve esnek kullanımı ile sınai mülkiyet hukukundaki dar ve teknik anlamı arasında dikkatle gözetilmesi gereken bir ayırım bulunmaktadır.

C. Patent Hakkının Elde Edilmesi, Etki Alanı ve Süresi

Patent hakkı, Türk Hukukunda SMK çerçevesinde, talep üzerine ve Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT) nezdinde yapılan bir başvuruyla elde edilir. Buluş için patent isteme hakkı, kural olarak buluşu gerçekleştiren kişiye veya hukuki haleflerine aittir (SMK m. 109/1). Bununla birlikte, çalışanlar tarafından gerçekleştirilen hizmet buluşlarında¹¹, işveren tam hak talebinde bulunarak buluş üzerindeki

¹⁰ Detaylar için bkz. Öztürk, s. 79 vd.; ayrıca bkz. Ali Rıza Köker/Uğur Gürşad Yalçiner, *Uzman Gözüyle Patent ve Faydalı Modelden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 89.

¹¹ Çalışanın, bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği ya da büyük ölçüde işletme veya kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak, iş ilişkisi sırasında yaptığı buluş, hizmet

tüm hakları devralabilir ve patent başvurusu yapma yükümlülüğü altına girebilir (SMK m. 113 vd.). Öte yandan birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilen buluşlarda, tarafların aksi yönde bir anlaşması yoksa patent isteme hakkı, buluşu gerçekleştirenlerin tamamına aittir (SMK m. 109/2). Aynı buluşun farklı kişilerce birbirinden bağımsız olarak yapılmış olması hâlinde ise patent, ilk başvurucuya verilir (SMK m. 109/3).

Başvuru sürecinde TÜRKPATENT, buluşun yenilik (SMK m. 82/1), buluş basamağı (SMK m. 83/4), sanayiye uygulanabilirlik (SMK m. 83/6) kriterlerini karşılayıp karşılamadığını ve koruma dışında bırakılan hallerden biri olup olmadığını inceler. Yenilik, buluşun başvuru tarihinden (veya varsa rüçhan tarihinden) önce dünyanın herhangi bir yerinde yazılı, sözlü ya da fiilî yollarla kamuya açıklanmamış olmasını ifade eder (SMK m. 83/1-2). Buluş basamağı, buluşun ilgili teknik alanda ortalama bilgiye sahip bir uzmanın, mevcut teknik bilgiden yola çıkarak kolayca ulaşamayacağı ölçüde yaratıcı bir teknik çözüm içermesidir (SMK m. 83/4)¹². Sanayiye uygulanabilirlik ise buluşun salt teorik bir fikirden ibaret olmayıp, sanayinin herhangi bir alanında üretilebilir veya kullanılabilir nitelikte olmasını gerektirir (SMK m. 83/6)¹³. Bir buluş, yenilik, buluş basamağı ve sanayiye uygulanabilirlik şartlarının tümünü sağlamadıkça patent koruması elde edemez. Bununla birlikte yalnızca buluş basamağı şartını karşılamayan, buna karşın yeni ve sanayiye

buluşudur (SMK m.113/1). Çalışanların yaptığı ve bu tanım dışında kalan buluşlar ise serbest buluş olarak adlandırılır (SMK m. 113/2).

¹² Uygulamada aynı anlama gelmek üzere “buluşsal adım” ya da “teknğin bilinen durumunun aşılması” gibi ifadeler de kullanılmaktadır (Köker/Yalçiner, s. 216).

¹³ “Sanayi” kavramı, yalnızca klasik anlamda üretim faaliyetleriyle sınırlı olmayıp; tarım, el sanatları, avcılık, finansal işlemler ve hizmet sektörü gibi çok çeşitli alanları da kapsayacak biçimde geniş yorumlanmaktadır. Serbest meslek mensuplarının faaliyetleri bu kapsam dışında tutulmakla birlikte, düzenli biçimde yürütülen, hukuka uygun, bağımsız ve ekonomik kazanç elde etme amacını güden tüm faaliyetler sanayi alanı içinde değerlendirilmektedir (Rudolf Busse/Alfred Keukenschrijver, *Kommentar zum Patentgesetz*, 9. Auflage, München, 2020, § 5 Nr. 12).

uygulanabilir olan teknik buluşlar “faydalı model” korumasından yararlanabilir (SMK m. 142/2). Faydalı model hakkı, buluşları konu alması ve hak sahibine inhisari yetkiler sağlaması açısından patent ile yakınlık gösterir. Ancak faydalı model, bir patent türü değildir; her iki hak arasında önemli farklılıklar da mevcuttur.

Patent hakkı, “ülkesellik” ilkesi gereğince tescilin yapıldığı ülkenin veya bölgenin coğrafi sınırları içinde hüküm ifade eder; Türkiye’de elde edilen patent de kural olarak yalnızca Türkiye’de hak sağlar¹⁴. Farklı ülkelerde koruma talep edebilmek için, buluş sahibinin her ülke için ayrı ayrı başvuru yapması gerekir. Bu durumun doğurduğu külfet, Paris Sözleşmesi, Patent İşbirliği Anlaşması (PCT)¹⁵ ve Avrupa Patent Sözleşmesi (EPC)¹⁶ gibi çok taraflı uluslararası düzenlemelerle hafifletilmeye çalışılmıştır¹⁷. Ancak bu sistemlere rağmen patent koruması, ülkesel niteliğini muhafaza etmektedir¹⁸.

Patentin etki süresi ise başvuru tarihinden itibaren yirmi yıl olup bu sürenin sonunda inhisari haklar kendiliğinden sona erer (SMK m. 101). Bu aşamadan itibaren buluş, üçüncü kişiler tarafından izinsiz kullanılabilir hale gelir. Bir diğer ifadeyle, öngörülen sürenin dolmasından sonra patentli bir buluştan söz etmek mümkün değildir.

¹⁴ Patent hukukunda ülkesellik ilkesine ilişkin olarak bkz. Yusufoglu, s. 84 vd. Tahir Saraç, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 39 vd.

¹⁵ Patent İşbirliği Anlaşması (PCT), RG. 12.07.1995, S. 22341.

¹⁶ Avrupa Patent Sözleşmesi (EPC), RG. 12.7.2000, S. 24107.

¹⁷ PCT, tek bir başvuru ile başvuranın belirlediği çok sayıda ülkede ulusal başvuru niteliğinde sonuçlar doğurabilecek bir sistem öngörürken; EPC Avrupa Patent Ofisi nezdinde yürütülen merkezi bir başvuru ve tescil süreciyle tek bir başvuru üzerinden birden fazla ülkede ulusal patent etkisi doğuran Avrupa patenti verilmesini sağlar.

¹⁸ Nitekim PCT başvurularında başvurunun değerlendirilmesi ve tescil edilmesi her bir ülkenin iç hukukuna göre yapılırken, EPC sisteminde bu işlemler EPC hükümlerine göre yürütülmekte, ancak tescilden sonraki ihlal ve hükümsüzlük gibi sonuçlar yine her ülkenin iç hukukuna tabi olmaktadır (EPC m. 64; PCT m. 3).

II. Patent Hakkı ile İlgili İddialar İçeren Reklamlarda Patent (veya Patent Başvurusu) Numarasının Belirtilmesi Zorunluluğu

Sınai Mülkiyet Kanunu, patentle ilgili beyanların şeffaf şekilde yapılmasını teminen özel bir hüküm sevk etmiştir. SMK m.106/5'e göre, *“Bir ürün ile bunun etiketleri ve ambalajları ile her türlü ilan, reklam veya basılı evrak üzerinde, patent başvurusu veya patentin sağladığı korumanın mevcut olduğu izlenimini veren beyanlar bulunması hâlinde, bu beyanları koyan kişi, patent başvurusu veya patentin numarasını da belirtmek zorundadır.”*¹⁹. SMK gerekçesinde herhangi bir açıklama yer almamakla birlikte, kanaatimizce bu zorunluluk, patent iddialarının doğrulanabilir kılınması amacını gütmekte ve patent beyanlarının yanıltıcı şekilde kullanılmasını önleme işlevi görmektedir. Bununla birlikte söz konusu hüküm, beyanların hangi durum ve koşullarda yanıltıcı olabileceğine veya bunun sonuçlarına ilişkin bir açıklama içermemektedir. Bu hususla ilgili tespitler, reklam mevzuatına tabidir.

Patent iddiaları içeren ifadeler veya kısaca patent beyanları²⁰, bir ürün ya da hizmetin patent koruması altında bulunduğuna veya böyle bir korumanın sağlanmak üzere olduğuna dair açıklamalardır. Bu açıklamalar; *“Patentli ürün”, “Bu ürün Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından tescil edilmiştir”* gibi patentin varlığına yapılan doğrudan atıfları, bunun yanı sıra *“Patent başvurusu yapılmıştır”* ya da *“Başvuru aşamasında olan buluş”* gibi henüz değerlendirme aşaması sona ermemiş başvurulara yönelik beyanları kapsar²¹.

¹⁹ Aynı düzenleme, mülga 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 69/2 hükmünde de yer almaktaydı.

²⁰ İngilizce literatürde bu tür beyanlara “patent claims” ya da daha isabetli olarak “patent notice” denilmekte olup, Almanca literatürde ise özellikle reklam, ambalaj ve etiket bağlamında „Patentberühmung” terimi kullanılmaktadır. Bu çalışmada, açıklayıcı sadelik amacıyla Türkçede “patent beyanı” ifadesi tercih edilmiştir.

²¹ Alman doktrininde, bir ürün veya ambalajın “Patent...”, “patentiert”, “patentgeschützt” gibi ifadelerle ya da “DBP”, “DE”, “EP”, “EU”, “EPÜ-Patent”/“EPÜ” ve “Europa-Patent” kısaltmalarıyla nitelendirilmesi,

Kanunun lafzı ve sistematüğinden, öngörölen bu yükümlölüğün sadece hakkın ileri süröldüğö kişilere karşı değil, herkesin algılayabileceğı şekilde yerine getirilmesi gerektiğı anlaşılmaktadır. Nitekim SMK m. 106/4'te, patent başvurusunun veya patentin sağladığı hakları ileri süren kişinin, patent başvurusu veya patentin numarasını, haklarını ileri sürdöğö kişilere bildirmek zorunda olduğı ayrıca hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla 106/4 hükmö, somut bir ihtilaf ortamında, taraflar arası ilişkide patent hakkının ileri sürölmesi koşuluyla uygulanırken; 106/5 hükmö, bundan daha geniş kapsamlı olarak, her türlü reklam ve tanıtım faaliyetinde patent numarasının belirtilmesini zorunlu tutmaktadır. Bununla birlikte SMK m.106/5 hükmünün uygulanabilmesi için patent veya patent başvurusuna yönelik beyanın umuma açık şekilde yapılması gerektiğı anlaşılmaktadır. Zira ilgili hükümde patent beyanlarının yer aldığı mecralar açısından sıralanan örnekler bu niteliktedir. Hükme göre patent beyanı ürünün üzerinde, etiketinde ya da ambalajında kullanılmış olabileceğı gibi, her türlü reklam materyali, katalog, broşür, tanıtım filmi, internet sitesi veya benzeri mecralarda da yer alabilir. Bu bakımdan tek bir rakip firmaya veya müşteriye yönelik sözlü açıklamaların SMK m. 106/5 hükmö anlamında patent beyanı sayılmayacağı değerdendirilmekte²². Ancak bu husus, bu tarz açıklamaların gerçeğı yansıtmaması veya yanıltıcı olması halinde haksız rekabet denetimine tabi olmayacağı anlamına gelmemelidir²³.

hukuken koruma izlenimi yaratan beyanlar olarak kabul edilir (Christoph Ann, *Patentrecht. Lehrbuch zum deutschen und europäischen Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht*, 8. Aufl., C.H. Beck, München, 2022, § 39 Nr. 1–13). Faydalı model koruması bağlamında ise “Gebrauchsmuster”, “Musterschutz” veya “DBGM”, “DGM”, “GM” gibi ibarelerin kullanımı aynı işlevi görür. (Peter Mes, *Patentgesetz/Gebrauchsmustergesetz*, 6. Auflage, München, 2024, § 146 Nr. 4). Türk hukukunda SMK m. 106/5'e ilişkin yerleşik bir içtihat ya da doktrinde kapsamlı bir çalışma bulunmadığından, Alman uygulaması, kıyas yoluyla maddenin kapsamının belirlenmesinde yol gösterici nitelik taşımaktadır.

²² Alman Hukukunda bu yönde bkz. Mes, PatG § 146 Nr. 7.

²³ Bu hususta bkz. Bölüm III.

SMK m.106/5 hükmü uyarınca patent korumasına ilişkin kamuya açık beyanda bulunan herkes, patentin veya patent başvurusunun numarasını da açıkça belirtmek zorundadır. Buradaki numara ifadesinden anlaşılması gereken, bir buluşun patentlenmesi amacıyla yapılan başvuru sonucunda ilgili kurum tarafından tahsis edilen tanımlama kodudur. “Patent başvuru numarası” henüz değerlendirme ve inceleme süreci devam etmekte olan başvuruları tanımlamakta kullanılırken²⁴; “patent numarası” başvuru süreci olumlu sonuçlanıp patent hakkı elde edilen buluşlar için tanımlanan numaradır²⁵. Türkiye’de alınan veya başvurusu yapılan patentlere ilişkin numara, TÜRKPATENT tarafından tahsis edilmektedir. Bununla beraber her ne kadar SMK Türkiye için geçerli olan patentlerin koruma şartlarını düzenlese de SMK m. 106/5 hükmünün amacına uygun bir yorumla, yurt dışında tescil edilmiş patentlerin numaralarının da reklam ve tanıtım faaliyetlerinde belirtilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Zira ilgili hükmün temel amacı, patent koruması bulunduğu izlenimini veren beyanların somut ve denetlenebilir bilgiyle desteklenmesini sağlayarak piyasa aktörlerinin yanıltılmasının önüne geçmektir. Bu bağlamda reklamın muhataplarında Türkiye’de geçerli bir patent koruması bulunduğu yönünde yanıltıcı bir algı oluşmaması için yurt dışında tescil edilmiş patentlere yapılan atıflarda da ilgili merci tarafından tahsis edilen numaranın belirtilmesi gerekir.

Patent başvurusu veya patentle ilişkili numaranın hangi mecrada ve ne şekilde belirtilmesi gerektiği kanun metninde ifade edilmemiştir. Ancak kanaatimizce uygun olan, numaranın “rahatlıkla okunabilir ve teşhis edilebilir” olmasıdır. Bu bağlamda “patentli ürün” ibaresi ürün, etiket veya ambalajın ön yüzünde olup da numaranın arka tarafta yer alması bu koşulu sağlamayabilir. Reklamlarda ise patent beyanı görsel veya işitsel olarak hangi biçimde iletiliyorsa, patent numarasının buna

²⁴ TÜRKPATENT başvuru numarasını, “patent kayıt edilirken bir başvuruya atanan numara” olarak tanımlamaktadır; bkz. <https://portal.turkpatent.gov.tr/yardim/kilavuz/patent-arastirma> (erişim tarihi: 25.4.2025).

²⁵ Patent numarası, Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 104/2-a uyarınca Patent verilmesine ilişkin yayım fasikülünün içermesi gereken bilgilerdendir.

uygun biçimde erişilebilir ve anlaşılır bir şekilde sunulması gerekir. Örneğin bir televizyon reklamında “patentli teknoloji” ifadesi vurgulanıyorsa, bu beyana eşlik edecek şekilde patent numarasının da ekranda belirgin şekilde yer alması; görsel bir tanıtım broşüründe ise numaranın metin içinde görünür şekilde yazılması gerekir. İnternet sitelerinde veya dijital ilanlarda yer verilen beyanlarda da ise numara metin içinde açıkça gösterilmeli yahut doğrudan erişilebilir bir bağlantı ile sunulmalıdır.

SMK’ya göre numara belirtme yükümlülüğü altına giren kişi, ürünün kendisine, etiketine, ambalajına ya da reklam ve tanıtım materyallerine beyanları koyan kişidir. Bu kişi doğrudan reklam veren olabileceği gibi onun adına reklamı hazırlayan kişiler (örneğin bir reklam ajansı) da olabilir. Kanun’un lafzına göre, patent beyanını bizzat oluşturmaksızın, sadece üzerinde bu nitelikte ibare bulunan ürünü piyasaya arz eden kişinin SMK m. 106/5 kapsamında patent numarası belirtme zorunluluğu yoktur. Ancak bu kişi, ayrı bir reklam ya da tanıtım faaliyeti yürüterek patent iddiasını yeniden gündeme getirirse kendisi de numara belirtme yükümlülüğü altına girmelidir²⁶.

SMK m. 106/5’te öngörülen numara belirtme zorunluluğu lafzı bakımından emredici bir hüküm niteliği taşısa da bu hükme aykırı davranılması halinde nasıl bir yaptırım uygulanabileceğine dair Kanun metninde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Öte yandan SMK m. 106 hükmündeki yükümlülüğe aykırılığın, patent hakkına dayalı talepler bakımından bir etkisinin de olmayacağı değerlendirilmektedir. Nitekim patent mevzuatı, hak sahibine SMK m. 85 hükmüyle açıkça tanınmış mutlak yasaklama yetkileri öngörmekte olup, haksız rekabet hukukundaki gibi dürüstlük kuralı üzerine inşa edilmiş yaptırımlara yer vermemektedir. Başka bir deyişle patent hakkı sahibi, SMK’da öngörülen fiillerin izinsiz olarak gerçekleştirilmesini her koşulda yasaklayabilmektedir. Reklamda patent numarasının belirtilmemesi, yalnızca patent sahibinin ileri süreceği tazminat talepleri yönünden etkili olabilir. Bununla birlikte basiretli bir tacir olarak davranma

²⁶ Georg Benkard, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Patentkostengesetz*, 12. Auflage, C.H. Beck, München, 2023, PatG § 146 Nr. 7.

yükümlülüğü, ihlâl edenin "kusursuzluk" savunmasını da önemli ölçüde zayıflatacaktır. Nitekim patent ve başvuru bilgileri, Türk Patent ve Marka Kurumu'nun açık kayıtlarında kolaylıkla ulaşılabilir durumdadır. Bu bağlamda patent numarasını reklamında belirtmeyen hak sahibinin davranışı, en fazla ihlâl eden tarafın kusurunu hafifletici bir unsur olarak değerlendirilebilir ve mahkemece hükmedilecek tazminat miktarında kısmi bir indirimle yol açabilir. Bunun ötesinde SMK m. 106/5 hükmüne aykırılığın, patentten doğan koruma taleplerinin esasına etkisi olmayacağı açıktır. Bu durum, hükmün hukukî etkililiğini tartışmalı hâle getirmekte ve onu atıl kalma tehlikesiyle karşı karşıya bırakmaktadır. Bu noktada, söz konusu eksikliğin diğer düzenlemelerle tamamlanıp tamamlanamayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Akla gelen başvuru kaynakları, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)²⁷ ile bu Kanun'a dayanılarak çıkarılmış olan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'dir²⁸. Her iki düzenleme de ticari reklamlar bakımından gözetilmesi gereken temel ilkeleri ortaya koymakta ve bu ilkelere aykırılık olup olmadığını Reklam Kurulu'nun inceleme ve denetimine tabi tutmaktadır. Kurul'un, inceleme ve denetim sonucuna göre durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası veya gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası ya da içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verme yetkileri bulunmaktadır (TKHK m. 77/12).

TKHK m. 61 ile Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 5. maddesinde, ticari reklamların genel ahlak, kamu düzeni ve kişilik haklarına uygun olması; tüketiciyi aldatıcı nitelik taşımaması; şiddeti, suçu, ayrımcılığı veya istismarı teşvik etmemesi; insan onuruna aykırı, yanıltıcı ya da örtülü biçimde sunulmaması; ayrıca kolaylıkla ayırt edilebilir, açık, doğru ve dürüst nitelikte olması gerektiği şeklinde, hem içerik hem de sunum açısından temel reklamcılık ilkelerine yer verilmektedir. Bu ilkeler arasında genel olarak

²⁷ RG. 28.11.2013/28835.

²⁸ RG 10.01.2015/29232; Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği bu çalışmanın bazı yerlerinde kısaca "Yönetmelik" olarak anılmıştır.

“kanunlara uygunluk” yer almamaktadır. Dolayısıyla SMK’ya aykırılığın TKHK ve ilgili Yönetmelik çerçevesinde hukuka aykırılık teşkil ettiği şeklinde genel bir kabul mümkün değildir²⁹.

Öte yandan, Yönetmeliğin 30. maddesinde yer verilen bir hukuka aykırılık hali olan “aldatıcı ihmal” de SMK m. 106/5 bağlamında uygulanabilir nitelikte değildir. Nitekim söz konusu maddeye göre, *“ticari uygulamada bulunanın bir hukuki ilişki kurmak amacıyla tüketiciye yöneltmiş olduğu öneride önemli bir bilgiyi gizlemesi, öneriyi tüketiciye anlaşılabilir bir şekilde veya uygun olmayan bir zamanda sunması, amacı açıkça belli olan ticari uygulamanın amacını tüketiciye bildirmemesi ve bu durumların ortalama bir tüketicinin normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olmasına yol açması ya da yol açma olasılığının bulunması halinde aldatıcı ihmalin varlığı kabul edilir”*. Her ne kadar ticari uygulamalar hakkında getirilmiş olan bu hüküm ticari reklamlar için de tatbik edilebilir olsa da³⁰ patent başvurusu veya patent numarasının

²⁹ Buna karşılık Alman hukukunda, Haksız Rekabet Kanunu’nun (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG) § 3a maddesi *“Piyasa davranışını düzenlemeye yönelik olarak, piyasa katılımcılarının menfaatlerini koruma amacı da taşıyan yasal bir düzenlemeye aykırı hareket eden ve bu aykırılık, tüketicilerin, diğer piyasa katılımcılarının veya rakiplerin menfaatlerini somut biçimde zedelemeye elverişli olan kişi, haksız biçimde hareket etmiş sayılır.”* şeklinde bir hüküm içermektedir. Bu yönüyle UWG § 3a, reklamların kanunlara uygunluk ilkesi çerçevesinde denetimini mümkün kılmaktadır. Ancak UWG § 3a kapsamında yalnızca piyasa davranışını doğrudan düzenleyen normlar değerlendirmeye alınmaktadır. Özellikle tüketici sözleşmelerine ilişkin bilgilendirme yükümlülükleri (BGB § 312a, EGBGB §§ 246a ve 246b) ile dijital mecralara ilişkin şeffaflık hükümleri (TMG) piyasa davranışlarını düzenlemeye yönelik hükümler arasında değerlendirilmektedir. Alman Patent Yasası (Patentgesetz) gibi daha çok özel hakların korunmasına ve idari-şekli süreçlerin işletilmesine yönelik teknik düzenlemeler, söz konusu madde kapsamında değerlendirilememektedir. Bununla birlikte, patentle ilgili beyanların aldatıcı biçimde kullanılması hâlinde, bu fiiller UWG m. 5 kapsamında “aldatıcı ticari uygulamalar” çerçevesinde ayrıca haksız rekabet denetimine tabi tutulabilmektedir.

³⁰ Ticari uygulama kavramı, yalnızca satışa yönelik somut işlemleri değil, bu işlemlerle doğrudan bağlantılı tanıtım ve iletişim faaliyetlerini de kapsamaktadır. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m.

belirtilmemesi, tek başına tüketicinin satın alma kararını etkileyecek nitelikte bir bilgi gizleme fiili olarak değerlendirilemez. Zira, ortalama bir tüketicinin söz konusu numaranın varlığına dayanarak hukuki işlem tesis etmesi beklenmez. Bu anlamda, reklamda gerçeğe uygun bir patent beyanı yer almasına rağmen bu beyanı destekleyecek bir numaranın eksikliği, tek başına tüketicinin satın alma kararını etkileyecek yeterlilikte değildir.

Yönetmeliğin 9. maddesine uyulmaması da Reklam Kurulunun yaptırım uyguladığı karar örneklerinde sıklıkla karşılaşılan bir eksikliktir. Anılan hükümde, reklam verenin ileri sürdüğü iddiaların doğruluğunu bilimsel geçerliliği olan bilgi ve belgelerle ispat etme yükümlülüğü düzenlenmektedir. Bu anlamda söz konusu hükmün ihlali, ilk bakışta SMK m. 106/5 kapsamında getirilen yükümlülüğün ihlalini de kapsar görünmektedir. Ancak bu iki düzenleme, içerik ve işlev bakımından önemli ölçüde birbirinden farklıdır. Zira Yönetmelik m. 9, reklam verenin reklamda ileri sürdüğü iddiaların doğruluğunu ispatla yükümlü olduğunu hükme bağlamakta; bu ispat külfetinin doğumu ise belirli bir talebe veya denetim sürecine bağlı olarak gerçekleşmektedir. Buna karşılık, SMK m. 106/5'teki düzenleme, patent başvurusu veya patente ilişkin bir beyanın, her durumda somut bir başvuru veya tescil numarasıyla birlikte kamuya açık şekilde belirtilmesini emreden, açık ve doğrudan bir yükümlülük öngörmektedir. Dolayısıyla, Yönetmelik m. 9'da düzenlenen belge sunma yükümlülüğü ancak iddia edilen beyanın sorgulanması hâlinde gündeme gelirken, SMK m. 106/5 herhangi bir talep ya da denetim sürecine bağlı olmaksızın derhâl ve kendiliğinden yerine getirilmesi gereken bir açıklama yükümlülüğü öngörmektedir. Bu yönüyle, Yönetmelik'te yer alan hüküm, SMK m. 106/5'in ihlalini kapsayacak

4/1-p'de, "tüketicie yönelik ticari uygulama" tanımı; bir mal veya hizmetin tanıtımı, satışı veya tedariki ile doğrudan bağlantılı olarak gerçekleştirilen eylem, ihmal, davranış biçimi, beyan, reklam ve pazarlama da dâhil olmak üzere her türlü ticari davranış içerecek biçimde yapılmıştır. Bu tanım, 2005/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi m. 2(d)'de yer alan ticari uygulama tanımıyla paralellik arz etmekte olup, reklamların da bu kapsama dâhil edilmesini mümkün kılmaktadır.

nitelikte bir düzenleme olarak değerlendirilemez. Sonuç olarak, patent numarası belirtme zorunluluğuna aykırı davranışın SMK m. 106/5'de öngörülen bir yaptırımı bulunmadığı gibi, bu eksikliğin genel düzenlemelerle telafi edilmesi de mümkün gözükmemektedir.

Hemen belirtelim ki diğer ülke hukuklarında, SMK m. 106/5 hükmüyle birebir örtüşen bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, Türk hukukundaki bu hükme işlevsel açıdan en yakın düzenleme Alman Patent Yasası (Patentgesetz)³¹ m. 146'da yer almaktadır. Anılan hükümde, ürün ya da ambalaj üzerinde patent koruması izlenimi yaratacak beyanlarda bulunulması hâlinde, talep üzerine bu beyanın dayandığı patent ya da başvuru numarasının açıklanması zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenlemenin temel amacı, kamuya açık biçimde yapılan patent koruması beyanlarının iki yönlü etkisini denetim altına almaktır. Zira bu tür beyanlar, bir yandan ürünün teknik üstünlüğüne vurgu yaparak tanıtım ve pazarlama işlevi görürken, diğer yandan rakipleri yasal korumanın varlığı konusunda uyararak haksız taklitlerin önüne geçilmesini hedefler. Bu çerçevede, patent korumasına atıf içeren beyanların gerçekten bir hakka dayanıp dayanmadığının belirlenmesi, dürüst rekabetin sağlanması ve muhtemel hukuki girişimlere zemin hazırlanması bakımından önem arz eder. Kanun koyucu, bu ihtiyaca cevap verebilmek üzere m. 146 hükmüyle, ilgililere patent iddiasının içeriği hakkında bilgi edinme hakkı tanımakta ve böylelikle patent koruması beyanının olası kötüye kullanımına karşı önleyici bir tedbir almaktadır³². Bununla birlikte Alman hukukunda, SMK m. 106/5'te olduğu gibi patent numarasının kamuya açık biçimde reklamda doğrudan belirtilmesi değil, ancak bilgi talebi hâlinde açıklanması esası benimsenmiştir. Böyle bir sistem hem beyanların doğrulanabilirliğini temin etmekte hem de reklam içeriğinin gereksiz teknik ayrıntılarla karmaşık hâle gelmesini önleyerek, sunumun sadelik ve anlaşılabilirlik ölçütlerine uygunluğunu korumaktadır.

³¹ Alman Patent Yasası (Patentgesetz, PatG), 16 Aralık 1980 tarihli duyuru metni, BGBl. 1981 I, s. 1; en son değişiklik: 23 Ekim 2024 tarihli Bürokrasi Azaltma Yasası IV, Art. 26, BGBl. 2024 I Nr. 323.

³² Bernkard, PatG § 146 Nr (1-3).; Mes, § 146 Nr. 1-3.

Fransa ve İngiltere hukuklarında ise patent beyanlarının yanlış veya yanıltıcı kullanımına ilişkin açık ve etkili yaptırımlar içeren özel hükümler bulunmaktadır. Fransa Fikri Mülkiyet Kanunu'nun (Code de la propriété intellectuelle, CPI) L615-12 maddesine göre, sahip olunmayan bir patent ya da patent başvurusuyla ilgili yanıltıcı beyanlarda bulunmak açıkça suç olarak düzenlenmiş ve bu fiiller için 7.500 Euro'ya kadar idarî-cezai para cezası öngörülmüştür³³.

İngiliz hukukunda ise Patents Act 1977'nin 110 ve 111. maddelerinde, gerçeğe aykırı olarak patentli olduğu veya patent başvurusu yapıldığı (*patent pending*) izlenimi yaratılmasının suç oluşturduğu ve bu suç için belirlenmiş üst sınır para cezası (*Level 3 fine*) uygulanacağı hükme bağlanmıştır³⁴. Aynı Kanun'un 62/1 maddesi uyarınca, patentli olduğuna dair bir ibarenin patent numarası ya da ücretsiz erişilebilir elektronik bağlantı eşliğinde sunulmaması durumunda, olası bir patent ihlâli davasında davalının "masum ihlâl" (*innocent infringement*) savunmasını ileri sürmesi mümkün hâle gelmektedir. Bu durumda patent sahibi zarar tazminatı talep edemeyebilir³⁵. Dolayısıyla, İngiltere hukukunda patent numarasının

³³ Code de la propriété intellectuelle (CPI), art. L 615-12, Legifrance, "Titre Ier : Brevets d'invention", https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006069414/LEGISCTA000006146364/ (erişim 16 Haziran 2025).

³⁴ Manual of Patent Practice (MoPP), Sect. 110 "Unauthorised Claim of Patent Rights", Intellectual Property Office, London, en son günc. 30 Nisan 2025, <https://www.gov.uk/guidance/manual-of-patent-practice-mopp/section-110-unauthorised-claim-of-patent-rights> (erişim 16 Haziran 2025); İngiltere hukukunda suçlar için öngörülen para cezalarının üst sınırları *Criminal Justice Act 1982, s. 37 ve Criminal Justice Act 1991, s. 17* hükümlerine dayanılarak belirlenen "standard scale" adı verilen bir cetvelle düzenlenmiştir. Bu cetvel uyarınca Level 3 para cezası, hâlen 1.000 İngiliz Sterlini (£1,000) olarak uygulanmaktadır, bkz. *Criminal Justice Act 1982, s. 37, "Introduction of Standard Scale of Fines"*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/53/section/17/1992-10-01/data.html> (erişim 16.06.2025).

³⁵ *Manual of Patent Practice* (MoPP), Sect. 62 "Restrictions on Recovery of Damages for Infringement", Intellectual Property Office, London, <https://www.gov.uk/guidance/manual-of-patent-practice-mopp/section-62-restrictions-on-recovery-of-damages-for-infringement>

doğru ve açık biçimde belirtilmesi, yalnızca reklam ve pazarlama hukukundaki dürüstlük ilkesi açısından değil, aynı zamanda olası bir patent ihlâli durumunda hukuki korumanın sağlanabilmesi açısından da önem taşımaktadır.

Kanaatimizce Türk hukukunda SMK m. 106/5 hükmü, Alman hukukundaki gibi talep üzerine numara bildirimine ilişkin daha esnek ve fonksiyonel bir yapı benimseyebilir; buna ilave olarak Fransa ve İngiltere hukuklarında görülen açık yaptırım düzenlemelerinin Türkiye’de de hayata geçirilmesi, hükmün uygulama gücünü artıracaktır. Aksi hâlde hükmün uygulamada yalnızca biçimsel ve sembolik bir norm olarak kalması kaçınılmaz görünmektedir.

III. Reklamda Patent ile İlgili İbarelerin Yanlış/Yanıltıcı Kullanımı ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar

A. Reklamda Dürüstlük İlkesi ve Yanlış ya da Yanıltıcı Olmama Prensibi

Reklam, pazarlama stratejisinin önemli unsurlarından biri olarak, işletmelerin mal ve hizmetlerini hedef kitlelerine tanıtmaya, bu kitleleri bilgilendirme ve ikna etme işlevlerini yerine getiren bir iletişim aracıdır³⁶. Hukuki bağlamda ticari reklam TKHK m. 61’de *“ticaret, iş, zanaat veya meslek faaliyetleriyle bağlantılı olarak bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla, herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel yahut benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular”* şeklinde tanımlanmıştır.

Reklamın hukuki düzenlemelere konu edilmesi ve hem adlî hem idarî denetime tabi tutulması, esasen bu faaliyetin iki yönlü işlevinden kaynaklanmaktadır. Bunlardan ilki, reklamın tüketici yönlü işlevdir. Reklamlar, tüketicilere yönelik pazarlama iletişimi araçları olarak, bir

www.gov.uk/guidance/manual-of-patent-practice-mopp/section-62-restrictions-on-recovery-of-damages-for-infringement (erişim 16 Haziran 2025).

³⁶ Mevzuattaki ve doktrinindeki reklam tanımlarına genel bir bakış için pek çokları yerine bkz. Tamer Pekdiğer/Abdüssamet Yılmaz, *Reklam Sektöründe Hukuk ve Regülasyon*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 25 vd.

mal veya hizmetin tanıtımını yapmak, satışını artırmak, bilinirliğini sağlamak ve tüketici tercihini yönlendirmek amacıyla kullanılmaktadır³⁷. Özellikle yeni ürünlerin piyasaya sunulması, fiyatların karşılaştırılması ve mal ya da hizmetin ayırt edici özelliklerinin öğrenilmesi açısından reklamın taşıdığı bilgilendirici değer, tüketici davranışları üzerinde belirleyici bir etki yaratmaktadır. Bu bağlamda TKHK ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği, reklam faaliyetlerini belirli ilkelere bağlamış; tüketicinin doğru bilgilendirilmesi ve manipüle edilmemesi adına reklam verenin reklam içerikleri bakımından yükümlülüklerini açık biçimde tanımlamıştır. Anılan düzenlemelerde, ticari reklamların genel ahlak kurallarına, kamu düzenine ve kişilik haklarına uygun olması gerektiği; ayrıca açık, doğru, dürüst ve açıkça ayırt edilebilir nitelikte olması gerektiği belirtilmektedir (TKHK m. 61, Yönetmelik m. 5-7).

Reklam faaliyetlerinin hukuki müdahaleye konu olmasının ikinci ve en az ilki kadar önemli olan yönü ise rekabet düzenine olan etkileridir. Reklamlar, sadece tüketici davranışlarını yönlendiren değil, aynı zamanda piyasadaki aktörlerin rekabet ilişkilerini biçimlendiren araçlardır³⁸. Reklam faaliyetleri işletmeler tarafından marka bilinirliğini artırma, pazar payını genişletme ve sektördeki konumunu güçlendirme gibi ticari hedeflerin gerçekleştirilmesinde kullanılmaktadır. Bu faaliyetlerin bütün katılanların menfaatine, dürüst rekabet ilkeleriyle bağdaşacak şekilde yürütülmesi gerektiği 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) öngörülen düzenlemeler ile ortaya konulmuştur. TTK m. 54'te, rakipler arasındaki veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamaların haksız ve hukuka aykırı olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere reklam faaliyetlerinde gözetilmesi gereken başlıca ilkeler arasında dürüstlük ilkesi öne çıkmaktadır. Dürüst reklam ilkesi, reklam verenin gerek tüketiciler gerekse rakipler karşısında ticari

³⁷ Reklamın temel işlevleri için bkz. Adem Aslan, *Türk Reklam Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 32 vd.

³⁸ Aslan, s. 35.

hayattaki genel güven ilkesine uygun davranma yükümlülüğünü ifade eder³⁹. Bu kapsamda reklamların, tüketicilerin bilgi eksikliklerinden faydalanmaksızın, onları aldatmaksızın ve yönlendirme sınırlarını aşmaksızın sunulması gerekmektedir. Bu ilkenin görünümlerinden birini oluşturan ve reklamlar açısından özellikle önem arz eden bir ilke ise *yanlış ve yanıltıcı olmama* prensibidir⁴⁰. Gerek TKHK m. 61 gerekse Yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca, reklamların tüketiciyi aldatıcı nitelikte olmaması, onun bilgi ve tecrübe eksikliklerini istismar etmemesi esastır. Reklamlarda yanlış ve yanıltıcı açıklamalarda bulunmak aynı zamanda TTK m. 55 uyarınca haksız rekabet teşkil eden örnekler arasındadır.

B. Reklamda Kullanılan İfadelerin Yanlış ve Yanıltıcı Olarak Addedilmesinin Koşulları

Reklam faaliyetlerinin hukukî sınırlar içerisinde gerçekleştirilmesi gerekliliği, özellikle tüketicinin ekonomik davranışlarını etkileme potansiyeli bulunan yanlış ve yanıltıcı beyanların denetimini zaruri kılmaktadır. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 7/5 hükümde, yanlış veya yanıltıcı reklama konu olabilecek unsurlar örnekleyici biçimde sıralanmıştır. Buna göre; malın yapısı, bileşimi, işlevi, teknik özellikleri, üretim yöntemi, menşei, satış sonrası hizmet koşulları, ödül ve sertifika bilgileri, fikrî mülkiyet hakları ve benzeri nitelikler, reklamda yanlış ya da yanıltıcı biçimde sunulmaması gereken başlıca unsurlar arasında yer almaktadır.

Yanlış reklam, reklam içeriğinde yer alan bilgilerin nesnel gerçeklikle örtüşmemesi veya bu bilgilerin doğruluğunun objektif biçimde ispatlanamaması durumlarını ifade eder. Örneğin, bir ürünün içerdiği maddelerin miktarı, teknik özellikleri ya da sağlık üzerindeki etkileri gibi somut ve ölçülebilir nitelikteki verilerin gerçeğe aykırı ya da

³⁹ Emrehan İnal/Başak Baysal, *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 17; Reklamda dürüstlük ilkesinin yansımaları için bkz. Numan Tekelioğlu, *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 58 vd.

⁴⁰ Pekdincer/Yılmaz, s. 80.

hatalı biçimde sunulması, söz konusu reklamın hukuken “yanlış reklam” olarak nitelendirilmesine yol açar. Ayrıca, reklam metinlerinde sıkça karşılaşılan “en iyi”, “en mükemmel” veya “en harika” gibi üstünlük iddiası taşıyan ve nesnel olarak doğrulanması mümkün olmayan beyanlar da duruma göre yanlış reklam kapsamında değerlendirilebilir⁴¹. Esasen bilgi verme amacı taşımaktan ziyade değer yargısı içeren sübjektif ifadeler, kural olarak Anayasa’nın 25. ve 26. maddelerinde güvence altına alınan düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında korunur⁴². Ancak reklamda yer alan sübjektif bir unsur, reklamı yapılan mal veya hizmete ilişkin olarak hedef kitle nezdinde genel geçerlik taşıyan bir değerlendirme izlenimi yaratıyorsa ve bu izlenim gerçeğe aykırıysa, ilgili ifade “yanlış reklam” niteliği kazanabilir⁴³.

Reklamın yanlış olduğuna hükmedilebilmesi için reklamdaki beyanın objektif açıdan yanlış olması yeterlidir⁴⁴. Yanlışlık tespiti yapılırken, kural olarak ortalama tüketicinin algısı değil, beyanın nesnel gerçeklikle uyuşup uyuşmadığı esas alınır⁴⁵. Bununla birlikte, söz konusu yanlışlığın tüketici hukuku açısından sonuç doğurması, tüketicinin satın alma kararına etki edebilme gücüne⁴⁶, haksız rekabet oluşturması ise rekabet ortamını etkileme ihtimali⁴⁷ ile bağlantılıdır. Reklamda yer alan ifade nesnel açıdan hatalı olsa bile tüketici kararını ya da rekabet düzenini etkilemeyecek kadar önemsizse (örneğin ürünün

⁴¹ Bu tarz ifadeleri içeren reklamlar öğretilde “süperlatif reklamlar” olarak adlandırılmaktadır; bkz. Aslan, s. 67.

⁴² Aslan, s. 256 vd; bu hususta ayrıca bkz. Pekdincer/Yılmaz, s. 151-152.

⁴³ Hayrunisa Özdemir, “Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 53/3, 2004, 61-90, s. 73.

⁴⁴ Celal Göle, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983., s. 63; Pekdincer/Yılmaz, s. 84.

⁴⁵ Yargıtay Kararı - HGK., E. 2019/519 K. 2022/83 T. 8.2.2022.

⁴⁶ Özdemir, s. 72; Tekelioğlu, s. 79.

⁴⁷ Arslan Kaya/Koray Demir, *Rekabet ve Haksız Rekabet Hukukunun Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024, s. 135-136; Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 114.

batarya ömrü 10 saat olarak belirtilmişken gerçekte 9 saat 50 dakika olması gibi) hukuka aykırı bir yanlışlıktan söz edilemez. Ayrıca reklam dilinde sıklıkla kullanılan ve tüketicinin kolaylıkla abartılı, mizahi veya sembolik olduğunu anlayabileceği ifadeler de (örneğin “bu araba resmen uçuyor” ya da “bu deterjan bulaşıklarınızı yıldızlar gibi parlatacak” gibi alegorik söylemler) tüketici algısı itibarıyla yanlış veya yanıltıcı reklam kapsamında değerlendirilmemelidir⁴⁸.

Yanıltıcı reklam kavramı ise reklamdaki bilginin esasen doğru olmasına rağmen, sunuluş tarzı itibarıyla muhatapta yanlış bir izlenim uyandırmasına dayanır⁴⁹. Diğer bir ifadeyle, reklamda kullanılan açıklamalar gerçeğe uygun olsa dahi, sunuluş biçimi, kullanılan dil, görsellerin yerleşimi, vurgu ve bağlam gibi unsurlar, tüketicinin algısını bozarak yanıltıcı bir etki yaratabilir⁵⁰. Bir ticari reklamın yanıltıcı olup olmadığının hukuken değerlendirilmesinde “ortalama tüketici” modeli esas alınmaktadır⁵¹. Bu ölçüt, reklamın muhatabının normal düzeyde dikkatli, makul bilgiye sahip ve ortalama anlayış kapasitesinde bir birey olduğu varsayımına dayanır⁵². Ticari Reklam ve Haksız Ticari

⁴⁸ Savaş Bozbel, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 40; Göle, s. 64; Tekelioğlu, s. 74; Nomer Ertan, s. 152 vd.

⁴⁹ Nomer Ertan, s. 139; Pekdiğer/Yılmaz, s. 84; İnal/Baysal, s. 17.

⁵⁰ Göle, s. 67 vd; Pekdiğer/Yılmaz, s. 85.

⁵¹ Yargıtay Kararı - HGK., E. 2019/519 K. 2022/83 T. 8.2.2022; Nomer Ertan, s. 154; Özdemir, s. 74; Hamdi Pınar, “Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri”, *MÜHFHAD*, 2012/2, 129-156, s. 133; Pelin Atila Yörük, *Reklamın Haksız Rekabet Boyutu Karşısında Tüketicilerin Korunması*, Savaş Kitabevi, Ankara, 2020, s. 73; Pekdiğer/Yılmaz, s. 89; ayrıca bkz. Ayşegül Küçükdağlı, “Avrupa Birliği, Alman, Türk Hukuklarında Tüketici Modelleri”, *TAÜHFD*, 2020/2, 145-178, s. 165.

⁵² Özdemir, s. 75; ayrıca bkz. Koray Güven, “Reklam Hukuku Perspektifinden AB, Alman ve Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: ABAD’ın ‘Gut Springenheide’ Kararı Üzerinden Bir İnceleme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 28/120, 2015, 493-508, s. 493-508; Atila Yörük, s. 73; Mehmet Ali Aksoy, “2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 73/1, 2016, 279-318, s. 291 vd.

Uygulamalar Yönetmeliği m. 7 ve devamı hükümlerinde, reklam içeriklerinin bu tüketici tipi temel alınarak değerlendirilmesi gerektiği açıkça ortaya konmuştur⁵³.

“Ortalama tüketici” profilinin reklamın hitap ettiği hedef kitleye göre belirlenmesi gerekmektedir⁵⁴. Zira bazı ürün veya hizmet grupları, genel nüfustan ayrılan bilgi ve dikkat düzeyine sahip özel tüketici gruplarını hedef alabilir. Bu hâlde, reklamın yanlış ya da yanıltıcı olup olmadığı değerlendirilirken, söz konusu özel hedef kitlenin ortalama düzeydeki bireyleri dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, sağlık ürünlerine ya da belirli bir meslek grubuna yönelik reklamlarda, daha bilinçli ve dikkatli bir tüketici kitlesi esas alınırken, çocuklara ya da yaşlılara yönelik reklamlarda dikkat ve bilinç düzeyi duruma göre daha düşük seyredebilecektir⁵⁵.

Reklamda yanıltıcılık farklı görünüm biçimleriyle ortaya çıkabilir. Özellikle reklamda ifade edilen bilgilerin manipüle edilmiş biçimde sunulması, önemli ve tüketici açısından bilinmesi gerekli bilgilerin eksik bırakılması ya da çok küçük puntolarla verilmesi gibi durumlar, tüketicinin sunulan ürün ya da hizmetle ilgili esaslı bilgilere vakıf olabilmesini ciddi ölçüde sınırlar ve yanlış algıya zemin hazırlar⁵⁶. Yine reklamlarda ürünün yalnızca belirli özelliklerinin ön plana çıkarılması, tüketicinin dikkatinin çekilmesi gereken olumsuz veya sınırlayıcı unsurların reklamın arka planında verilmesi de tüketicide eksik ve dolayısıyla yanıltıcı bir algıya neden olabilir⁵⁷. Ayrıca, reklamda yer alan ifadelerin çelişkili olması, reklamın farklı bölümlerinde sunulan

⁵³ Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği ortalama tüketiciyi “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlamıştır (Yönetmelik m. 4/1-j).

⁵⁴ Aslan, s. 60 vd; Pınar, s. 133; Atila Yörük, s. 72;

⁵⁵ Göle, s. 75; Pekdiğer/Yılmaz, s. 91; Yakup Güzel, *Reklam Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.171; Aksoy s. 290.

⁵⁶ Göle, s. 67 vd; Hilal Betül Güngüneş Şahin, *Türk Ticaret Hukukunda Reklam Yoluyla Haksız Rekabet*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 74.

⁵⁷ Bu hususta Reklam Kurulu kararlarına konu olan örnekler için bkz. Güngüneş Şahin, s. 75 vd.

bilgilerin tutarsızlık içermesi de yanıltıcılık yaratabilir. Özellikle tüketicinin satın alma kararını doğrudan etkileyen bilgiler hakkındaki manipülatif açıklamalar veya eksiklikler reklamın hukuka aykırı hâle gelmesine sebep olacaktır⁵⁸.

Reklam içeriklerinde yer alan iddiaların doğruluğunu temin etmeye yönelik düzenlemelere, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 9. maddesinde yer verilmektedir. Söz konusu maddeye göre reklam verenler, ticari reklamlarda ileri sürdükleri iddiaların doğruluğunu ispatla yükümlüdür. Bu yükümlülük, reklamda yer alan doğrulanabilir olgulara ilişkin her türlü tanımlama, iddia veya örnekli anlatım bakımından geçerlidir. İlgili hususlar, bilimsel geçerliliği olan bilgi ve belgelerle desteklenmek zorundadır. Gerek görülen hâllerde, üniversitelerin ilgili akademik birimlerinden veya akredite ya da bağımsız araştırma, test ve değerlendirme kuruluşlarından temin edilmiş bilgi ve belgelerin sunulması istenebilir. Karşılaştırmalı reklamlarda yer verilen ve karşılaştırmaya konu olan iddialar bakımından ise daha sıkı bir ispat rejimi benimsenmiştir. Bu tür iddiaların, her durumda üniversitelerin ilgili bölümleri ile akredite veya bağımsız araştırma kuruluşlarından temin edilen bilimsel nitelikteki belgelerle ispatlanması zorunludur. Ayrıca, bu belgelerin, reklamın yayınlandığı dönemde ileri sürülen iddiaları destekleyici nitelikte olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, sunulan rapor ve belgelerin güncel olması ve reklamın yayımlandığı tarihlerle örtüşmesi esastır⁵⁹. Reklam verenler, Yönetmelikte öngörülen ilkelere uygunluğu denetlemekle görevli Reklam Kuruluna reklamlarda ileri sürdükleri iddiaları kanıtlar nitelikteki söz konusu bilgi ve belgeleri gerekli görülen hallerde sunmakla yükümlüdür.

C. Reklamda Patent ile İlgili İbarelerin Yanlış ve Yanıltıcı Kullanımı

Sınai mülkiyet hukukunun önemli bileşenlerinden biri olan patent kurumu, yalnızca teknik buluşlara yönelik koruma sağlayan, sıkı şekil ve içerik koşullarına bağlı bir haktır. Bu yönüyle patent, fikrî

⁵⁸ Aslan, s. 181 vd.

⁵⁹ Pekdincer/Yılmaz, s. 120.

mülkiyetin diğer türlerinden –örneğin marka veya tasarım korumasından– ayrılmakta ve yalnızca belirli nitelikleri haiz yenilikleri kapsayacak şekilde sınırlı bir alanda hüküm doğurmaktadır. Bu bağlamda, bir ürünün yalnızca estetik görünümüne, sunumuna veya pazarlama yöntemine ilişkin yenilikler, teknik bir problem çözme niteliği taşımadıkları sürece patent korumasından yararlanamaz.

Bu çerçevede dikkat çekici bir husus, kamuoyunda “patent” kavramına yüklenen anlam ile hukuki içerik arasındaki uyumsuzluktur. Uygulamada gerek tüketiciler gerek işletmeler patent kavramını çoğu zaman yanlış algılamakta, her türlü yenilik veya tescil işlemini patentle ilişkilendirmekte ve bu algı çeşitli ticari beyanlara yansımaktadır⁶⁰. Reklamlarda “patentli ürün” ya da “patenli yöntem” gibi ifadeler yaygın biçimde kullanılsa da bunların önemli bir bölümü gerçeği yansıtmaz veya yanıltıcı nitelik taşır⁶¹. Örneğin “patentli kek tarifi”, “patentli saç modeli” gibi pazarlama söylemleri, patentin teknik niteliğiyle bağdaşmadığından yanlış açıklama niteliğindedir.

Teknik anlamda buluş niteliği taşısa dahi henüz patent hakkı elde edilmemiş bir ürün için “patentli ürün” denilmesi de yanlış beyan oluşturur⁶². Buluş için patent başvurusu yapılmış olması sonucu

⁶⁰ Anja Boggler, “Werbung mit Hinweisen auf zukünftigen oder bestehenden Patentschutz”, *DB (Der Betrieb)*, 1992/8, 413-416, s. 414-415.

⁶¹ Ann, § 39 PatR Nr. 14; Rolf Rings, “Patentmarketing”, *WRP (Wettbewerb in Recht und Praxis)*, 2009/2, 169-177, s. 170.

⁶² Reklamda patent başvurusuna yapılan atıfların, özellikle henüz başvurunun ilan edilmediği erken aşamalarda kullanılması durumunda aldatıcı nitelik taşıyabileceği yönündeki görüş, Alman literatüründe de güçlü biçimde savunulmaktadır. Bornkamm, patent başvurusu yapılmış olması olgusunun reklamda tek başına belirtilmesinin, tüketicide ürünün teknik açıdan rakiplerinden üstün olduğu izlenimini yaratabileceğini; bu bağlamda söz konusu beyanların, nesnel olarak doğru olsalar dahi, ortalama alıcının beklentilerini aşan bir anlam yüklenmesi riski taşıdığını belirtmektedir. Özellikle patent başvurusu henüz ilan edilmemişse, bu tür bir beyana reklamda yer verilmesinin ciddi ölçüde yanıltıcı sonuçlar doğurabileceği vurgulanmaktadır. Joachim Bornkamm, “Die Werbung mit der Patentanmeldung”, *GRUR*, 2009, 227-230, s. 229 vd.; ayrıca bkz. Bogler,

değiştirmez. Nitekim patent başvurusunun yapılmış olması, hukuki korumanın kesinleştiği anlamına gelmez. Bununla birlikte inceleme aşaması devam eden buluşlar için “patent başvurusu yapılmıştır” ifadesi kullanılabilir. “Patent hakkı beklemede (*patent pending*)” ifadesi de yine sadece başvurusu yapılmış buluşlar için kullanılabilir; patent başvurusu yapmaya niyet ediyor olmak yeterli değildir⁶³.

Yanlış patent beyanlarının bir diğer örneği ise süresi sona ermiş ya da hükümsüz kılınmış patentlerin hâlen geçerliymiş gibi tanıtılmasıdır⁶⁴. Patent hakkının koruma süresi sona erdiğinde ya da patent mahkeme kararıyla hükümsüz kılındığında ilgili buluş üzerindeki tekeli yetkiler sona erer. Buna rağmen, “patentli ürün” ibaresinin kullanımına devam edilmesi hem tüketicileri hem de rakipleri aldatır⁶⁵. Marka veya tasarım koruması altındaki bir ürünün, patent

s. 413-414; Hermann Deichfuß/Peter Tochtermann, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Patentkostengesetz* (ed. Georg Benkard), 12. Auflage, C.H. Beck, München, 2023, § 146 Nr. 34–37.

⁶³ Alman hukukunda, patent başvurusu henüz yayınlanmamış ürünlerde “Patent pending” ibaresinin kullanımı, ortalama tüketicide patentin zaten verilmiş olduğu yönünde yanlış bir izlenim yaratabileceği gerekçesiyle OLG München tarafından yanılıcı bulunmuştur (OLG München, GRUR-RR 2017, 444 – Patent pending).

⁶⁴ Mes, PatG, § 146 Nr. 21-22.

⁶⁵ Amerikan hukukunda, patent hakkı bulunmayan bir ürüne, bu hakkın varlığına işaret eden ibarelerin bilerek ve aldatma kastıyla iliştilmesi, 35 U.S. Code § 292 hükmü kapsamında açıkça yaptırıma bağlanmıştır. Bu bağlamda, “patentli”, “patentee”, “patent applied for”, “patent pending” gibi ifadelerin, gerçekte herhangi bir patent veya patent başvurusunun mevcut olmadığı hâllerde kullanılması, kamuoyunu yanıltma kastı taşıması durumunda hukuka aykırı kabul edilmekte ve her bir ihlal için 500 doları geçmeyecek şekilde para cezası öngörülmektedir. Buna ek olarak, haksız rekabetten zarar gören kişilere, bu ihlaller nedeniyle federal mahkemelerde maddi tazminat davası açma hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte aynı düzenleme çerçevesinde önemli bir istisna da kabul edilmiştir. Buna göre, patent koruması sona ermiş olan ürünlerin, üzerlerinde yer alan ve geçmişte geçerli bir patente işaret eden ibarelerle piyasaya sunulmaya devam edilmesi, bu hükmün ihlali olarak değerlendirilmemektedir. Başka bir ifadeyle, patent süresinin sona ermiş olmasına rağmen ürün ambalajı

koruması altındaymış gibi sunulması da yanlış bir açıklamadır. Patent, marka ve tasarım hakları arasında hem koruma kapsamı hem de hukuki etkileri bakımından önemli farklar bulunduğundan, bu tür beyanlar objektif olarak gerçeği yansıtmaz. Aynı husus patent-faydalı model hakkı ilişkisi için de geçerlidir. Faydalı model hakkı patent gibi buluşları konu almakla birlikte buluşun taşınması özellikler bakımından patent hakkından farklıdır. Reklamda kullanılan ifadenin objektif olarak yanlış olduğu bu gibi durumlarda, tüketicinin bu hakları birbirinden ayırt edebilecek hukuki bilgisinin olmaması hususu savunma gerekçesi olarak kabul görmemelidir.

Yanıltıcı patent beyanları ise doğru bilgiler içermesine rağmen sunumu, şekli, bağlamı veya eksik bilgi verilmesi nedeniyle hedef kitlenin ortalama üyesi nezdinde yanlış bir algının oluşmasına yol açan açıklamalardır. Yanıltıcılık çoğu zaman ima, eksik bilgi veya abartılı sunum yoluyla gerçekleşmektedir. Bu bağlamda, örneğin ürünün yalnızca ambalajındaki teknik özellikler için alınmış bir patentin, tüm ürünün performansına atfedilerek “patentli sistem” olarak sunulması, ortalama bir tüketicinin teknik bütünlüğe dair yanıltıcı bir algıya kapılmasına yol açabilir. Ürünün tek bir bileşeni patentliken ve “patentli bileşen içeren ürün” ifadesini kullanma imkanı mevcutken doğrudan “patentli ürün” şeklinde beyanların kullanılması da yanıltıcı olabilir. Alman hukuk öğretisindeki bir görüşe göre, patent korumasının yalnızca bir kısmı kapsaması hâlinde dahi, bu kısmın ürünün karakteristik yapısını belirlemesi ve pazarlama değerini esaslı biçimde etkilemesi hâlinde, beyan yanıltıcı sayılmayabilir. Ancak, patentin yalnızca bir üretim yöntemine ilişkin olduğu durumlarda, bu yöntemin ürüne sağladığı avantaj açıkça ortaya konmaksızın, ürünün kendisinin “patentli” olarak sunulması yanıltıcı kabul edilmektedir⁶⁶. Yanıltıcı beyanların bir diğer görünüm biçimi, yurtdışında alınan bir patentin

üzerinde yer alan eski patent numaralarının varlığı, başlı başına aldatma kastı oluşturmadığı sürece suç teşkil etmez. Bu yaklaşım, ticari faaliyette bulunanların geçmiş dönem ürünlerinin ambalajlarını değiştirme yükümlülüğü altına girmemelerini sağlamaktadır.

⁶⁶ Mes, PatG § 146 Nr. 23.

Türkiye’de geçerli olduğu izlenimi oluşturacak biçimde sunulmasıdır⁶⁷. Patent koruması kural olarak ülkesel niteliktedir ve yalnızca koruma sağlanan ülkede geçerlidir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ifade edildiği üzere SMK m. 106/5’te düzenlenen patent numarası belirtme zorunluluğuna uyulmamış olması tek başına “yanıltıcı açıklama” olarak kabul edilemez. Buna karşın numaranın yanlış yazılması (örneğin rakip bir firmanın patent numarasının yazılması) ya da eksik bırakılması (örneğin patentin geçerli olduğu ülkeyi gösteren harf kısaltmalarının eksik bırakılması) “yanlış ve yanıltıcı” açıklama olarak nitelendirilebilir ve hukuka aykırılık yaratabilir.

Özetle reklamlarda yalnızca hukuken geçerli olan patent haklarına dayanarak beyan yapılmalı, beyanın kapsamı açıkça belirtilmeli ve özellikle teknik korumanın sınırları net bir biçimde ifade edilmelidir. Aksi hâlde reklam verenler, yanlış ve yanıltıcı kullanımın hukuki sonuçlarıyla karşılaşmak durumundadır.

D. Reklamda Patent ile İlgili İbarelerin Yanlış ve Yanıltıcı Kullanımına Bağlanan Hukuki Sonuçlar

Reklamlarda patent ile ilgili ibarelerin yanlış ya da yanıltıcı biçimde kullanımı mevzuatın çeşitli hükümleri uyarınca hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Tüketici hukuku açısından ihlalin temel dayanağı, “Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği”nin 7. maddesidir. Söz konusu maddede reklamda fikri mülkiyet hakları ile ilgili ifadelerin ve bilimsel terimlerin yanıltıcı şekilde kullanılmasının hukuka aykırılık oluşturacağı açıkça belirtilmiştir (Yönetmelik m. 7/5-f ve m. 7/8-c). “Patent” ifadesi, bilimsel geçerliliği olan, sınırlı ve teknik bir anlam taşıyan hukukî bir terim olup, bu terimin popüler kültürdeki geniş anlamından yararlanarak, ürünün teknik bir üstünlüğe sahip olduğu izlenimi yaratılması, bilimsel terminolojinin yanıltıcı biçimde kullanılması anlamına gelir ve ilgili Yönetmeliğe aykırılık oluşturur.

⁶⁷ Rings, s. 172-173; Mes, PatG, § 146 Nr. 16.

Reklam mevzuatına aykırı şekilde yanlış ya da yanıltıcı kullanımının tespiti hâlinde uygulanabilecek idari yaptırımlar TKHK m. 77/12'de ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Buna göre Reklam Kurulu, aykırılığın tespiti durumunda reklamın durdurulması, aynı yöntemle düzeltme yapılması veya üç aya kadar tedbiren durdurulmasına karar verebilir. Ayrıca hukuka aykırılığın niteliğine ve boyutuna göre, yayınlanan mecra dikkate alınarak idari para cezaları da uygulanmaktadır. İnternet ortamında gerçekleşen yanıltıcı reklamlara karşı Reklam Kurulu ayrıca içeriğin çıkarılması ya da erişimin engellenmesine karar verebilir (Yönetmelik m. 77/12-g). Reklamın yayınlandığı mecranın radyo ve televizyon olması hâlinde, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) da 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde (özellikle m. 9 ve m. 32), reklam içeriklerinin hukuka uygunluğunu denetleme ve gerektiğinde idari yaptırım uygulama yetkisine sahiptir⁶⁸. Bu kapsamda, yanlış veya yanıltıcı patent ibarelerinin radyo ve televizyon yayınlarında yer alması durumunda, RTÜK'ün uyarı, idari para cezası veya yayın durdurma gibi çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi bulunmaktadır (6112 sayılı Kanun m. 32).

TKHK ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği kapsamında, reklamda yer alan yanıltıcı veya gerçeğe aykırı beyanlar yalnızca idarî denetime değil, belirli hâllerde adlî denetime de konu olabilir⁶⁹. Özellikle, reklamda vaat edilen ancak malda

⁶⁸ RTÜK'ün reklam denetimleri için ayrıca bkz. Aslan, s. 527 vd.; Pekdinçer/Yılmaz, s. 130 vd.

⁶⁹ Reklamların denetimi yalnızca adlî ve idarî yollarla sınırlı olmayıp, sektörel özenetim mekanizmaları vasıtasıyla da yürütülmektedir. Bu çerçevede faaliyet gösteren Reklam Özdenetim Kurulu (RÖK), ticari reklamların reklamcılık meslek ilkelerine ve kamu vicdanına uygunluğunu denetlemekte; üye kuruluşların uymayı taahhüt ettiği ilke kararları doğrultusunda etik değerlendirme yapmaktadır. RÖK kararları hukukî bağlayıcılık taşımamakla birlikte, sektörde etik reklam anlayışının yerleşmesine ve kamuoyunda güvenin tesisi yoluyla reklamların sosyal sorumluluk çerçevesinde yürütülmesine katkı sunmaktadır (bu hususta bkz. Aslan, s. 532 vd. Atila Yörük, s. 101 vd.; Pekdinçer/Yılmaz, s.124 vd.).

veya hizmette fiilen bulunmayan nitelikler, TKHK m. 8 ve m. 13 hükümleri uyarınca ayıba karşı tekeffül sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilerek tüketiciye seçimlik haklar tanıyabilir. Öte yandan, reklam verenin aldatma kastının varlığı Türk Borçlar Kanunu m. 36 kapsamında hile (aldatma) hükümlerine de uygulama alanı açabilir⁷⁰. Patentle ilgili yanıltıcı reklamların, bahsi geçen hukuki dayanaklar çerçevesinde sonuç doğurup doğurmayacağı, reklamın içeriğine, tüketici beklentisine etkisine ve sözleşmenin kurulmasına katkısına göre somut olay bazında değerlendirilmelidir.

Yanlış veya yanıltıcı nitelikteki patent beyanları, TTK'nın 55. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin 2, 3 ve 5 numaralı alt bentleri kapsamında haksız rekabet teşkil edebilecek mahiyettedir. Zira bir ürünün yalnızca belirli bir bileşeni patent koruması altında olmasına rağmen ürün bütününe ilişkin olarak "patentli ürün" ibaresinin kullanılması ya da henüz başvurusu dahi yapılmamış bir patent korumasına atıfta bulunulması gibi örnekler, işletmenin malı veya faaliyeti hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamada bulunmak anlamına gelir ki bu tür fiiller anılan m. 55/1-a-2 çerçevesinde hukuka aykırıdır. Benzer şekilde, geçerliliğini yitirmiş bir patentin hâlen yürürlükteymiş gibi sunulması ya da henüz verilmemiş bir patentin varlığına atıfla ürünün teknik açıdan üstün olduğu izleniminin yaratılması, gerçekte bulunmayan bir yetkinlik veya payeye sahipmiş gibi davranmak suretiyle m. 55/1-a-3'te örneklendirilen haksız rekabet fiiline vücut verebilir. Ayrıca, patent beyanlarının, rakip ürünlerle karşılaştırmalı biçimde ve gerçeğe aykırı ya da yanıltıcı unsurlar içerecek şekilde kullanılması, TTK m. 55/1-a-5 hükmü uyarınca hukuka aykırı bir karşılaştırma olarak değerlendirilebilir. Bu çerçevede, patent beyanlarının ticari iletişimde maddi hakikatle bağdaşmayacak biçimde sunulması hem tüketiciyi yanıltma potansiyeli hem de rakip işletmelerin ekonomik menfaatlerini ihlal etme tehlikesi bakımından, TTK'nın öngördüğü haksız rekabet denetimine tabi kılınmalıdır⁷¹. Haksız rekabet

⁷⁰ Tüketicinin hukuka aykırı reklamlar karşısında başvurabileceği adli denetim yolları için bkz. Tekelioğlu, s. 118 vd.; ayrıca bkz. Özdemir, s. 77 vd.

⁷¹ Reklamda yanlış ve yanıltıcı ifadelerin vücut verdiği haksız rekabet fiilleri için bkz. Atila Yörük, s. 61 vd.; Pınar, s. 132 vd.

fiilleri bakımından ortaya çıkan hukuki sonuçlar TTK m. 56 vd. hükümlerde düzenlenmiştir. Buna göre; haksız rekabet sebebiyle zarara uğrayan veya böyle bir zararın gerçekleşme tehlikesi ile karşı karşıya olan kişiler, haksız rekabet teşkil eden fiilin hukuka aykırılığının tespiti, bu fiilin önlenmesi, oluşan zararın giderilmesi ve yanlış beyanların düzeltilmesi için dava açabilir, talepte bulunabilirler⁷². Patent ile ilgili yanlış ve yanıltıcı açıklamaların reklam verenin bilgisizliğinden kaynaklanması, anılan taleplerin ileri sürülmesine engel değildir. Kusurun varlığı durumunda zarar görenler ayrıca, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunma hakkına sahiptir. Tazminata konu zarar, örneğin yanlış izlenimin giderilmesi amacıyla yapılan reklam harcamaları veya ticari itibar kaybı şeklinde ortaya çıkabilir⁷³. Öte yandan TTK m. 62 hükmünde haksız rekabet fiillerini kasten işleyenler için cezai sorumluluk da öngörülmektedir.

Patent ile ilgili yanıltıcı açıklamaların rekabet hukuku açısından da sonuçlar doğurması mümkündür. Avrupa Komisyonu'nun *Teva Pharmaceuticals Industries Ltd.* hakkında verdiği karar, patentle ilgili beyanların rekabet hukukuna aykırı biçimde kullanılması hâlinde doğabilecek sonuçları gözler önüne seren önemli bir örnek teşkil etmektedir. Söz konusu kararda adı geçen farmasötik şirkete, multipl skleroz tedavisinde kullanılan Copaxone adlı ürünüyle bağlantılı olarak hâkim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle 462,6 milyon avro idari para cezası verilmiştir. Komisyon'un tespitine göre Teva, jenerik ilaç üreticisi rakibin piyasaya girişini geciktirmek amacıyla patent korumasına ilişkin yanıltıcı bilgiler yaymıştır⁷⁴. Bu eylem Avrupa Birliği rekabet hukukunun temelini oluşturan ve hâkim durumun kötüye

⁷² Reklam yoluyla gerçekleşebilecek haksız rekabet fiiline karşı sorumluluk hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Güngüneş Şahin, s. 101 vd.

⁷³ BGH GRUR 1966, 92, 94– *Bleistiftabsätze*.

⁷⁴ European Commission, *Commission fines Teva €462.6 million for abusing its dominant position to delay cheaper generic medicine for multiple sclerosis patients*, Press Release IP/24/5581, 30 April 2024, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_5581.

kullanılmasını yasaklayan Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 102. maddesine aykırı görülmüştür⁷⁵.

Türk hukukunda benzer ihlaller, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un⁷⁶ 6. maddesi çerçevesinde değerlendirilebilir. Anılan madde uyarınca bir ya da birden fazla teşebbüsün Türkiye'nin bütününde veya bir kısmında belirli bir mal veya hizmet piyasasında hâkim durumda bulunmaları ve bu durumu kötüye kullanmaları yasaktır. Özellikle rakiplerin piyasaya girişinin engellenmesi, piyasa yapısının bozulması ve tüketicilerin yanıltılması sonucunu doğuran uygulamalar, hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, patent haklarının kötüye kullanılarak rekabetin kısıtlanması veya patent korumasına yönelik yanıltıcı açıklamalar yapılmak suretiyle rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması da hâkim durumun kötüye kullanılması şeklinde hukuka aykırılık oluşturabilir⁷⁷.

SONUÇ

Patent, reklam ve pazarlama dilinde çoğu zaman popüler kültürdeki anlamıyla, her tür yenilik veya yaratıcı fikre atfen kullanılarak sınai mülkiyet hukukunun sınırlarının dışında bir algı yaratmaktadır. Oysa hukuken yalnızca yeni, buluş basamağı içeren ve sanayiye uygulanabilir nitelikteki teknik çözümler patent korumasından

⁷⁵ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (AEİA) 102. maddesi; bir veya birden fazla teşebbüsün, iç pazarın tamamında yahut önemli bir kısmında sahip oldukları hâkim konumu kötüye kullanmalarını yasaklamaktadır. Maddede sayılan kötüye-kullanma örnekleri arasında (i) doğrudan veya dolaylı olarak adil olmayan satış-alış fiyatlarının ya da ticari koşulların dayatılması, (ii) ticari ortakların sözleşme konusu dışındaki ek yükümlülükleri kabul etmeye zorlanması, (iii) üretimin, pazarların veya teknik ilerlemenin tüketici aleyhine kısıtlanması, (iv) eşit değerdeki işlemlerde ayrımcı koşullar uygulanması ve (v) rakiplerin pazardan dışlanmasına yönelik bağlı satış, yıkıcı fiyatlama veya aşırı indirim gibi uygulamalar yer almaktadır (Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 202, 7 June 2016, p. 89).

⁷⁶ RG. 13.12.1994/22140.

⁷⁷ Kaya/Demir, s. 18.

yararlanabilir. Çalışma kapsamında ele alındığı üzere, reklamda patentle ilgili yanlış ve yanıltıcı beyanlar, çeşitli şekillerde tezahür edebilir. Bunlar arasında; patent konusu olmayan yeniliklerin “patentli ürün” olarak sunulması, patent başvurusu dahi yapılmamış ürünlerin patentliymiş gibi tanıtılması, yalnızca belirli bir parçanın korunduğu hâllerde tüm ürünün patentle korunuyormuş gibi lanse edilmesi ve süresi dolmuş veya hükümsüz kılınmış patentlerin hâlâ geçerli olarak gösterilmesi gibi örnekler bulunmaktadır. Ayrıca, patent korumasının ülkesel niteliği göz ardı edilerek, yurtdışında alınmış patentlerin Türkiye’de geçerliymiş gibi algı yaratacak şekilde sunulması da sıkça karşılaşılan yanıltıcı uygulamalardandır.

Bir ürünün patent koruması altında olduğunu veya patent başvurusunun yapıldığını belirten beyanlar, tüketicilere teknik yenilik, üstünlük ve ürün kalitesine dair önemli mesajlar verdiğiinden, bu beyanların doğruluk ve şeffaflık içinde sunulması hukuk düzeni bakımından önem taşır. Bu çerçevede Sınai Mülkiyet Kanunu m. 106/5’te öngörülen numara belirtme yükümlülüğü, her ne kadar patent beyanlarının denetlenebilirliğini artırmayı hedeflese de yaptırımlara ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle normatif gücünü büyük ölçüde yitirmiştir. Buna karşılık, reklam hukuku bağlamında Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği, patent beyanlarının içeriği ve sunumu açısından daha işlevsel denetim mekanizmaları sunmakta; Yönetmelik m. 7 ve m. 9 hükümleri uyarınca, reklam verenlerin beyan ettikleri teknik bilgileri, bilimsel belgelerle ispat etme yükümlülüğünü ortaya koymaktadır. Bu düzenlemelere aykırılık ise TKHK m. 77 gereğince Reklam Kurulu tarafından idari para cezası, yayın durdurma, düzeltme veya internet ortamında içeriğin kaldırılması ve erişimin engellenmesi gibi çeşitli yaptırımlarla karşılık bulmaktadır. Patent ile ilgili yanlış ve yanıltıcı beyanlar ayrıca, TTK m. 54 vd. hükümler uyarınca haksız rekabet oluşturmaları nedeniyle söz konusu kanunda öngörülen hukuki ve cezai yaptırımlara konu olabilecektir.

Sonuç olarak, patent ibarelerinin reklamlarda kullanımı, salt bir tanıtım aracı olarak görülmemeli; bunun tüketici güveni, adil rekabet düzeni ve hukuki güvenlik açısından doğuracağı sonuçlar göz önünde bulundurulmalıdır.

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.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Im Bereich der Werbung und im Marketing wird der Begriff „Patent“ vielfach im Sinne der populärkulturellen Verwendung eingesetzt und dabei unterschiedslos auf jegliche Neuerung oder kreative Idee bezogen, wodurch eine Wahrnehmung erzeugt wird, die über die tatsächlichen Grenzen des gewerblichen Rechtsschutzes hinausgeht. Aus rechtlicher Perspektive können jedoch ausschließlich solche technischen Lösungen Patentschutz genießen, die neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind.

Wie im Rahmen dieser Untersuchung näher erläutert wurde, können falsche oder irreführende Patentangaben in der Werbung verschiedene Erscheinungsformen aufweisen. Hierzu gehören insbesondere Fälle, in denen Innovationen als „patentiert“ beworben werden, obwohl sie keinen patentrechtlichen Schutz genießen; ferner solche, in denen Produkte als patentiert dargestellt werden, obwohl noch nicht einmal ein Patentantrag gestellt wurde; ebenso die irreführende Praxis, bei lediglich teilweisem Schutz den Eindruck zu erwecken, als ob das gesamte Produkt durch Patente geschützt sei; zudem die Präsentation bereits abgelaufener oder rechtskräftig für nichtig erklärter Patente, als ob diese weiterhin Bestand hätten. Häufig anzutreffen sind auch irreführende Aussagen, die den territorialen Charakter des Patentschutzes vernachlässigen, indem im Ausland erteilte Patente dargestellt werden, als seien sie gleichermaßen im Inland gültig.

Angaben, wonach ein Produkt durch ein Patent geschützt sei oder zumindest eine Patentanmeldung vorgenommen wurde, vermitteln Verbrauchern bedeutende Hinweise hinsichtlich technischer Innovation, besonderer Qualität und Produktsicherheit. Daher kommt es aus Sicht der Rechtsordnung entscheidend darauf an, dass diese Aussagen wahrheitsgemäß und transparent erfolgen. In diesem Zusammenhang zielt die in Art. 106 Abs. 5 des türkischen Gesetzes über den gewerblichen Rechtsschutz (SMK) normierte Verpflichtung zur Angabe der Patentnummer zwar auf eine verbesserte Überprüfbarkeit derartiger Aussagen ab; jedoch hat diese Bestimmung mangels einer ausdrücklichen Regelung von Sanktionen erheblich an normativer Effektivität eingebüßt.

Demgegenüber bietet die Verordnung über kommerzielle Werbung und unlautere geschäftliche Praktiken (Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği) hinsichtlich Inhalt und Form der Patentangaben wirksamere Kontrollinstrumente. Gemäß Art. 7 und Art. 9 dieser Verordnung haben Werbende die Pflicht, von ihnen gemachte technische Aussagen mittels wissenschaftlicher Nachweise zu belegen. Verstöße gegen diese Bestimmungen können nach Art. 77 des türkischen Verbraucherschutzgesetzes (TKHK) durch den Werberat mit Maßnahmen wie Geldbußen, der Einstellung der Ausstrahlung, der Anordnung von Richtigstellungen sowie der Entfernung oder Sperrung der Inhalte im Internet sanktioniert werden.

Ferner können unrichtige und irreführende Patentangaben nach den Vorschriften über den unlauteren Wettbewerb gemäß Art. 54 ff. des türkischen Handelsgesetzbuches (TTK) zivil- und strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Auch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht kann die Ausnutzung einer tatsächlich nicht bestehenden Patentsituation mit dem Ziel einer Marktmanipulation in bestimmten Fällen als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 6 des türkischen Gesetzes zum Schutz des Wettbewerbs (Nr. 4054) bewertet werden.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Verwendung von Patenthinweisen in der Werbung nicht bloß als bloßes Marketinginstrument betrachtet werden darf. Vielmehr sind die Konsequenzen derartiger Aussagen für das Vertrauen der Verbraucher, die Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs sowie die Gewährleistung von Rechtssicherheit umfassend in Betracht zu ziehen.

KAYNAKÇA

- AKSOY Mehmet Ali, “2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 73/1, 2016, 279-318.
- ANN Christoph, *Patentrecht. Lehrbuch zum deutschen und europäischen Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht*, 8. Aufl., C.H. Beck, München, 2022.
- ASLAN Adem, *Türk Reklam Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ATILA YÖRÜK Pelin, *Reklamların Haksız Rekabet Boyutu Karşısında Tüketicilerin Korunması*, Savaş Kitabevi, Ankara, 2022.
- BENKARD Georg, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Patentkostengesetz*, 12. Auflage, C.H. Beck, München, 2023.
- BOGLER Anja, “Werbung mit Hinweisen auf zukünftigen oder bestehenden Patentschutz”, *DB (Der Betrieb)*, 1992/8, 413-416.
- BORNKAMM Joachim, “Die Werbung mit der Patentanmeldung”, *GRUR*, 2009, 227-230.
- BOZBEL Savaş, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- BUSSE Rudolf/KEUKENSCHRIJVER Alfred, *Kommentar zum Patentgesetz*, 9. Auflage, München, 2020.
- ÇELİK Feyzan Hayal, “Patent Sisteminin İşlevleri ve Bu İşlevlerin Etkinliğini Sağlayan Yasal Düzenlemeler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 23/3, 2006, 99-154.
- DEICHFUß Hermann/TOCHTERMANN Peter, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Patentkostengesetz* (ed. BENKARD Georg), 12. Auflage, C.H. Beck, München, 2023.

- GÖLE Celal, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983.
- GÜNGÜNEŞ ŞAHİN Hilal Betül, *Türk Ticaret Hukukunda Reklam Yoluyla Haksız Rekabet*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- GÜVEN Koray, “Reklam Hukuku Perspektifinden AB, Alman ve Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: ABAD’ın ‘Gut Springenheide’ Kararı Üzerinden Bir İnceleme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 28/120, 2015, 493-508.
- GÜZEL Yakup, *Reklam Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- INAL Emrehan/BAYSAL Başak, *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- JOHN Günther, “Die unberechtigte Schutzrechtsverwarnung im deutschen und österreichischen Recht”, *GRUR International*, 1979, 236-244.
- KARAASLAN Pelin, *Dolaylı Patent İhlali*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KAYA Arslan, “Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 55/4, 1997, 173-200.
- KAYA Arslan/DEMİR Koray, *Rekabet ve Haksız Rekabet Hukukunun Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024.
- KLUG Andrea, “Die Werbung mit gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten – Eine Bestandsaufnahme”, in: *Strategische Aktionsfelder des Patentmanagements*, Thomas Tiefel (Hrsg.), Deutscher Universitäts-Verlag, Wiesbaden, 2006, 133-179.
- KÖKER Ali Rıza/YALÇINER Uğur Gürşad, *Uzman Gözüyle Patent ve Faydalı Modelden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- KÜÇÜKDAĞLI Aysegül, “Avrupa Birliği, Alman, Türk Hukuklarında Tüketici Modelleri”, *TAÜHFD*, 2020/2, 145-178.

MES Peter, *Patentgesetz/Gebrauchsmustergesetz*, 6. Auflage, München, 2024.

NOMER ERTAN Füsün, *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

ÖZDEMİR Hayrunisa, “Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 53/3, 2004, 61-90.

ÖZTÜRK Özgür, *Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları*, Arıkan Basım, İstanbul, 2008.

PEKDİNÇER Tamer/YILMAZ Abdüssamet, *Reklam Sektöründe Hukuk ve Regülasyon*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.

PINAR Hamdi, “Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri”, *MÜHFHAD*, 2012/2, 129-156.

RINGS Rolf, “Patentmarketing”, *WRP (Wettbewerb in Recht und Praxis)*, 2009/2, 169-177.

SARAÇ Tahir, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

SULUK Cahit/KARASU Rauf/NAL Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

TEKELİOĞLU Numan, *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

TEKİNALP Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

YUSUFOĞLU Fülürya, *Patent Verilebilirlik Şartları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

İflâs Masraf Avansı*

Konkurskostenvorschuss

Araş. Gör. Dr. Fatih Tahiroğlu**

ÖZ

İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesinin birinci fıkrasında, iflâs talep eden alacaklının birinci alacaklılar toplantısına kadar olan giderlerden sorumlu olduğu; ikinci fıkrasında ise, mahkemenin bu giderler ile iflâs kararının kanun yolları için gereken tüm tebliğ masraflarını avans olarak talep edeceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı, devletin kamu kaynaklarının korunmasını sağlamak ve iflâs prosedürünün sürüncemede kalmasına engel olmaktır. İflâs masraf avansının yatırılması dava şartı olmayıp, mahkemenin iflâs kararı verebilmesi için gerekli olan şekli bir şart olarak nitelendirilebilir. Bu nedenle, iflâs masraf avansının yargılamanın başında tensip zaptı ile talep edilmesi isabetli değildir. İflâs davasında mahkeme depo kararı ile birlikte alacaklıdan iflâs masraf avansını yatırmasını istemelidir. Bu durumda, mahkeme iflâs talep eden alacaklıya kesin süre vermeli ve bu süre içinde avans yatırılmazsa, iflâs

* Bu makale, Türk-Alman Üniversitesi tarafından 25 Mayıs 2023 tarihinde düzenlenen “Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukunun Güncel Meseleleri Ulusal Sempozyumu”nda sunulan tebliğden geliştirilerek hazırlanmıştır. Makalede kullanılan Almanca kaynaklar, TÜBİTAK 2219 Yurt Dışı Doktora Sonrası Araştırma Bursu kapsamında Heidelberg Üniversitesi Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht kütüphanesinden temin edilmiştir. Desteklerinden dolayı TÜBİTAK’a teşekkür ederim.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (fatih@istanbul.edu.tr). ORCID: 0000-0002-6382-4942.



davasını reddetmelidir. Bununla birlikte, iflâs masraf avansını düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesi, borçlunun kendi iflâsını istemesinin zorunlu olduğu doğrudan iflâs hâllerinde uygulama alanı bulmamalıdır. Öte yandan, iflâs masraf avansının yüksek miktarlara ulaşabildiği ve iflâs talep eden alacaklıların bu avansı ödemekte zorluk yaşadıkları, yargı kararlarından anlaşılmaktadır. Bu nedenle, ödeme gücünden yoksun olan kişilerin mahkemeye erişimlerini sağlamak adına, iflâs masraf avansı açısından adli yardım kurumunun etkili bir şekilde işletilmesi büyük önem arz etmektedir. Son olarak, iflâs masraf avansı ile karşılanan masraflar masa masrafı olarak kabul edilmeli ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 248. maddesi gereği tasfiye sonunda alacaklıya öncelikle ödenmelidir.

Anahtar Kelimeler: *İflâs masraf avansı, iflâs giderleri, masa masrafı, dava şartı, adli yardım.*

Bankruptcy Expense Advance

ABSTRACT

In the first paragraph of Article 160 of the Enforcement and Bankruptcy Law, it is regulated that the creditor requesting bankruptcy is responsible for the expenses until the first creditors' meeting; and in the second paragraph, it is regulated that the court shall request these expenses and all the notification expenses required for the legal remedies of the bankruptcy decision as an advance payment. The purpose of this regulation is to ensure the protection of the state's public resources and to prevent the bankruptcy procedure from being dragged on. The deposit of the bankruptcy expense advance is not a procedural requirement, but can be considered a formal condition required for the court to issue a bankruptcy decision. Therefore, it is not appropriate to request the bankruptcy expense advance with a preliminary record at the beginning of the proceeding. In the bankruptcy case, the court should request the creditor to deposit the bankruptcy expense advance together with the deposit decision. In this case, the court must give a peremptory term to the creditor requesting bankruptcy and if the advance payment is not

made within this peremptory term, the bankruptcy case must be dismissed. However, Article 160 of the Execution and Bankruptcy Law, which regulates the advance payment for bankruptcy expenses, should not apply in cases of direct bankruptcy where the debtor is obliged to request its own bankruptcy. On the other hand, it is understood from the court decisions that the advance on bankruptcy expenses can reach high amounts and creditors requesting bankruptcy have difficulty in paying this advance. Therefore, in order to ensure that people who lack the financial means have access to the court, it is of great importance that the legal aid institution is operated effectively in terms of the advance on bankruptcy expenses. Finally, the expenses covered by the advance on bankruptcy expenses should be considered as desk expenses and should be paid to the creditor first at the end of the liquidation in accordance with Article 248 of the Enforcement and Bankruptcy Law.

Keywords: *Bankruptcy expense advance, bankruptcy expenses, desk expense, procedural requirement, legal aid.*

GİRİŞ

İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesinin birinci fıkrasında, iflâs talep eden alacaklının birinci alacaklılar toplantısına kadar ortaya çıkan masraflardan sorumlu olduğu; ikinci fıkrasında ise, mahkemenin bu masraflar ile iflâs kararının kanun yolları için gereken tüm tebliğ masraflarını avans olarak isteyeceği düzenlenmiştir. Ancak iflâs prosedürü yürütülüyorsa, yani henüz sona ermemişse, alacaklının sorumluluğu masa malvarlığının sorumluluğuna kıyasla tali (ikincil) niteliktedir¹. Nitekim ortaya çıkan masraflardan öncelikle masa

¹ Werner Baumann, *Die Konkurseröffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1979, s. 94; Philippe Nordmann, *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II*, (Hrsg.) Adrian Staehelin/ Thomas Bauer/ Daniel Staehelin, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010, Art. 169 N. 6; kesin bir sorumluluk olmadığı şeklinde bkz. Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1090; Baki

malvarlığı sorumludur². Alacaklının sorumluluğu ancak masa malvarlığının yeterli olmaması hâlinde söz konusu olur³.

Bu bağlamda, İsviçre hukukunda doktrinde⁴ ve yargı kararlarında⁵, birden fazla alacaklının iflâs talebinde bulunması hâlinde, iflâs masraf avansının tamamından her bir alacaklının müteselsilen sorumlu olduğu belirtilmektedir. Nitekim Türk hukukunda da yargı kararlarında, birden fazla alacaklının iflâs talebinde bulunması hâlinde, iflâsın tekliği ilkesi gereği, her bir alacaklı için ayrı ayrı masraf avansı yatırılmasının gerekmediği, tek bir avansın yatırılmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir⁶.

Kuru/ Burak Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 368.

² Nordmann, Art. 169 N. 6.

³ Philip Talbot, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, (Hrsg.) Jolanta Kren Kostkiewicz/ Dominik Vock, 4. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2017, Art. 169 N. 3. Bu konu hakkında aşağıda bkz. VIII.

⁴ Talbot, Art. 169 N. 4; Eugen Fritschi, *Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung*, Schulthess Juristische Medien AG, 2010, s. 210; Nordmann, Art. 169 N. 9; Jolanta Kren Kostkiewicz, *SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen*, 20. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2020, Art. 169 N. 7.

⁵ BGE 53 III 156, 158; Urteil (Zürich, Obergericht) vom 11.11.1994 (ZR, 94/1995, s. 179).

⁶ “[...] İflas isteyen alacaklı, İİK’nın 181. maddesi yollamasıyla 160. maddesi uyarınca, birinci alacaklılar toplantısına kadar gerekli masrafları mahkeme veznesine peşin olarak yatırmak zorunda olup, söz konusu husus özel olarak düzenlenmiş bir dava şartıdır. Bu giderler, iflas ilanı, defter tutulması, muhafaza tedbirleri ve iflasın açıldığı için gereken yerlere bildirilmesi gibi birinci alacaklılar toplantısına kadar yapılacak işlemler için gerekli olan giderlerdir. Bu giderler, iflasın tekliği ilkesi gereği, iflas isteyen alacaklı sayısından bağımsız olarak, bir kez yapılacak giderlerdir. Diğer bir anlatımla her bir alacaklı için bu giderlerin ayrı ayrı yapılması gibi bir durum söz konusu değildir. O halde, birden fazla alacaklı tarafından birlikte iflas davası açılması halinde tek masraf avansı yatırılması yeterlidir. Somut olayda, iflas isteyen davacı alacaklılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı olmasına rağmen, iflasın tekliği ilkesi gereği tüm davacılardan tek iflas avansı alınması gerekir. Mahkemece bu husus nazara alınmadan her bir alacaklının

İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesinin bir amacı, iflâs masraflarını güvence altına alarak devletin kamu kaynaklarını korumaktır⁷. Bir başka deyişle, bu hükmün temelinde, devletin iflâs masraflarını üstlenmek zorunda kalmasını önleme düşüncesi yatmaktadır⁸. Bu düzenlemenin bir diğer amacı da iflâs prosedürünün sürüncemede kalmasına engel olmaktadır⁹.

Bununla birlikte, İsviçre hukukunda doktrinde, alacaklıların iflâs masraflarından bu şekilde sorumlu tutulmasına yönelik çeşitli eleştiriler bulunmaktadır. Buna göre, alacaklılar önemli miktarlara ulaşabilen ve baştan tam olarak öngörülemeyen iflâs giderlerinden çekindikleri için iflâs talebinde bulunmaktan kaçınabilirler¹⁰. Bu durum, iflâsın çok geç, yani alacaklıların alacağını karşılayabilecek malvarlıkları tüketildikten sonra açılmasına da neden olabilir¹¹. Böylece mevcut düzenleme

ayrı ayrı olmak üzere 18.000,00 TL iflas ve iflas ilan giderlerini mahkeme veznesine depo etmeleri için ara karar tesis edilerek, davacıların bu giderlerin karşılanmasına yönelik adli yardım talepleri de reddedilerek, söz konusu masraflar kesin süreye rağmen yatırılmadığı gerekçesiyle, davanın ayrı ayrı usulden reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir [...]” Yarg. 6. HD., E. 2022/5408, K. 2023/980, T. 9.3.2023, (Lexpera); aynı yönde bkz. Yarg. 6. HD., E. 2023/968, K. 2023/750, T. 27.2.2023, (Lexpera).

⁷ İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesinin karşılığını oluşturan İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun 169. maddesi bakımından bkz. Franco Lorandi/Rico A. Camponovo, “Ein Vorschlag zur Revision des SchKG – Kautionspflicht, Vorschusspflicht, Armenrecht und Art. 169 SchKG bei Konkurs- und Nachlassmassen im Visier”, *Der Schweizer Treuhänder*, 7-8/92, s. 428; Nordmann, Art. 169 N. 2.

⁸ İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesinin karşılığını oluşturan İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun 169. maddesi açısından bkz. Franco Lorandi, “Gedanken zur Effektivität unseres Systems zur Vollstreckung von Geldforderungen”, *AJP/PJA*, 11/2020 s. 1417.

⁹ Karş. Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 555.

¹⁰ Lorandi/Camponovo, s. 428; Nordmann, Art. 169 N. 5.

¹¹ Adrian Staehelin, “Die Revision des SchKG”, *BlSchK*, 1990, s. 171; Nordmann, Art. 169 N. 5.

istemedenden de olsa malvarlığı değerlerinin önemli ölçüde yok olmasına yol açabilmektedir¹².

Nitekim bu sebeple İsviçre hukukunda doktrinde bir görüş, İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesinin karşılığı olan İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun 169. maddesinin, yerine herhangi bir ikame düzenleme getirilmeksizin, tamamen kaldırılmasını savunmaktadır¹³. Benzer şekilde, doktrinde bir başka görüş, iflâsın açılması esasen hem diğer alacaklıların hem de kamunun menfaatini ilgilendirdiği için, tüm masrafların tek bir alacaklı tarafından karşılanması makul olmadığını belirtilerek, iflâs masraf avansı yükümlülüğünün tamamen kaldırılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁴. Ancak İsviçre kanun koyucusu, bu görüşlere rağmen söz konusu hükmü yürürlükten kaldırmamıştır¹⁵.

Türk hukukuna bakıldığında ise, bazı yargı kararlarında tarafların iflâs masraf avansının yüksek olduğunu belirttikleri görülmektedir¹⁶. Yine bir Bölge Adliye Mahkemesi kararında, karşı oy

¹² Lorandi, s. 1418.

¹³ Staehelin, s. 171; Lorandi/Camponovo, s. 428; Lorandi, s. 1418.

¹⁴ Talbot, Art. 169 N. 11.

¹⁵ Nordmann, Art. 169 N. 5.

¹⁶ “[...] İstinaf yasa yoluna başvuran davacı vekili istinaf dilekçesinde özetle: Davanın açılış tarihinin 23.06.2009 olduğunu, 52 celse boyunca sürdüğünü ve yargılama süruncemede bırakıldıktan sonra taraflarına fahiş miktarda iflas avansı yatırılması hususunda kesin süre verildiğini, davada kooperatif kayıtlarının kooperatif merkezinde olmasına rağmen bir türlü dosyaya kazandırılmadığını, gerekli incelemelerin yapılmadığını, eksik inceleme ile karar verildiğini ve kooperatif kayıtlarının dosyaya alınmadan bilirkişi raporu aldırıldığını, tüm bu işlemler neticesinde iflas avansının yatırılmaması sebebiyle davanın usulden reddedilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu beyan ederek yerel mahkeme kararının kaldırılmasını talep etmiştir. [...]” Ankara BAM 23. HD., E. 2021/617, K. 2021/626, T. 14.4.2021, (Lexpera); [...] Davacı vekili istinaf dilekçesinde özetle: İflas avansı miktarının fazlalığı nedeniyle anılan miktarın mahkeme veznesine yatırılmadığını, sürenin uzatılmasına ilişkin talepleri ile ilgili olumlu olumsuz bir değerlendirme yapılmadığını, covid 19 salgının başlamasıyla beraber ticari hayatta bir takım belirsizlikler yaşandığını ve ekonominin durma noktasına geldiğini bu sebeplerle belirlenen miktarın taraflarınca yatırılmadığını, kesin sürenin makul olmadığını ve usulüne uygun olarak verilmediğini, avans miktarının

yazısında, işçilerin iflâs masraf avansını bireysel olarak karşılamalarının, ekonomik güçlerini aşabilecek düzeyde olabileceği belirtilmiştir¹⁷.

Bunun yanı sıra, Türk hukukunda İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesiyle ilgili başka tartışmalar ve meseleler de bulunmaktadır. Bu kapsamda, iflâs masraf avansının uygulama alanı, hukukî niteliği, ne zaman talep edileceği gibi konularda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Ayrıca iflâs masraf avansının kapsamının ve miktarının da mevzuatta açık bir şekilde belirlenmediği görülmektedir.

İflâs masraf avansını ele alan bu çalışmada öncelikle, İsviçre hukukuyla karşılaştırmalı olarak, iflâs masraf avansına ilişkin hukukî düzenlemeye ve bu düzenlemenin tarihsel gelişimine yer verilmiştir. Daha sonra ise sırasıyla iflâs masraf avansının kapsamı ve miktarı, hukukî niteliği, ne zaman talep edileceği, uygulama alanı, adlî yardım imkânı, yatırılmamasının sonuçları ve geri alınması incelenmiştir.

I. İFLÂS MASRAF AVANSINA İLİŞKİN HUKUKÎ DÜZENLEME VE TARİHSEL GELİŞİMİ

İflâs masraf avansı İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, *"İflas isteyen alacaklı ilk alacaklılar toplantısına kadar olan masraflardan sorumludur"* (f. 1). *"Mahkeme, bu masraflar ile iflas kararının kanun yolları için gerekli bütün tebliğ masraflarının peşin verilmesini ister"* (f. 2). İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesinin karşılığı olan İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun 169. maddesi ise şu şekildedir: *"İflâs talep eden kişi, aktif malvarlığının*

hakimin takdirinde olduğunu, hak arama hakkını ortadan kaldırıcı nitelikte olduğunu, iflas avansına ilişkin bu kadar yüksek miktarda hüküm kurulmasının ülkemizde iflasların engellenmesine yol açtığını beyan ederek, yerel mahkeme kararının istinaf incelemesi neticesinde kaldırılmasını, yeniden yargılama yapılarak davalının iflasına karar verilmesini talep etmiştir. [...]" Ankara BAM 23. HD., E. 2021/1114, K. 2021/988, T. 23.6.2021, (Lexpera).

¹⁷ [...] Diğer taraftan iflas davalarının tartışmasız gereği "iflas avansı" (İİK m.160) da her bir işçinin tek başına altından kalkabileceği bir husus değildir. Üretime yönelik çalışan bir işletmenin iflas tasfiyesi giderlerinin peşin yatırılması bireysel anlamda işçilerin ekonomik gücünü aşabilecek düzeyde olabilir. [...] Ankara BAM 23. HD., E. 2024/938, K. 2024/1022, T. 9.7.2024, Karşı Oy Yazısı, (Lexpera).

bulunmamasından dolayı iflâs tasfiyesinin tatiline kadar (m. 230) ya da alacaklıların davetine kadar (m. 232) ortaya çıkan masraflardan sorumludur” (f. 1). “Mahkeme alacaklıdan uygun bir masraf avansı talep edebilir” (f. 2)¹⁸.

Bu noktada, her iki maddenin de zaman içerisinde değişikliğe uğramış olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim İcra ve İflâs Kanunu’nun 160. maddesi ilk hâli şu şekildeydi: *“İflas isteyen alacaklı ilk alacaklılar toplanmasına kadar olan masraflardan mes’uldür” (f. 1). “Mahkeme masraflarının peşin verilmesini isteyebilir (f. 2)”*. 1965 yılında 538 sayılı Kanun’la¹⁹ yapılan değişiklikle madde şu şekli almıştır: *“İflas isteyen alacaklı ilk alacaklılar toplantısına kadar olan masraflardan sorumludur” (f. 1). “Mahkeme, masrafların peşin verilmesini ister (f. 2)”*. Bu değişikliğin gerekçesi, mahkemeye masraf avansını zorunlu olarak talep etme yetkisi verilerek, iflâs dairesinin masraf alınmadığı için gerekli bildirimleri yapamaması ve iflâs kararının ilan edilememesi gibi aksaklıkların önüne geçme amacı olarak açıklanmıştır²⁰. Görüldüğü üzere, bu değişiklikle mahkemenin iflâs avansını talep edip etmeme konusundaki takdir yetkisi kaldırılmıştır.

1988 yılında ise, maddenin ikinci fıkrası 3494 sayılı Kanun’la²¹ değiştirilerek bugünkü hâlini almıştır. Bu değişiklik ile iflâs kararının

¹⁸ Hüküm şu şekildedir: *“Wer das Konkursbegehren stellt, haftet für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230) oder bis zum Schuldenruf (Art. 232) entstehen” (f. 1). “Das Gericht kann von dem Gläubiger einen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen” (f. 2).*

¹⁹ 538 sayılı 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun, R.G., 06.03.1965, S. 11946.

²⁰ Bkz. 538 sayılı 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun’un gerekçesi (Mustafa Oskay/Coşkun Koçak/Adnan Deynekli/Ayhan Doğan, *İİK Şerhi 100-176/b Maddeler*, C. 3, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 3900).

²¹ 3494 sayılı 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, 3182 Sayılı Bankalar Kanununun İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun, R.G., 25.11.1988, S. 20000.

kesinleşmesini sağlamak amacıyla tebliğ masraflarının taraflardan avans olarak alınması zorunlu hâle getirilmiştir²².

İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun 169. maddesi ise, 1994 yılında yapılan ve 1997 yılında yürürlüğe giren değişiklikle bugünkü şeklini almıştır²³. 1994 revizyonu öncesinde, maddeye göre, iflâs talep eden alacaklı, ilk alacaklılar toplanmasına (m. 235) kadar ortaya çıkan masraflardan sorumluydu²⁴. Ancak 1994 revizyonuyla bu sorumluluk daraltılmış ve alacaklının yükümlülüğü, aktif malvarlığı bulunmaması nedeniyle tasfiyenin tatil edilmesine (m. 230) veya alacaklıların davetine (m. 232) kadar olan masraflarla sınırlandırılmıştır²⁵. Çünkü en geç bu aşamada, iflâsın yürütülmesi için yeterli malvarlığının olup olmadığı tespit edildiğinden, söz konusu düzenleme yerinde görülmektedir²⁶. Nitekim yeterli malvarlığı mevcutsa, alacaklının daha fazla sorumluluk altına girmesi gerekmez²⁷.

Aynı kanun değişikliği ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 181. maddesini²⁸ karşılayan İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun 194. maddesinde de değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikle, sermaye şirketlerine ve kooperatiflere karşı doğrudan iflâsı düzenleyen İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun 192. maddesi açısından iflâs masraf avansına ilişkin 169. maddenin uygulama alanı bulmayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır²⁹.

²² Bkz. 3494 sayılı 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, 3182 Sayılı Bankalar Kanununun İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun'un gerekçesi (Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s. 3900).

²³ Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 16. Dez. 1994, in Kraft seit 1. Jan. 1997 (AS 1995 1227; BBI 1991 III 1).

²⁴ Hüküm şu şekildeydi: *“Der Gläubiger, welcher das Konkursbegehren stellt, haftet für die bis zur ersten Gläubigerversammlung (Art. 235) entstehenden Kosten”* (f. 1).

²⁵ Nordmann, Art. 169 N. 4.

²⁶ Botschaft, s. 110; Nordmann, Art. 169 N. 4.

²⁷ Botschaft, s. 110; Nordmann, Art. 169 N. 4.

²⁸ İcra ve İflâs Kanunu'nun 181. maddesine göre, *“159, 160, 164, 165 ve 166 ncı maddeler bu fasıl hükmüne göre vukua gelen iflaslara da tatbik olunur.”*

²⁹ Bu konu hakkında ayrıca bkz. Botschaft, s. 118, 119.

Bundan sonra, İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun 169. maddesinde bir değişiklik yapılması daha gündeme gelmiş, 2015 yılında Federal Konsey tarafından hazırlanan tasarıyla, alacaklıların borçluya karşı haklarını kullanırken karşılaştıkları engelleri ortadan kaldırarak iflâs hukukunun kötüye kullanılmasını zorlaştırmak amaçlanmıştır³⁰. Nitekim tasarıda, borçlunun bir tüzel kişi olması hâlinde, şirket tarafından atanan ve ticaret siciline kaydedilen üst yönetim ve idare organının son üyelerinin, belirli koşullar altında iflâs masraflarından müteselsilen sorumlu tutulması öngörülmüştür³¹. Ancak bu değişiklik önerisi eleştirilmiş ve yasalaşmamıştır³².

Görüldüğü üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesinin ilk hâli, İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun 169. maddesinin değişiklik öncesi düzenlemesiyle aynı içeriğe sahipti. Ancak sonraki değişikliklerle birlikte iki hukuk sistemi arasında farklılıklar oluşmuştur.

II. İFLÂS MASRAF AVANSININ KAPSAMI VE MİKTARI

İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesinin birinci fıkrasında, iflâs talep eden alacaklının birinci alacaklılar toplantısına kadar olan masraflardan sorumlu olduğu; ikinci fıkrasında ise, mahkemenin bu masraflar ile iflâs kararının kanun yolları için gereken tüm tebliğ masraflarını avans olarak talep edeceği düzenlenmiştir. Ancak Kanun'da iflâs masraf avansının hangi masraf kalemlerinden oluştuğu açıkça belirtilmemiştir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesi dikkate alındığında, iflâs masraf avansının kapsamına birinci alacaklılar toplantısına kadar olan masraflar ile iflâs kararının kanun yolları için gerekli olan tüm tebliğ masraflarının dâhil olduğu söylenebilir (İİK m. 160)³³.

Birinci alacaklılar toplantısına kadar olan masraflara şunlar örnek olarak sayılabilir: re'sen alınacak muhafaza tedbirleri (m. 159/1)

³⁰ Talbot, Art. 169 N. 10.

³¹ Talbot, Art. 169 N. 10.

³² Talbot, Art. 169 N. 10.

³³ Kuru, El Kitabı, s. 1117; S. Serhat Kırtıloğlu, *İflâs Davası*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 200.

ıflâs kararının harçlandırılması, ilgili yerlere bildirilmesi ve ilanı (m. 166), defter tutulması (m. 208), ıflâs dairesince alınacak teminat tedbirleri (m. 210), defteri tutulan mallar için yapılacak kıymet takdiri (m. 214), gerekmesi durumunda tasfiyenin tatili kararının ilanı (m. 217), basit tasfiye kararının ilanı (m. 218/II), adi tasfiyenin ilanı (m. 219) için yapılması gereken harcamalardır³⁴.

Görüldüğü üzere, ıflâs masraf avansından karşılanacak giderlerin bir kısmı ıflâs yargılaması sırasında ortaya çıkarken -örneğin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 159. maddesi gereği mahkemece alınacak muhafaza tedbirlerinin gerektirdiği masraflar-, büyük bir kısmı ıflâs kararının verilmesinden sonra, tasfiye sürecinin başlangıç aşamasında gerçekleştirilecek işlemler nedeniyle doğmaktadır³⁵. Bu noktada, ıflâs masraf avansının kapsamını daha iyi tespit edebilmek için, yargılamada söz konusu olabilecek diğer avans türleriyle arasındaki farkı ortaya koymak gerekmektedir.

³⁴ Bu konu hakkında genel olarak bkz. Burhan Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1966, s. 35; Eyüp Sabri Erman, "Kambiyo Senetlerine Müstenit İflâs", *AD*, S. 7-10, 1967, s. 550; Necmeddin M. Berkin, *İflâs Hukuku*, 4. Bs., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 142; Kuru, El Kitabı, s. 1090; Kuru/Aydın, s. 367-368; Oğuz Atalay, *Anonim Şirketlerin İflâsı*, İzmir, 1996, s. 97; Oğuz Atalay, "Bankaların İflas Sebepleri ve İflas Davası", *İzBD*, S. 2, 1997 s. 122; Sümer Altay, *Türk İflâs Hukuku*, C. I, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 140; İbrahim Aşık/*Yakup Oruç*/Ozan Tok/Ömer Faruk Saçar, *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 565; Yakup Oruç/Furkan Bilge, "Türk İflâs Hukukunda Tasfiye Masrafları Bağlamında İflâs Tasfiyesinin Akıbetinin Belirlenmesi", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2, 2024, s. 713; "[...] İflas isteyen alacaklı, İİK'nın 181. maddesi yollamasıyla 160. maddesi uyarınca, birinci alacaklılar toplantısına kadar gerekli masrafları mahkeme veznesine peşin olarak yatırmak zorunda olup, söz konusu husus özel olarak düzenlenmiş bir dava şartıdır. Bu giderler, iflas ilanı, defter tutulması, muhafaza tedbirleri ve iflasın açıldığının gereken yerlere bildirilmesi gibi birinci alacaklılar toplantısına kadar yapılacak işlemler için gerekli olan giderlerdir [...]" Yarg. 6. HD., E. 2022/5408 K. 2023/980, T. 9.3.2023, (Lexpera).

³⁵ Benzer şekilde bkz. ve karş. Oruç/Bilge, s. 713.

İflâs davasındaki masraflar da esasen diğer davalardaki yargılama giderleri gibidir³⁶. Nitekim bu dava açılırken diğer davalarda olduğu gibi dava şartı olan gider avansı yatırılır (HMK m. 114/1-g; 120/1)³⁷. Gider avansı, davanın yürütülmesi açısından gerekli olan tebligat gibi dosya kapsamında yapılması zorunlu olan işlemlerle ilgili masraflar için yatırılan avanstır³⁸. Yine bu davada ikamesi talep edilen deliller için yargılama sırasında delil avansı da yatırılır (HMK m. 324). Delil avansı, delillerin dava dosyasına sunulması, dinlenmesi ve yargılamaya getirilmesi için ihtiyaç duyulan masrafları karşılamak üzere yatırılan avanstır³⁹.

İflâs masraf avansı ise, her ne kadar bazen iflâs yargılaması sırasında ortaya çıkan masraflar için gerekli olsa da, esasen yargılamayı yürütmek için değil, iflâs ve tasfiye sürecine ilişkin işlemlerin gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla alınmaktadır. Bu yönüyle, iflâs masraf avansı, gider avansının ve delil avansının kapsamı dışında kalan,

³⁶ Berkin, İflâs, s. 141; Kuru, El Kitabı, s. 1090; Kuru/Aydın, s. 367; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 10. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 588; Kırtıloğlu, s. 116; Aşık/Oruç/Tok/Saçar, s. 550.

³⁷ Kuru, El Kitabı, s. 1114; Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 10. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 415; Abdurrahim Karşı, *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, 4. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 787; Mustafa Serdar Özbek, *Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansı*, 4. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 186; “[...] Alacaklının iflas davası açarken, normal alacak davasında olduğu gibi, gider avansı yatırması gerekir (HMK.114/l-g, m. 120). Bu gider avansı, davacı alacaklının (İİK. m. 160 gereğince) depo kararı üzerine yatırması gereken iflas masraf avansından farklıdır. Gider avansı, iflas davasını açarken yatırılır (HMK m. 120), iflas masraf avansı (İİK. m. 160) ise, depo kararı üzerine yatırılır [...]” Yarg. HGK., E. 2012/1180, K. 2012/1182, T. 12.12.2012, Karşı oy yazısı, (Lexpera).

³⁸ Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 11. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 571; Oğuz Atalay, *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2400; Özbek, s. 139.

³⁹ Pekcanıtez/Atalay/Özkes, s. 571; Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 2400; Özbek, s. 139.

doğrudan iflâs sürecinin yürütölmesine hizmet eden masraflar bakımından uygulama alanı bulur. Örneğin, yukarıda belirtildiği üzere, iflâs yargılaması sırasında İcra ve İflâs Kanunu'nun 159. maddesi gereği mahkemece alınabilecek muhafaza tedbirlerine ilişkin masraflar iflâs masraf avansının kapsamına girer. Buna karşılık, gider avansının kapsamına giren tebligat masrafları veya delil avansının kapsamına giren tanık ve bilirkişi masrafları iflâs masraf avansının konusunu oluşturmaz.

Bu noktada, iflâs talep eden alacaklının tasfiyenin tatil edilmesi hâlinde ya da basit tasfiye usûlünün uygulanması durumunda masraflardan hangi aşamaya kadar sorumlu olacağı meselesi üzerinde durulmalıdır. Şöyle ki, İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesinin birinci fıkrasında, iflâs talep eden alacaklının birinci alacaklılar toplantısına kadar olan masraflarda sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Oysa basit tasfiye usulünde alacaklılar toplanması yoktur⁴⁰. Keza tasfiyenin tatil edilmesi hâlinde de bir tasfiye söz konusu olmadığından, alacaklılar toplanması da söz konusu olmaz⁴¹.

Kanaatimizce basit tasfiye usulünün uygulanması durumunda, iflâs isteyen alacaklı iflâs dairesinin tasfiyenin bu usûle göre yapılmasına karar verip bunu ilân etmesine kadar ortaya çıkan masraflardan sorumlu tutulmalı, bu ilândan sonra doğan masraflardan ise sorumlu olmamalıdır⁴². Nitekim İcra ve İflâs Kanunu'nun 218. maddesinin ikinci fıkrasında, söz konusu ilân üzerine alacaklılardan birinin masrafları peşin ödeyerek tasfiyenin adi usûle göre yapılmasını talep edebileceği düzenlenmiştir (c. 2). Benzer şekilde, tasfiyenin tatiline karar verilmesi

⁴⁰ Kuru, El Kitabı, s. 1387; Kuru/Aydın, s. 476; Saim Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 8. Bs., İstanbul 2009, s. 219; Seyithan Deliduman, *İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 51; Güray Erdönmez, *İflâsta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 32; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 480; Bununla birlikte, iflâs dairesi gerekli görürse, alacaklıları toplantıya çağırabilir (Kuru, El Kitabı, s. 1387; Deliduman, Alacaklılar Toplanması, s. 51; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 480; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 604).

⁴¹ Deliduman, Alacaklılar Toplanması, s. 53.

⁴² Oruç/Bilge, s. 715.

durumunda da iflâs talep eden alacaklı bu kararın ilan edilmesine kadar doğan masraflardan sorumlu tutulabilir⁴³.

İflâs masraf avansının miktarı konusunda da İcra ve İflas Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa gider avansı ve konkordato gider avansının miktarı, ilgili mevzuat gereği Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan tarifelerle belirlenmektedir. İflâs masraf avansına ilişkin bir düzenleme bulunmaması ise, mahkemeler arasında farklı uygulamalara yol açabilecek niteliktedir. Ayrıca iflâs talep eden alacaklı iflâs başvurusunda bulunmadan önce yatırması gereken avans miktarını tam olarak bilemeyebileceğinden, bu durum öngörülebilirlik açısından da sorun teşkil edebilir. Nitekim uygulamada, iflâs talep eden alacaklının iflâs masraf avansı olarak (2024 yılı için) yaklaşık 50.000 ila 80.000 Türk lirası arasında bir miktar yatırdığı belirtilmektedir⁴⁴. Bu itibarla, iflâs masraf avansının kapsamına giren masraf kalemleri ve miktarı hakkında kanunî bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Bu sayede örneğin, iflâs kararının kanun yolları için gerekli olan tebliğ giderleri, iflâs kararının ilanı ve ilgili yerlere bildirilmesi, defter tutulması, iflâs dairesince alınacak teminat tedbirleri, defteri tutulan mallar için yapılacak kıymet takdiri ile tasfiyenin şekline (adi tasfiye veya basit tasfiye) ya da tasfiyenin tatili kararına ilişkin yapılacak ilan gibi masraf kalemleri ve bunların bedelleri açıkça belirlenebilir. Böyle bir düzenleme hem mahkemeler arasında farklı uygulamaların ortaya çıkmasını önleyebilir hem de alacaklılar için iflâs sürecine ilişkin masrafların daha öngörülebilir hâle gelmesini sağlayabilir.

III. İFLÂS MASRAF AVANSININ HUKUKÎ NİTELİĞİ

İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesi gereğince, mahkeme iflâs masraf avansını talep etmek zorundadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, mahkemenin iflâs masraf avansını talep edip etmemesi yönünde bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu noktada, iflâs masraf avansının hukukî niteliği tartışmalıdır.

⁴³ Oruç/Bilge, s. 715.

⁴⁴ Aşık/Oruç/Tok/Saçar, s. 565.

Yargı kararlarında, iflâs masraf avansının yatırılması bir dava şartı olarak kabul edilmektedir⁴⁵. Doktrinde de bu yönde bir görüş mevcuttur⁴⁶. Ancak doktrinde ağırlıklı görüşe göre, iflâs masraf avansının yatırılması, yalnızca iflâs kararının verilebilmesi için gerekli şekli bir şarttır⁴⁷. Görüldüğü üzere, bu görüş iflâs masraf avansının yatırılmasını dava şartı olarak nitelendirmemektedir.

İsviçre hukukunda ise, mahkemenin avans talep edip etmeme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır⁴⁸. Eğer mahkeme avans talep etmişse, bunun yatırılmasının dava şartı olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁴⁹.

İflâs masraf avansının dava şartı olup olmadığını değerlendirebilmek için öncelikle dava şartlarının genel çerçevesine kısaca değinmek gerekir. Bir davada esas hakkında incelemeye geçilebilmesi ve esas hakkında karar verilebilmesi için bulunması veya

⁴⁵ “[...] 6100 sayılı HMK’nın 114/1.maddesinde dava şartları sayılmış ve 114/2 maddesinde ise “Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır.” hükmüne yer verilmiştir. İİK’nın 160.maddesi gereğince iflas isteyen alacaklı gerekli masrafları mahkeme veznesine peşin olarak yatırmak zorunda olup, söz konusu husus özel olarak düzenlenmiş bir dava şartıdır [...]” İstanbul BAM 45. HD., E. 2023/1596, K. 2023/1215, T. 13.9.2023, (Lexpera); aynı yönde bkz. İzmir BAM 17. HD., E. 2023/226 K. 2023/857, T. 4.5.2023, (Lexpera); Yarg. 6. HD., E. 2022/5408, K. 2023/980, T. 9.3.2023, (Lexpera); İzmir BAM 17. HD., E. 2022/2015, K. 2023/256, T. 15.2.2023, (Lexpera); İstanbul BAM 45. HD., E. 2021/21, K. 2021/526, T. 18.5.2021, (Lexpera).

⁴⁶ Aşık/Oruç/Tok/Saçar, s. 565; Oruç/Bilge, s. 714.

⁴⁷ Kuru, El Kitabı, s. 1124; Atalay, Anonim Şirketler, s. 97; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 417; Ömer Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 375; iflâs kararı verilebilmesi için karşılanması gereken bir şart olduğu yönünde bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra*, s. 555.

⁴⁸ Talbot, Art. 169 N. 7; Peter Diggelmann, *Kurzkomentar SchKG*, (Hrsg.) Daniel Hunkeler, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, Art. 169 N. 5; Fritschi, s. 208.

⁴⁹ Talbot, Art. 169 N. 9; Diggelmann, Art. 169 N. 5; Fritschi, s. 208.

bulunmaması aranan koşullara dava şartları denir⁵⁰. Dava şartları genel dava şartları ve özel dava şartları olmak üzere ikiye ayrılır. Genel dava şartları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin birinci fıkrasında sayılmıştır. Bunların yanında, çeşitli kanunlarda bazı davalar bakımından özel dava şartları da öngörülmüştür (HMK m. 114/2). Ancak bazı özel dava şartları açıkça bu şekilde adlandırılmamıştır. Dava şartlarının tanımı dikkate alındığında, bir şartın özel dava şartı olup olmadığını tespit edebilmek için öncelikle, bu şartın davanın esasının incelenmesini engelleyip engellemediğine bakmak gerekir⁵¹.

Bu çerçevede, iflâs masraf avansının yatırılmasının dava şartı olarak kabul edilmesi kanaatimizce isabetli değildir. Zira bu avans esasen yargılama faaliyetlerine ilişkin bir avans niteliğinde değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, iflâs masraf avansı esasen yargılamayı yürütmek için değil, iflâsa ve tasfiye sürecine ilişkin işlemlerin gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla alınmaktadır. Bu nedenle, söz konusu masraflar için talep edilen iflâs masraf avansının yatırılmaması

⁵⁰ Baki Kuru, "Dava Şartları", *Makaleler*, Arıkan, 2006, s. 149; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, 6. Bs., İstanbul, 2001, s. 1343-1344; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 10. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 327; Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 8. Bs., Beta İstanbul, 2011, s. 190; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 211-212; Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 927; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 699; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 7. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 338-339; L. Şanal Görgün/ Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 216; Alper Tunga Küçük, *Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 98; Vildan Peksöz, "Hak Düşürücü Sürelerin Dava Şartı Olarak Nitelendirilme(me)si", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s. 108; Servet Kantarcioğlu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. Maddesi Çerçevesinde Medenî Usûl Hukukunda Dava Şartlarının İncelenmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 11-12.

⁵¹ Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s. 950; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 218; Peksöz, s. 109; Kantarcioğlu, s. 51, 62-63.

İflâs davasının esasının incelenmesine engel teşkil etmez. Kaldı ki, İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesinden de iflâs masraf avansının yatırılmamasının davanın esasının incelenmesine engel olacağına dair bir sonuç çıkmamaktadır. Dolayısıyla bu avans yatırılmasa da hâkim iflâs davasının esasına girip yargılama yapabilir.

Bununla birlikte, iflâs talep eden alacaklı söz konusu iflâs masraf avansını yatırmadıkça, asliye ticaret mahkemesi iflâs kararı veremez⁵². Görüldüğü üzere, bu durumda iflâs masraf avansının yatırılmamış olması, davanın esastan incelenmesine engel teşkil etmese de, esas hakkında karar verilebilmesine engel teşkil eder. Bu nedenle, iflâs masraf avansının yatırılması, dava şartı niteliğinde olmasa da iflâs davasında karar verilebilmesi için yerine getirilmesi gereken bir şarttır. O hâlde, doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, iflâs masraf avansının yatırılması, mahkemenin iflâs kararı verebilmesi için gerekli olan şekli bir şart olarak nitelendirilebilir⁵³. Bu durumda, iflâs talep eden alacaklıya kesin süre verilmeli ve bu süre içinde avans yatırılmazsa, mahkeme iflâs davasını reddetmelidir⁵⁴.

Öte yandan, aşağıda da ifade edileceği üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nun 159. maddesi gereğince mahkemece muhafaza tedbirleri alınması söz konusu olursa, tedbirin gerektirdiği masraflar için iflâs masraf avansı yargılama sırasında talep edilebilir⁵⁵. Ancak bu durumda

⁵² Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 869; Atalay, Anonim Şirketler, s. 97; Atalay, Bankalar, 122; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 417, 419; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, *İcra*, s. 555; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1294; Ulukapı, s. 375; L. Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 392. İsviçre hukuku açısından aynı yönde bkz. Dominik Vock/Danièle Meister-Müller, *SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO*, 2. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2018, s. 251.

⁵³ Kuru, El Kitabı, s. 1124; Atalay, Anonim Şirketler, s. 97; Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 417; Ulukapı, s. 375.

⁵⁴ Erman, s. 550; Gürdoğan, s. 35; Atalay, Anonim Şirketler, s. 101; Atalay, Bankalar, s. 122. İflâs davasının reddine değil, ertelenmesine (talikine) karar verilebileceği yönünde bkz. Berkin, İflâs, s. 132, 139.

⁵⁵ Gürdoğan, s. 35 dn. 86.

da iflâs masraf avansının yatırılması iflâs davası açısından dava şartı teşkil etmez. Zira söz konusu avansın yatırılmaması iflâs davasının esastan incelenmesini değil, sadece geçici hukukî koruma⁵⁶ kararı verilmesini engeller⁵⁷.

IV. İFLÂS MASRAF AVANSININ TALEP EDİLECEĞİ ZAMAN

İflâs masraf avansının ne zaman talep edileceği İcra ve İflâs Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Yargıtay eski tarihli bir kararında, takipli iflâsta iflâs masraf avansının talep edilebilmesi için en azından itirazın kaldırılmasının şartlarının oluşması gerektiğini belirtmiştir⁵⁸. Ancak günümüzde uygulamada, mahkemeler iflâs masraf avansını dava şartı olarak değerlendirmekte ve avansın yatırılmasını

⁵⁶ Muhafaza tedbirlerinin hukukî niteliğinin geçici hukukî koruma olduğu konusunda bkz. Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 805; İbrahim Aşık/ K. Haluk Eruygur, "İflas Davasında Muhafaza Tedbirleri", *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 118; Evrim Erişir, *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, İstanbul, 2013, s. 317; Cengiz Serhat Konuralp, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyatî Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 54; Aşık/Oruç/Tok/Saçar, s. 557.

⁵⁷ Masrafların avans olarak yatırılmasının muhafaza tedbirleri için bir ön koşul olduğu hakkında bkz. Aşık/Eruygur, s. 133.

⁵⁸ "[...] İİK'nun 160. maddesine göre iflas isteyen alacaklı, birinci alacaklılar toplanmasına kadar olan masraflarından sorumludur. Mahkemece bu masrafların peşin verilmesi istenirse de, bunun zamanı yasada açıkça belirtilmemiştir. Ne var ki, iflas istemi iflas yolu ile takibe dayalı olup, itirazın kaldırılması talebini de içerdiğine göre, davacının bu yükümlülüğü yerine getirmesi için, en azından itirazın kaldırılması şartlarının oluştuğunun anlaşılması gerekir (aynı yönde 12. HD., 9.12.1985 gün ve 1984/13371 E., 1985/10606 K.). Öte yandan, kesin süre yargılamanın hızlandırılması amacıyla düzenlenen bir usul hukuku müessesesi olup, davacıya on gün süre verildikten sonra, duruşmanın üç aydan daha uzun bir süre ile ertelenmesi de, bu müessesenin amacı ile örtüşmemiştir. Açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararı bozulmalıdır [...]" Yarg. 23. HD., E. 2011/4369 K. 2012/869, T. 09.02.2012, (Lexpera).

yargılamanın başında tensip zaptı ile talep etmektedir⁵⁹. Yargıtay da daha yeni tarihli bir kararında, iflâs masraf avansının yargılamanın başında tensip zaptı ile talep edilmesini içeren Bölge Adliye Mahkemesi kararını hukuka uygun bularak onamıřtır⁶⁰.

Buna karşılık, doktrinde, takipli iflâsta asliye ticaret mahkemesinin depo kararı ile birlikte alacaklıdan iflâs masraf avansını yatırmasını istemesi gerektiği kabul edilmektedir⁶¹. Takipsiz iflâsta ise,

⁵⁹ “[...] Somut olayda, Mahkemece 02/08/2022 tarihli tensip zaptı ile, davacı vekiline, İİK’nun 160. maddesi gereğince ilk alacaklılar toplantısına kadar yapılacak masraflar ile kanun yolları için gereken masraflar için 20.000,00 TL iflas avansını yatırması için HMK 114/1-g maddesi gereğince duruşma gününe kadar kesin süre verilmiş olup kesin süre içinde iflas avansının yatırılmaması halinde davanın, HMK’nun 114/2 ve 115/2.maddeleri uyarınca usulden reddine karar verileceği hususu da kararlaştırılmıştır. İşbu ara kararı ihtiva eden tensip zaptının davacı vekili Av. ...’e usulüne uygun olarak e-tebliğ ile tebliğ edildiği, tebligatın 08/08/2022 tarihinde teslim alındığı dikkate alındığında bu tarihten itibaren 5. günün sonunda 13/08/2022 tarihinde tebligatın yapılmış sayıldığı, ne var ki davacı tarafından 13/10/2022 tarihli duruşmaya kadar ara karar gereğinin yerine getirilmeyerek iflas avansının yatırılmadığı anlaşılmıştır. [...] İİK’nun 160. maddesi gereğince yatırılması öngörölen masraflar ve iflas avansı davanın görölebilmesini sağlayan bir dava şartıdır. Bu nedenle Mahkemece verilen kesin süre içerisinde iflas avansını yatırmayan davacının, kanuni düzenleme uyarınca artık bu işlemi yerine getirmesine yasal olarak imkan bulunmadığı gibi belirtilen işlemi yapma hakkının da ortadan kalktığının kabulü gerekir. Bu nedenle Mahkemece tesis edilen karar isabetli olduğundan davacı tarafın istinaf başvurusu yerinde görölmemiştir. [...]” İstanbul BAM 17. HD., E. 2023/63, K. 2023/162, T. 9.2.2023, (Lexpera); bkz. Kayseri BAM 6. HD., E. 2024/1610, K. 2024/1694, T. 18.9.2024, (Lexpera); Antalya BAM 11. HD., E. 2022/569, K. 2022/532, T. 25.3.2022, (Lexpera); İstanbul BAM 45. HD., E. 2022/466, K. 2023/362, T. 8.3.2023, (Lexpera).

⁶⁰ Yarg. 6. HD, E. 2023/1456, K. 2023/1669, T. 04.05.2023 (Lexpera).

⁶¹ Kuru, El Kitabı, s. 1114, 1117; Atalay, Anonim Şirketler, s. 101; Kırtıloğlu, s. 202; Özbek, s. 186; Altay, s. 164; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özman/Özekes, s. 415; iflâs kararının verileceği oturumda talep edilmesi ve alacaklıya yatırması için uygun bir süre verilmesi gerektiği şeklinde bkz. Gürdoğan, s. 35; itiraz ve şikâyetin kaldırılması talebiyle birlikte açılan iflâs davasında depo kararı verilebilecek aşamaya gelindiği zaman talep edilmesi

iflâs sebebinin varlığını tespit eden asliye ticaret mahkemesi, karar aşamasından önce iflâs masraf avansının yatırılmasını talep etmelidir⁶². Nitekim doktrinde uygulamanın tutumu iflâs masraf avansının niteliğine ve amacına uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁶³. Zira bu uygulama ile erkenden alınan avanslar, yargılama süresince mahkeme veznelerinde bekletilmekte ve enflasyon karşısında değer kaybına uğramaktadır⁶⁴. Bunun sonucunda ise ek avansların yatırılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır⁶⁵.

Kanaatimizce de iflâs masraf avansının yargılamanın başında talep edilmesi isabetli değildir. Şöyle ki, kanunda açıkça bir hüküm bulunmadığından, avansın yargılamanın başında talep edilmesi için hukukî bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ayrıca esasen yargılama sonrasında yapılacak işlemler için ihtiyaç duyulacak bir avansın yargılamanın başında talep edilmesine gerek de yoktur. Nitekim iflâs kararı verilir verilmeyeceği henüz belli değilken, alacaklıdan bu masrafların avans olarak alınması yersiz bir işlem olacaktır⁶⁶. Kaldı ki, yargılamanın başında alınan iflâs masraf avansının özellikle itirazın kaldırılmasını içeren iflâs davalarında enflasyon karşısında değer kaybına uğraması kuvvetle muhtemeldir⁶⁷. Zira bu iflâs davaları, itirazın kaldırılmasına ilişkin inceleme normal bir alacak davası gibi genel hükümlere göre yapıldığından⁶⁸, itirazın kaldırılması talebini içermeyen diğer iflâs davalarına kıyasla daha uzun sürebilmektedir⁶⁹.

Öte yandan, iflâs masraf avansının dava şartı olarak değerlendirilip yargılamanın başında talep edilmesinin, mahkemeye

gerektiği şeklinde bkz. Erman, s. 550; yargılamanın başında değil, en geç iflâs kararının verileceği oturuma kadar ödenmesi için süre verilmesinin isabetli olacağı şeklinde bkz. Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s. 3901.

⁶² Atalay, Anonim Şirketler, s. 101.

⁶³ Altay, s. 140; Kırtıloğlu, s. 201.

⁶⁴ Altay, s. 141; Kırtıloğlu, s. 201.

⁶⁵ Altay, s. 141; Kırtıloğlu, s. 201.

⁶⁶ Gürdoğan, s. 35 dn. 86.

⁶⁷ Altay, s. 164.

⁶⁸ Kuru, El Kitabı, s. 1115; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 416.

⁶⁹ Benzer şekilde bkz. ve karış. Altay, s. 164.

erişim hakkına daha ağır bir müdahale teşkil ettiği de söylenebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde, yargılama giderlerinin dava şartı olarak yargılamanın başında talep edilmesini, bu giderlerin dava karara bağlandıktan sonra yüklenmesine kıyasla, mahkemeye erişim hakkına daha ağır bir müdahale olarak deđerlendirmektedir⁷⁰. Öyleyse, iflâs masraf avansının yargılamanın sonunda fakat karar verilmeden önce talep edilmesi hâlinde de, bu durumun mahkemeye erişim hakkına daha hafif bir müdahale teşkil edeceği söylenebilir.

Tüm bu nedenlerle, iflâs masraf avansı yargılamanın başında talep edilmemelidir. O hâlde, kanaatimizce de kural olarak takipli iflâsta asliye ticaret mahkemesi depo kararı ile birlikte alacaklıdan iflâs masraf avansını yatırmasını istemelidir⁷¹. Takipsiz iflâsta ise, iflâs sebebinin

⁷⁰ “[...] İkinci olarak müdahalenin gereklilik kriterini sağlayıp sağlamadığı incelenmelidir. Gereklilik, mahkemeye erişim hakkını en az zedeleyen aracın sečilmesini ifade etmektedir. Yargısal başvurularda ilgililerin harç ve diğer yargılama giderleri ödemekle yükümlü kılınmasının mahkemeye erişim hakkını kısıtladığı tartışmasıdır. Bununla birlikte harç ve yargılama giderlerini ödeme yükümlülüğünün doğduğu ana göre müdahalenin derecesi değişebilmektedir. İlginin daha yargılamanın başında yargılama giderlerini ödemekle yükümlü kılınması ile yargılamanın sonunda yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmesi arasında müdahalenin ağırlığı bakımından önemli farklılık bulunmaktadır. Yargılama giderlerinin davanın esasının incelenebilmesi şartı olarak öngörülmesinin davanın esası karara bağlandıktan sonra kişinin yargılama gideri ödemekle yükümlü kılınmasına nazaran mahkemeye erişim hakkına daha ağır bir müdahale teşkil edeceği kuşkusuzdur. Bu sebeple yargılama giderleri ödeme yükümlülüğünün yargılamanın sonuna ötelenmesinin hakka daha hafif bir müdahale teşkil etmesi sebebiyle tercihe şayan bir yöntem olduğu söylenebilir [...]” Famiye Beđim ve Mehmet Tahir Beđim Bařvurusu, B. No: 2017/21882, K. T.: 10/2/2021, ř 51; aynı yönde bkz. Emir Dönmez Bařvurusu, B. No: 2021/20059, K. T.: 17/9/2024, ř 43; Atalay Yıldız Bařvurusu, B. No: 2021/14356, K. T.: 7/6/2023, ř 43.

⁷¹ Kuru, El Kitabı, s. 1114, 1117; Atalay, Anonim şirketler, s. 101; Kırtıloğlu, s. 202; zbek, s. 186; Altay, s. 164; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin zkan/zekes, s. 415.

varlığını tespit eden asliye ticaret mahkemesi karar aşamasından önce iflâs masraf avansının yatırılmasını talep etmelidir⁷².

Bununla birlikte, İcra ve İflâs Kanunu'nun 159. maddesi gereğince mahkemece muhafaza tedbirleri alınması söz konusu olursa, tedbirin gerektirdiği masraf iflâs masraf avansı olarak yargılama sırasında talep edilir⁷³.

V. İFLÂS MASRAF AVANSININ UYGULAMA ALANI

İcra ve İflâs Kanunu, iflâs masraf avansının yalnızca genel iflâs yoluyla takipte değil, aynı zamanda kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takipte (İİK m. 176, 160) ve takipsiz iflâsta da uygulanmasını öngörmüştür (İİK m. 181, 160). Ancak borca batıklık nedeniyle iflâs talebi söz konusu olduğunda (İİK m. 179), iflâs masraf avansına ilişkin hükmün uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesi uyarınca, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler veya şirket ya da kooperatif tasfiye hâlinde ise tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemece tespit edilirse, önceden takibe girişmeye gerek kalmaksızın bunların iflâsına karar verilir.

Doktrinde genellikle, alacaklı tarafından doğrudan iflâs talebinde bulunulması hâlinde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesinin uygulanacağı kabul edilmektedir⁷⁴. Buna göre, borca batıklık nedeniyle alacaklılar tarafından yapılan iflâs taleplerinde de aynı hüküm uygulanır. Yargı kararlarında da borca batıklık nedeniyle alacaklılar tarafından yapılan iflâs taleplerinde, iflâs masraf avansına ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesinin uygulanacağına karar

⁷² Atalay, Anonim Şirketler, s. 101.

⁷³ Gürdoğan, s. 35 dn. 86.

⁷⁴ Gürdoğan, s. 58; Kuru/Aydın, s. 396; Atalay, Anonim Şirketler, s. 97; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 570; Ulukapı, s. 396; Altay, s. 478; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 434; Mehmet Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*, 7. BS., Beta, İstanbul, 2016, s. 384.

verilmektedir⁷⁵. Buna karşılık, borca batıklık nedeniyle şirketi idare ve temsil edenler ya da tasfiye memurları tarafından iflâs talebinde bulunulması hâlinde, aynı hüküm uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Doktrinde genellikle, İcra ve İflâs Kanunu’nun 181. maddesinin atfı dolayısıyla, borçlunun doğrudan iflâs talebinde bulunduğu hâllerde de 160. maddenin geçerli olacağı ve borçlunun bu avansı yatırmaması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁶. Dolayısıyla bu görüşe göre, borca batıklık nedeniyle anonim şirket tarafından yapılan iflâs talebinde de aynı hüküm uygulanır.

Bu kapsamda ileri sürölen diğer bir görüşe göre, mevcut düzenleme karşısında borca batıklık nedeniyle anonim şirketin iflâsının

⁷⁵ “[...] Dava, İİK’nun 179 ve devamı maddesi uyarınca davalı şirketin iflasına karar verilmesi istemidir. [...] Mahkemece yargıtay kararlarında iflas avansının suçüstü ödeneğinden karşılanmasını kabul ettiği davaların İİK’nun 178 maddesi uyarınca borçlunun borca batıklık nedeniyle kendi iflasının talep ettiği davalar olduğu, somut olayda ise davacı tarafın alacaklı ve davanın dayanağının İİK’nun 179 maddesi olması nedeniyle kesin süre içerisinde iflas avansı depo edilmediği ve bu haliyle dava şartı yerine getirilmediği belirtilerek davanın usulden reddine karar verildiği belirtilmiştir. İflas isteyen alacaklı, İİK m.181 yollamasıyla 160.maddesi gereğince gerekli masrafları avans olarak mahkeme veznesine peşin olarak yatırmak zorunda olup, söz konusu husus özel olarak düzenlenmiş dava şartıdır. (23 HD., 2015/1364 E., 2016/2405 K.) Somut olayda; davacı vekilin tebliğ edilen tensip zaptı ile, 25.000,00 TL iflas avansını yatırmak üzere 2 haftalık kesin süre verilmiş; 2 hafta kesin süre verilmesine rağmen iflas avansı yatırılmamıştır. [...] İflas davasında, iflas avansının yatırılmış olması bir dava şartı olup, bu husus 6100 sayılı HMK’nin 114/2.maddesinde düzenlenen “diğer kanunlarda yer alan dava şartları”ndan olup, HMK’nun 115/2. maddesi uyarınca, mahkemece dava şartı noksanlığı tespit edildiğinde, davanın usulden reddine karar verileceğinden, mahkemece HMK’nin 114/2 ve 115/2.maddesi uyarınca davanın dava şartı noksanlığı nedeniyle reddine karar verilmesi isabetli olduğu anlaşılmakla [...]” İstanbul BAM 45. HD., E. 2021/1440, K. 2021/1385, T. 29.12.2021, (Lexpera).

⁷⁶ Berkin, İflâs, s. 196; Kuru, El Kitabı, s. 1156; Hakan Pekcanitez, *Anonim Ortaklıkların İflâsı*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1991, s. 47; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 439; Altay, s. 485; Aşık/Oruç/Tok/Saçar, s. 584.

talep edilmesi hâlinde, şirket iflâs masraf avansını ödeyebilecek durumda olmasa bile, asliye ticaret mahkemesi avansın yatırılması için kesin bir süre vermeli ve bu süre içinde avans, şirket veya bir alacaklı tarafından yatırılmazsa, mahkeme iflâs talebini reddetmelidir⁷⁷. Ancak bu derece borca batık duruma gelmiş bir anonim şirketin ticaret sicilinde kayıtlı kalmaya devam etmesi üçüncü kişiler açısından sakıncalı olup, sicildeki kayda göre tasfiye hâlinde bulunmayan böyle bir şirket ile ilişkiye giren kişiler, şirketin mali durumu hakkında gerekli bilgiye sahip olamayacakları için ilerleyen süreçte zarar görebilirler⁷⁸. Bu sakıncayı gidermek amacıyla, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın şirketin feshini talep edebileceği (6762 sayılı mülga TTK m. 274/2; 6102 sayılı TTK m. 210/3) veya esas sermayenin üçte ikisinin kaybedilmiş olması sebebiyle, yönetim kurulunun veya alacaklıların mahkemeye başvurarak şirketin feshini isteyebileceği savunulmuştur (6762 sayılı mülga TTK m. 434/3; 6102 sayılı TTK 376/2)⁷⁹. Bu görüş, Alman hukukunda olduğu gibi, borca batıklık nedeniyle yönetim kurulu tarafından anonim şirketin iflâsının talep edilmesi hâlinde, iflâs masraf avansını karşılayacak kadar aktifi bulunmayan anonim şirketin bu durumunun bağımsız bir infisah sebebi olarak kabul edilmesinin ve masraf avansının yatırılmaması nedeniyle iflâs talebini reddeden mahkemenin bu kararı ticaret siciline bildirmesiyle, şirketin tasfiye sürecine girmesi ve sicilden silinmesi yolunda bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağını belirtmiştir⁸⁰.

Doktrinde bir başka görüşe göre ise, borca batıklık bildiriminin zorunlu olması, bildirimin geri alınamaması ve kanun koyucunun borca batıklık durumuna doğrudan iflâs kararı bağlaması karşısında, borca batıklık bildiriminin sonucunda verilecek iflâs kararı ve buna bağlı

⁷⁷ Atalay, Anonim Şirketler, s. 99. Bu noktada, avansın mutlaka anonim şirket tarafından yatırılmasının zorunlu olmadığı, herhangi bir alacaklı tarafından da yatırılabilmesi belirtilmektedir. (Bkz. Atalay, Anonim Şirketler, s. 101; Barış Toraman, *İcra ve İflâs Kanunu'na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflâsın Ertelenmesi Talebi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 165.

⁷⁸ Atalay, Anonim Şirketler, s. 99.

⁷⁹ Atalay, Anonim Şirketler, s. 99.

⁸⁰ Atalay, Anonim Şirketler, s. 100.

masraflar açısından alacaklı ile borçlu arasında bir ayırım yapılmamalıdır⁸¹. Borca batıklık bildirimi yapan alacaklı, diğerk takipli ve doğrudan iflâs durumlarından farklı olarak, öncelikle kendi menfaatini değıl, tüm alacaklıların menfaatini gözetmektedir⁸². Bu sebeple borca batıklık bildiriminin zorunlu olması, özellikle alacaklıların ve kamu düzeninin korunması amacına hizmet etmektedir⁸³. Alacaklılar tarafından borca batıklık bildiriminde bulunulduğunda, İcra ve İflâs Kanunu’nun 160. maddesinin uygulanması, alacaklıların bildirimde bulunmasını engelleyebilir, bu da borca batıklık bildiriminin zorunluluğuna ve amacına aykırı olur⁸⁴. Şirket veya kooperatifin borca batık olduğunun tespit edilmesine rağmen, avansın yatırılmamasını gerekçe göstererek iflâsın açılmasına karar vermemek, kanunun amacına ters düşer⁸⁵. Bu görüşe göre, bu durumda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 325. maddesi⁸⁶ (HUMK m. 415) uygulanmalı ve dolayısıyla iflâs avansının yatırılması için ilgili kişilere kesin bir süre verilmeli, bu süre içinde avans yatırılmazsa, avansın Hazineden ödenmesine karar verilmelidir⁸⁷.

Yargı kararlarında da borca batıklık nedeniyle şirket tarafından yapılan iflâs taleplerinde, iflâs masraf avansı bakımından Hukuk

⁸¹ İbrahim Ermenek, *İflâsın Ertelenmesi*, 2. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 196.

⁸² Ermenek, s. 196.

⁸³ Ermenek, s. 196.

⁸⁴ Ermenek, s. 196.

⁸⁵ Ermenek, s. 197; Seyithan Deliduman, *İflâsın Ertelenmesinin Etkileri*, Kocaeli, 2008, s. 44.

⁸⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “re’sen yapılması gereken işlemlere ilişkin giderler” başlıklı 325. maddesi şu şekildedir: “Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceğı dava ve işlerde, hâkim tarafından resen başvurulmuş deliller için gereken giderlerin, bir haftalık süre içinde taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine karar verilir. Belirlenen süre içinde bu işlemlere ait giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmazsa, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazineden ödenmesine hükmedilir.”

⁸⁷ Ahmet Türk, *Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları* (TTK m. 324), Nobel, 1999, s. 313; Ermenek, s. 197; Deliduman, *İflâsın Ertelenmesi*, s. 44.

Muhakemeleri Kanunu'nun 325. maddesinin uygulanacağına karar verilmektedir⁸⁸.

Öte yandan, bu tartışma İsviçre hukukunda da yaşanmıştır⁸⁹. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nun 181. maddesini karşılayan İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun 194. maddesinde 1994 yılında yapılan ve 1997 yılında yürürlüğe giren değişiklikle, sermaye şirketlerine ve kooperatiflere karşı doğrudan iflâsı düzenleyen 192. maddesi açısından iflâs masraf avansına ilişkin 169. maddenin uygulama alanı bulmayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır.

Kanaatimizce de iflâs masraf avansını düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesi, borca batıklık sebebiyle doğrudan iflâsta uygulama alanı bulmamalıdır. Zira bu durumda, borçlunun iflâs talebinde bulunması zorunludur. Nitekim kanun koyucu, borca batıklık hâlinde iflâs talebini zorunlu kılarak iflâsın açılmasını güvence altına almayı, böylece şirketin olağan faaliyetlerine devam etmesini önleyerek alacaklıları korumayı amaçlamıştır⁹⁰. Dolayısıyla borca batıklık tespit edilmiş olmasına rağmen iflâs avansının yatırılmaması gerekçesiyle talebin reddedilmesi, yani iflâs kararı verilmemesi kanun koyucunun amacına aykırı düşecektir⁹¹. Aynı gerekçeyle, iflâs talebi alacaklı

⁸⁸ “[...] İİK'nın 179 ve 6102 sayılı TTK'nın 376. maddeleri uyarınca sermaye şirketleri kooperatifin borçlarının aktifinin fazla olması halinde idare ve temsilde yetkili kişilerin bu durumu mahkemeye bildirmeleri, hakim in re'sen tespit etmesi halinde iflas davasını devam ettirmesi gerekir. Bu şekilde iflas bildiriminin re'sen takibi gerektiğinden giderlerin de HMK'nın 325. maddesine göre hazineden karşılanması mümkündür. Somut olayda, davacı şirket pasiflerinin aktiflerinden fazla olduğunu bildirerek iflas talebinde bulunmasına göre, bu husus TTK'nın 376. ve İİK'nın 179. maddesi uyarınca borca batıklık bildirimi mahiyetinde olup; mahkemece masraflar HMK'nın 325. maddesi uyarınca hazineden karşılanarak davaya devam edilmesi gerekirken, yanılığın gerekçeyle hüküm kurulması doğru olmamıştır. [...]” Yarg. 23. HD., E. 2016/3632, K. 2016/4563, T. 18.10.2016, (Lexpera).

⁸⁹ Bu konuda bkz. Roger Giroud, *Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1981, s. 71-72; Baumann, s. 97-98; ayrıca bkz. Atalay, Anonim Şirketler, s. 97-99.

⁹⁰ Madde gerekçesi.

⁹¹ Ermenek, s. 197; Deliduman, s. 44.

tarafından yapılırsa dahi avans şartı aranmamalıdır. Aksi hâlde, borca batıklığı tespit edilen bir şirketin iflâsı sadece avans yatırılmadığı için açılmazsa, malvarlığının daha da kötüleşmesi ve alacaklıların zarara uğraması söz konusu olabilir. Bu da kanun koyucunun amacı ile bağdaşmaz⁹². Kanaatimizce de burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 325. maddesi gereği, iflâs avansının yatırılması için ilgili kişiye kesin bir süre verilmeli ve belirtilen süre içinde avans yatırılmadığı takdirde, avansın Hazineden ödenmesine karar verilmelidir⁹³.

Bu noktada, İcra ve İflâs Kanunu'nun 159. maddesi uyarınca mahkemece alınabilecek muhafaza tedbirleri bakımından da aynı yaklaşım benimsenmelidir. Zira bu tedbirler, borçlunun malvarlığının dağılmasını önleyerek geçici hukuki koruma sağlamaktadır⁹⁴. Nitekim muhafaza tedbirleri borçlunun kötü niyetli işlemlerle alacaklıları zarara uğratmasını ve mal kaçırmasını engellemek amacıyla öngörülmüştür⁹⁵. Borca batıklık nedeniyle zorunlu iflâsta muhafaza tedbirlerinin uygulanabilmesi için avans yatırılmasının zorunlu tutulması hâlinde, avans yatırılmadığında borçlunun malvarlığı korumasız kalabilir ve dolayısıyla azalabilir. Bu ise, kanun koyucunun borca batıklık hâlinde iflâs talebini zorunlu kılma amacına aykırı düşecektir. Bu nedenle, borca batıklık nedeniyle iflâs talep edildiğinde muhafaza tedbirleri açısından da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 325. maddesi uygulanmalıdır. Dolayısıyla iflâs avansının yatırılması için ilgili kişiye kesin bir süre verilmeli ve belirtilen süre içinde avans yatırılmadığı takdirde, avansın Hazineden ödenmesine karar verilmelidir.

Aynı şekilde, borçlunun kendi iflâsını talep etmesinin zorunlu olduğu bir diğer sebebi düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 178. maddesinin üçüncü fıkrası açısından da iflâs masraf avansının uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bu hükme göre, iflâsa tabi bir borçlu hakkında alacaklılardan biri tarafından haciz yoluyla takip başlatılmış ve yapılan haciz, borçlunun yarı mevcudunun elinden

⁹² Ermenek, s. 197.

⁹³ Türk, s. 313; Ermenek, s. 197; Deliduman, s. 44.

⁹⁴ Erişir, s. 317-317.

⁹⁵ Aşık/Eruygur, s. 109.

çıkmasına neden olmuşsa, kalan malvarlığı muaccel ve vadesi bir yıl içinde dolacak diğer borçlarını karşılamaya yetmiyorsa, borçlu derhal aczini bildirerek iflâsını talep etmek zorundadır. Aksi hâlde, önce takip yapan alacaklılar alacağını tahsil edebilme imkânına sahip olabilirken, diğer alacaklılar alacaklarını tahsil edememe tehlikesiyle karşı karşıya kalır⁹⁶. Oysa iflâsın açılmasıyla, bu tehlike önlenabilir ve tüm alacaklıların eşit şartlarda tatmin edilmesi sağlanabilir⁹⁷. Bu nedenle, kanun koyucu, borçlunun faaliyetlerine devam ederek malvarlığının daha da erimesini önlemek ve özellikle alacaklıları korumak amacıyla iflâs talebini zorunlu kılmıştır⁹⁸. O hâlde, İcra ve İflâs Kanunu’nun 178. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen şartların oluşmasına rağmen yalnızca iflâs masraf avansının yatırılmamış olması nedeniyle iflâs talebinin reddedilmesi, kanun koyucunun amacıyla bağdaşmaz. Kanaatimizce burada da, borca batıklık sebebiyle doğrudan iflâsa olduğu gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 325. maddesi gereği, avans yatırılması için borçluya kesin bir süre verilmeli ve belirtilen süre içinde avans yatırılmazsa, avansın doğrudan Hazinesinden karşılanması yoluna gidilmelidir.

Son olarak, iflâs masraf avansını düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu’nun 160. maddesinin, borçlunun kendi iflâsını talep etmesinin zorunlu olduğu doğrudan iflâs hâllerinde uygulanmayacağına ilişkin bir düzenleme yapılması, hem bu konudaki tartışmaların sona erdirilmesi hem de kanun koyucunun amacının gerçekleştirilmesi bakımından yerinde olacaktır.

VI. İFLÂS MASRAFI AVANSI AÇISINDAN ADLÎ YARDIM

Maddî imkânları elverişsiz olan kişiler, iflâs masraf avansını ödeme gücünden yoksun olabilirler. Nitekim yüksek miktarlarda iflâs

⁹⁶ Borçlunun ihtiyari olarak kendi iflâsını talep etmesinin nedenlerinden biri olarak bkz. Ejder Yılmaz, “Borçlunun İhtiyarıyla Kendi İflâsını İstemesi Durumunda Mahkemenin İnceleme Yetkisi”, *Makaleler*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 477.

⁹⁷ Berkin, İflâs, s. 181, 185. Borçlunun ihtiyari olarak kendi iflâsını talep etmesinin nedenlerinden biri olarak bkz. Gürdoğan, s. 57; Yılmaz, Borçlunun İhtiyari, s. 477.

⁹⁸ Aşık/Oruç/Tok/Saçar, s. 583.

masraf avansının talep edilmesi, bu kişilerin mahkemeye erişim hakkını imkânsız kılabilir veya ciddi şekilde zorlařtırabilir⁹⁹. Bu nedenle, ödeme gücünden yoksun olan bu kişilerin mahkemeye erişimlerini sağlamak adına, iflâs masraf avansı aısından adli yardım kurumunun etkili bir şekilde işletilmesi büyük önem taşımaktadır.

Adli yardımdan yararlanma şartları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, adli yardımdan faydalanabilmek için kişinin gerekli yargılama veya takip giderlerini karşılaması hâlinde maddî aıdan sıkıntıya dūőecek olması ve talebin açıkça dayanaktan yoksun olmaması gerekmektedir¹⁰⁰. Yabancı kişiler aısından ise ayrıca karşılıklılık şartı aranmaktadır (HMK m. 334/3).

İflâs masraf avansı bakımından da, bu avansı karşılaması hâlinde maddî aıdan sıkıntıya dūőecek olan ve iflâs talebi açıkça dayanaktan yoksun olmayan kişiler, adli yardım talebinde bulunabilir¹⁰¹. Bu

⁹⁹ Benzer şekilde, mali imkânları elverişli olmayan kişilerin, başvurma harcını ve nispi karar harcının dōrtte birini yargılamanın başında ödeme yükümlölüğü altına sokulmasının mahkemeye erişimlerini imkânsız hâle getirebileceği veya önemli ölçüde zorlaştırabileceği yönünde bkz. Famiye Beğim ve Mehmet Tahir Beğim Başvurusu, B. No: 2017/21882, K. T.: 10/2/2021, ř 53 (R.G., 19/3/2021, S. 31428).

¹⁰⁰ Adli yardımın şartları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Kılınç, *Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 197 vd.; Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 2417 vd.

¹⁰¹ "[...] İlk derece mahkemelerince verilen adli yardıma dair kararlar HMK'nın 337.maddesinde yer alan "itiraz incelemesi neticesinde verilen karar kesindir." hükmü gereğince istinaf denetimine tabi değil ise de Dairemizce usul yönünden inceleme yapılmış olup, somut olayda yukarıda açıklandığı üzere davacının adli yardım talebi yönünden esas mahkemesince usulüne uygun karar verilerek tebliğ edilmediği ve itiraz hakkı tanınmadığı anlaşılmakla, bu durumda adli yardım talebi hakkında verilen kararın usulüne uygun olarak kesinleştiğinden söz edilemeyeceği için iflas avansının kesin süre içerisinde yatırılmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddi kararı hak arama özgürlüğüne ve hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil etmektedir. Açıklanan nedenlerle; davacı tarafta sunulacak olan adli yardım talebine ilişkin kayıtların öncelikle esas mahkemesince incelenmesi, adli yardım talebinin değerlendirilmesi, talebin reddi halinde karara karşı yasal düzenlemeye uygun

bağlamda, kanaatimizce sadece gerçek kişiler değil, tüzel kişiler de adli yardımdan yararlanabilirler¹⁰². Şöyle ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*Kamuya yararlı dernek ve vakıflar, iddia ve savunmalarında haklı göründükleri ve mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda oldukları takdirde adli yardımdan yararlanabilirler.*”. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu 17/5/2023 tarihli kararında, kamuya yararlı dernek ve vakıfların dışındaki tüzel kişilerin, sırf tüzel kişi olması sebebiyle adli yardımdan yararlandırılmamalarının mahkemeye erişim hakkını ihlâl ettiğine karar vermiştir¹⁰³. Daha sonra ise, Anayasa Mahkemesi 24/09/2024 tarihinde vermiş olduğu kararla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinin ikinci fıkrasının, kamuya yararlı dernek ve vakıflar dışındaki özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardım yararlandırılmamalarını engellediğini belirterek, mahkemeye erişim hakkını ihlâl ettiği gerekçesiyle iptaline karar vermiştir¹⁰⁴.

VII. İFLÂS MASRAFI AVANSININ YATIRILMAMASININ SONUÇLARI

İflâs talep eden alacaklı iflâs masraf avansını yatırmadıkça mahkemenin iflâs kararı veremeyeceği yukarıda ifade edildi. Aynı şekilde, mahkeme iflâs masraf avansının yatırılması şartına bağlı olarak da iflâs kararı veremez¹⁰⁵. Bu nedenle mahkeme öncelikle alacaklıya

olarak itiraz prosedürü işletilmek suretiyle, itiraz merciinin kararı kesinleştikten sonra sair işlemlerin yapılması gerektiğinden davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının HMK 353/1.a.6 maddesi gereğince kaldırılmasına karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur. [...]” İstanbul BAM 45. HD., E. 2023/1539, K. 2024/1583, T. 4.12.2024, (Lexpera).

¹⁰² Tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanabilmeleri konusunda geniş bilgi için bkz. Alper Tunga Küçük/Fatih Tahiroğlu, “Tüzel Kişilerin Adli Yardımdan Yararlanıp Yararlanamayacağı Üzerine Düşünceler”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1, 2024, s. 253 vd.

¹⁰³ AYM, Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş., B. No: 2020/22192, T. 17/5/2023 (R.G. 8/11/2023, S. 32363)

¹⁰⁴ AYM, E.2024/78, K.2024/164, T. 24/09/2024 (R.G., 21/11/2024, S. 32729).

¹⁰⁵ Berkin, İflâs, s. 139; Yılmaz, Şerh, s. 871; Muşul, s. 1294; Kırtıloğlu, s. 119.

avansı yatırması için kesin bir süre vermeli, bu süre içinde avans yatırılmazsa, iflâs davasını reddetmelidir¹⁰⁶.

Buna karşın, iflâs avansı alınmadan ya da eksik alınarak iflâs kararı verilmişse ne olacağı sorusu akla gelebilir. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 12.04.1967 tarihli genelgesinde¹⁰⁷, İcra ve İflas Kanunu'nun 160. maddesinde belirtilen avans alınmadan iflâs kararı verilmiş ve gerekli avans sonradan taraflarca tamamlanmamışsa, iflâs dairesinin 166. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca re'sen ve derhal yapmak zorunda olduğu bildirimler ve ilanlar için Adalet Bakanlığı'ndan ödenek talep edilmesi ve bu ödenekle işlemlerin tamamlanması gerektiği ifade edilmiştir. Doktrinde de bu yönde görüşler mevcuttur¹⁰⁸. Yine Adalet Bakanlığı İcra İşleri Dairesi Başkanlığı'nın 15.08.2024 tarihli görüş yazısında da¹⁰⁹, böyle bir durumda taraflarca avansın tamamlanmaması hâlinde, gerekli avansın Devlet hazinesinden karşılanabileceği belirtilmiştir.

VIII. İFLÂS MASRAF AVANSININ GERİ ALINMASI

İflâs masraf avansının nasıl ve hangi çerçevede geri alınabileceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir başka deyişle, iflâs talep eden alacaklının, iflâs masraf avansını iflâs alacağı olarak mı yoksa masa masrafı olarak mı geri alacağı konusu tartışmalıdır. Bu noktada, öncelikle, masa masrafı ve bu bağlamda masa borcu kavramlarına değinmek gerekir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun *“iflâs masrafları ve masanın borçları”* başlığını taşıyan 248. maddesine göre, *“iflasın açılmasından ve tasfiyeden doğan masraflar önce çıkarılır. Rehinlerin bedelinden yalnız rehinin muhafaza ve paraya çevrilmesi masrafları çıkarılır.”*. Bu hüküm gereği, masa

¹⁰⁶ Erman, s. 550; Gürdoğan, s. 35; Atalay, Anonim Şirketler, s. 101; Atalay, Bankalar, s. 122.

¹⁰⁷ Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü 12.04.1967 tarih ve 34/2-7770 sayılı tamim.

¹⁰⁸ Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 419; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 555; Kırtıloğlu, s. 202.

¹⁰⁹ Adalet Bakanlığı İcra İşleri Dairesi Bakanlığı 15.08.2024 tarih ve 86420598-273/5985 sayılı görüş yazısı.

masrafları ve masa borçları, iflâs masasından öncelikle ödenir. Ancak bu kavramların kapsamı, İcra ve İflâs Kanunu'nda açıkça ifade edilmemiştir. Masa masrafları, iflâsın açılması ve tasfiyesi dolayısıyla ortaya çıkan masraflardır¹¹⁰. Masa borçları ise, iflâsın açılmasının ardından ve tasfiye süreci boyunca masa adına doğan ve masa tarafından ödenmesi gereken borçlardır¹¹¹.

Doktrinde bir görüşe göre, İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesi uyarınca iflâs talep eden alacaklı tarafından yatırılan iflâs masrafı avansı, masa masrafı niteliğindedir ve tasfiye sonucunda öncelikli olarak geri alınmalıdır (İİK m. 248)¹¹². Bu görüşe göre, iflâs açılmadan önce yapılan ve iflâs tasfiyesiyle bağlantılı olan masraflar da masa masrafı kapsamında değerlendirilmelidir¹¹³. Örneğin, muhafaza tedbiri olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 161. maddesi uyarınca tutulacak defter masrafları açısından durum böyledir¹¹⁴. Yargı kararlarında da iflâs

¹¹⁰ Berkin, İflâs, s. 380; Üstündağ, s. 202; Tuğçe Arslanpınar Tat, *Türk ve İsviçre İflâs Hukukunda Paylaştırma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 318, 320. Doktrinde, masa masrafı terimi yerine iflâs masrafı terimi de kullanılmaktadır (Üstündağ, s. 202; Arslanpınar Tat, s. 318).

¹¹¹ Berkin, İflâs, s. 380; Adnan Deynekli, "İcra ve İflas Kanununda 4949 Sayılı Kanunla Yapılan Sıra Cetveline İlişkin Değişiklikler", *YÜHFD*, C. I, S. 2, 2005, s. 508.; Serdar Kale, "İflas Hukukunda Masa Yükümlülüğü Kavramı", *Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 605, 611; Arslanpınar Tat, s. 318, 321-322.

¹¹² Berkin, İflâs, s. 141-142; Kuru, El Kitabı, s. 1090; Baki Kuru, *İflâs ve Konkordato Hukuku*, İstanbul, 1988, s. 337 dn. 5; Altay, s. 140; Kale, s. 610.

¹¹³ Kale, s. 610. *Kuru*'ya göre, iflâs takibine girişen ve iflâs davası açan alacaklının borçluyu iflâs ettirmesi tüm alacaklıların yararına olduğundan, bu alacaklı adeta diğer alacaklıların vekili gibi hareket etmektedir. Bu nedenle gerek iflâs takibi gerekse iflâs davası için yaptığı ve müflisten alacaklı olduğu icra ve yargılama masrafları, İcra ve İflâs Kanunu'nun 248. maddesi anlamında iflâsın açılmasından doğan masraf olarak kabul edilmeli ve masadan öncelikle ödenmelidir (Kuru, İflâs, s. 337 dn. 5).

¹¹⁴ Kale, s. 610.

masraf avansının masa masrafı olduğu ve iflâs masasından öncelikli olarak ödeneceği vurgulanmaktadır¹¹⁵.

Doktrinde diğer bir görüşe göre ise, iflâs talep eden alacaklının iflâs açılmadan önce yapmış olduğu masraflar, masa masrafı olarak kabul edilmez¹¹⁶. Bunlar, asıl alacağa eklenir ve iflâs alacağı olarak masaya kaydedilir¹¹⁷. Buna karşılık, iflâsın açılmasından sonra, birinci alacaklılar toplantısına kadar ortaya çıkan masraflar, masa masrafı olarak kabul edilmeli ve tasfiye sonunda alacaklıya öncelikle ödenmelidir¹¹⁸.

Kanaatimizce, İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesi uyarınca, iflâs talep eden alacaklı tarafından yatırılan avanstan karşılanan masraflar, masa masrafı niteliğinde kabul edilmelidir. Bu noktada, avanstan karşılanan masrafların iflâs kararından önce mi yoksa sonra mı yapıldığına bakılarak bir ayırım yapılması isabetli değildir. Şöyle ki, iflâsın açılmasından birinci alacaklılar toplantısına kadar avanstan karşılanan masraflar, iflâsın açılması ve tasfiyesi dolayısıyla ortaya çıktığından masa masrafı niteliğindedir. Aynı şekilde, iflâs kararından önce, yani iflâs yargılaması sırasında avanstan karşılanan masraflar da esasen iflâs sürecinin yürütülmesine hizmet eden harcamalardır. Nitekim İcra ve İflâs Kanunu'nun 159. maddesi uyarınca, iflâs yargılaması sırasında alınan bazı muhafaza tedbirleri, iflâs tasfiyesi

¹¹⁵ "[...] Davacı vekili katılma yolu ile sunmuş olduğu istinaf incelenmesinde iflas avansı olarak yatırılan 25.000,00 TL'nin de yargılama giderlerine dahil edilmesini talep etmiş ise de İİK'nun 160.maddesinde "İflas isteyen alacaklı ilk alacaklılar toplantısına kadar olan masraflardan sorumludur. Mahkeme, bu masraflar ile iflas kararının kanun yolları için gerekli bütün tebliğ masraflarının peşin verilmesini ister.", 248.maddesinde ise "İflasın açılmasından ve tasfiyeden doğan masraflar önce çıkarılır..." hükmü yer almaktadır. Yapılacak giderlere ilişkin masraflar iflas masasınca öncelikli olarak ödeneceğinden, iflas avansının işbu davada yargılama gideri olarak davalıdan tahsiline karar verilmesi mümkün değildir. [...]" İstanbul BAM, 45. HD., E. 2021/563, K. 2021/1222, T. 24.11.2021, (Lexpera); aynı yönde bkz. İstanbul BAM 45. HD., E. 2021/571, K. 2021/1112, T. 10.11.2021, (Lexpera).

¹¹⁶ Üstündağ, s. 202-203; Arslanpınar Tat, s. 320.

¹¹⁷ Üstündağ, s. 203; Arslanpınar Tat, s. 320.

¹¹⁸ Arslanpınar Tat, s. 320.

aşamasındaki önlemlerin öne çekilmesi niteliğindedir¹¹⁹. Örneğin, iflâs yargılaması sırasında gerçekleştirilen defter tutma işlemi, aslında iflâsın açılmasından sonra iflâs dairesi tarafından yapılması gereken bir işlem olup mahkeme tarafından öne alınmaktadır¹²⁰.

Sonuç olarak, İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesi uyarınca, iflâs talep eden alacaklı tarafından yatırılan avanstaki karşılama masrafları masa masrafı niteliğinde kabul edilmeli ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 248. maddesi gereği tasfiye sonunda alacaklıya öncelikle ödenmelidir. Ancak iflâs masrafı avansının fiilen geri alınıp alınamayacağı, masanın malvarlığının yeterliliğine bağlıdır. Gerçekten de iflâs masasına ait hiçbir mal bulunmaması sebebiyle tasfiyenin tatil edilmesi hâlinde, alacaklı avans olarak ödediği masrafları geri alamaz¹²¹. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere, bu masraflardan öncelikle masa malvarlığı sorumlu olup¹²², alacaklının sorumluluğu ancak masa malvarlığının yeterli olmaması hâlinde söz konusu olur¹²³. Aynı durum, basit tasfiye usûlünün uygulandığı ancak masa malvarlığının masrafları karşılamaya yetmediği hâllerde de geçerlidir¹²⁴. Buna karşılık, adî tasfiye usûlünde defteri tutulan malların bedelinin adi tasfiye masraflarını karşılayacağı kabul edildiğinden (İİK m. 218/1), alacaklının ödediği avansın üzerinde kalması ihtimali oldukça düşüktür¹²⁵.

¹¹⁹ Erişir, s. 317.

¹²⁰ Erişir, s. 317.

¹²¹ C. Jaeger, *Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs*, Art. Institut O. Füssli, Zürich, 1911, Art. 169 N. 2; Carl Jaeger/ Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Band II, 4. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1997, Art. 169 N. 3; Talbot, Art. 169 N. 3; Diggelmann, Art. 169 N. 4; Berkin, İflâs, s. 142; Necmeddin Berkin, "İflâs Hukuku Bakımından Harç ve Masraflar", *Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1964, s. 325-326 Kuru, El Kitabı, s. 1090.

¹²² Nordmann, Art. 169 N. 6.

¹²³ Talbot, Art. 169 N. 3.

¹²⁴ Jaeger, Art. 169 N. 2; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 169 N. 3; Diggelmann, Art. 169 N. 4; Talbot, Art. 169 N. 3; Berkin, Masraflar, s. 325-326.

¹²⁵ Jaeger, Art. 169 N. 2; Talbot, Art. 169 N. 3.

SONUÇ

İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesinin birinci fıkrasında, iflâs talep eden alacaklının birinci alacaklılar toplantısına kadar olan giderlerden sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, mahkemenin bu giderlerle birlikte iflâs kararının kanun yolları için gereken tüm tebliğ masraflarını avans olarak isteyeceği hükme bağlanmıştır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesi dikkate alındığında, iflâs masraf avansının kapsamına birinci alacaklılar toplantısına kadar olan giderler ile iflâs kararının kanun yolları için gerekli olan tüm tebliğ masraflarının dâhil olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, Kanun'da iflâs masraf avansının hangi masraf kalemlerinden oluştuğuna ve avansın miktarına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada, iflâs masraf avansının kapsamına giren masraf kalemleri ve miktarı hakkında kanunî bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Böyle bir düzenleme, mahkemeler arasında farklı uygulamaların yaşanmasını önleyebilir ve alacaklılar açısından iflâs sürecine ilişkin masrafların öngörülebilirliğini artırabilir.

İflâs masraf avansının yatırılması dava şartı olarak nitelendirilemez. Bu avansın yatırılması, mahkemenin iflâs kararı verebilmesi için gerekli olan şeklî bir şart olarak nitelendirilebilir.

İflâs masraf avansı yargılamanın başında talep edilmemelidir. Zira avansın bu aşamada alınması gerekli olmadığı gibi, hukukî açıdan da zorunlu değildir. İflâs masraf avansı, takipli iflâslarda depo kararı ile birlikte, takipsiz iflâslarda ise iflâs sebebinin tespitinden sonra, karar aşamasından önce talep edilmelidir. Ancak muhafaza tedbirlerinin alınması gereken durumlarda, bu tedbirlere ilişkin iflâs masraf avansı yargılama sırasında talep edilebilir.

İcra ve İflâs Kanunu, iflâs masraf avansının yalnızca genel iflâs yoluyla takipte değil, aynı zamanda kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takipte (İİK m. 176, 160) ve takipsiz iflâsta da uygulanmasını öngörmüştür (İİK m. 181, 160). Ancak iflâs masraf avansını düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesi, borçlunun kendi iflâsını istemesinin zorunlu olduğu doğrudan iflâs hâllerinde uygulama alanı

bulmamalıdır. Bu durumda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 325. maddesi gereği, iflâs avansının yatırılması için ilgili kişiye kesin bir süre verilmeli ve belirtilen süre içinde avans yatırılmadığı takdirde, avansın Hazineden ödenmesine karar verilmelidir

Maddî imkânları elverişsiz olan kişilerin mahkemeye erişimini sağlamak adına, iflâs masraf avansı açısından adlî yardım kurumunun etkili bir şekilde işletilmesi büyük önem taşımaktadır. Bu çerçevede, iflâs masraf avansını karşılaması hâlinde maddî açıdan sıkıntıya düşecek olan ve iflâs talebi açıkça dayanaktan yoksun olmayan kişiler adlî yardım talebinde bulunabilir.

İflâs talep eden alacaklı iflâs masraf avansını yatırmadıkça mahkeme iflâs kararı veremez. Dolayısıyla mahkeme, alacaklıya avansı yatırması için kesin bir süre vermeli, bu süre içinde avans yatırılmazsa, iflâs davasını reddetmelidir. Bununla birlikte, eğer iflâs avansı alınmadan ya da eksik alınarak iflâs kararı verilmişse ve taraflar gerekli avansı tamamlamazsa, eksik kalan avans Devlet hazinesinden karşılanmalıdır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 160. maddesi gereğince, iflâs talep eden alacaklı tarafından yatırılan avanstaki karşılanan masraflar, masa masrafı olarak kabul edilmelidir. Bu noktada, sadece iflâs kararından sonra değil, iflâs yargılaması sırasında, yani iflâs kararından önce yapılan masraflar da masa masrafı niteliğindedir.

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.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

EXTENDED SUMMARY

In the first paragraph of Article 160 of the Execution and Bankruptcy Law, it is regulated that the creditor requesting bankruptcy is responsible for the expenses until the first creditors' meeting. In the second paragraph of the same article, it is stipulated that the court shall request these expenses, as well as all the notification expenses required for the legal remedies of the bankruptcy decision, as an advance payment.

One purpose of Article 160 of the Execution and Bankruptcy Law is to protect the state's public resources by securing bankruptcy expenses. In other words, the basis of this provision is the idea of preventing the state from having to undertake bankruptcy expenses. Another purpose of this regulation is to prevent the bankruptcy procedure from being dragged out.

Considering Article 160 of the Enforcement and Bankruptcy Law, it can be said that the expenses until the first creditors' meeting and all the notification expenses required for legal remedies of the bankruptcy decision are included in the scope of the bankruptcy expense advance. However, there is no clear regulation in the Law regarding which expense items the bankruptcy expense advance consists of and the amount of the advance. At this point, it would be appropriate to clearly regulate the expense items and amounts included in the scope of the bankruptcy expense advance. Such a regulation can prevent different practices among courts and increase the predictability of the expenses related to the bankruptcy process for creditors.

The advance on bankruptcy expenses should not be requested at the beginning of the proceedings. This is because the advance payment is not required at this stage, nor is it legally obligatory. The advance on bankruptcy expenses should be requested together with the depository decision in bankruptcies with proceedings, and after the determination of the reason for bankruptcy in bankruptcies without proceedings, before the decision stage. However, in cases where conservative measures are required, the advance on bankruptcy expenses related to these measures may be requested during the proceedings.

The deposit of the advance on bankruptcy expenses cannot be considered as a procedural requirement. The deposit of this advance payment may be considered as a formal condition for the court to make a bankruptcy decision.

The Enforcement and Bankruptcy Law provides for the application of the advance on bankruptcy expenses not only in general bankruptcy proceedings, but also in bankruptcy proceedings specific to bills of exchange (Art. 176, 160 of the EBL) and in bankruptcy without proceedings (Art. 181, 160 of the EBL). However, Article 160 of the Enforcement and Bankruptcy Law, which regulates the advance on bankruptcy expenses, should not apply in cases of direct bankruptcy where the debtor is obliged to request its own bankruptcy. In this case, pursuant to Article 325 of the Code of Civil Procedure, a peremptory term should be given to the relevant person for the deposit of the bankruptcy advance, and if the advance is not deposited within this period, it should be decided to pay the advance from the Treasury.

In order to ensure that people with financial difficulties have access to the court, it is of great importance that the legal aid institution operates effectively in terms of the advance payment for bankruptcy expenses. In this context, individuals who would be in financial difficulty if they could meet the advance payment for bankruptcy expenses and whose bankruptcy request is not clearly unfounded may apply for legal aid.

The court cannot make a bankruptcy decision unless the creditor requesting bankruptcy pays the advance payment for bankruptcy expenses. Therefore, the court must give the creditor a peremptory term to make the advance payment, and if the advance payment is not made within this period, the bankruptcy case must be dismissed. However, if the bankruptcy decision is made without the bankruptcy advance payment or with a partial payment, and the parties do not complete the necessary advance payment, the remaining advance payment must be covered by the State Treasury.

According to Article 160 of the Execution and Bankruptcy Law, expenses covered from the advance deposited by the creditor requesting bankruptcy should be considered as desk expenses. At this point, not only expenses incurred after the bankruptcy decision but also during the bankruptcy proceedings, that is, before the bankruptcy decision, are also considered as desk expenses.

KISALTMALAR

AD	: Adalet Dergisi
AHBVÜ	: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
AJP/PJA	: Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B. No	: Başvuru Numarası
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
BISchK	: Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
Bs.	: Bası
Bearb.	: Bearbeiter
C.	: Cilt
c.	: cümle
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: Herausgeber
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
K.	: Karar

K. T.	: Karar Tarihi
karş.	: Karşılaştırınız
Lexpera	: www.lexpera.com.tr
m.	: madde
N.	: Nummer
R.G.	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZR	: Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

KAYNAKÇA

- ALANGOYA Yavuz/YILDIRIM Kamil/DEREN-YILDIRIM Nevhis, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 8. Bs., Beta İstanbul, 2011.
- ALTAY Sümer, *Türk İflâs Hukuku*, C. I, Vedat Kitapçılık, 2004.
- ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, *İcra ve İflâs Hukuku*, 10. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, *Medenî Usul Hukuku*, 10. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- ARSLANPINAR TAT, Tuğçe, *Türk ve İsviçre İflâs Hukukunda Paylaştırma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- AŞIK İbrahim/ORUÇ Yakup/TOK Ozan/SAÇAR Ömer Faruk, *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- AŞIK İbrahim/ERUYGUR K. Haluk, “İflas Davasında Muhafaza Tedbirleri”, *Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 109-156.
- ATALAY Oğuz, *Anonim Şirketlerin İflâsı*, İzmir, 1996 (Anonim Şirketler).
- ATALAY Oğuz, “Bankaların İflas Sebepleri ve İflas Davası”, *İzBD*, S. 2, 1997 s. 89-128 (Bankalar).
- ATALAY Oğuz, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Pekcanitez Usûl).
- ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2024 (İcra).
- ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, *Medenî Usûl Hukuku*, 7. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- BAUMANN Werner, *Die Konkursöffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1979.

- BERKİN Necmeddin, “İflas Hukuku Bakımından Harç ve Masraflar”, *Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1964, s. 325-335 (Masraflar).
- BERKİN Necmeddin M., *İflâs Hukuku*, 4. Bs., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972 (İflâs).
- ERİŞİR Evrim, *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- DELİDUMAN Seyithan, *İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002 (Alacaklılar Toplanması).
- DELİDUMAN Seyithan, *İflâsın Ertelenmesinin Etkileri*, Kocaeli, 2008 (İflâsın Ertelenmesi).
- DEYNEKLİ Adnan, “İcra ve İflas Kanununda 4949 Sayılı Kanunla Yapılan Sıra Cetveline İlişkin Değişiklikler”, *YÜHFD*, C. I, S. 2, 2005, s. 503-518.
- ERDÖNMEZ Güray, *İflâsta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- ERMAN Eyüp Sabri, “Kambiyo Senetlerine Müstenit İflâs”, *AD*, S. 7-10, 1967, s. 522-558.
- ERMENEK İbrahim, *İflâsın Ertelenmesi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- FRITSCHI Eugen, *Verfahrensfragen bei der Konkursöffnung*, Schulthess Juristische Medien AG, 2010.
- GIROUD Roger, *Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1981.
- GÖRGÜN L. Şanal/BÖRÜ Levent/KODAKOĞLU Mehmet, *Medenî Usûl Hukuku*, 12. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- GÖRGÜN L. Şanal/BÖRÜ Levent/KODAKOĞLU Mehmet, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- GÜRDOĞAN Burhan, *İflâs Hukuku Dersleri*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1966.

- HUNKELER Daniel (Hrsg.), *Kurzkomentar SchKG*, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014 (Bearb.: DIGGELMANN, Peter).
- JAEGER C., *Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs*, Art. Institut O. Füssli, Zürich, 1911.
- JAEGER Carl/WALDER Hans Ulrich/KULL Thomas M./KOTTMANN Martin, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Band II, 4. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1997.
- KALE Serdar, “İflas Hukukunda Masa Yükümlülüğü Kavramı”, *Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 603-623.
- KANTARCIOğLU Servet, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 115. Maddesi Çerçevesinde Medenî Usûl Hukukunda Dava Şartlarının İncelenmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- KARSLI Abdurrahim, *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, 4. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- KILINÇ Ayşe, *Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- KIRTILOğLU S. Serhat, *İflâs Davası*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- KONURALP Cengiz Serhat, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- KREN KOSTKIEWICZ Jolanta, *SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen*, 20. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2020.
- KREN KOSTKIEWICZ Jolanta/VOCK Dominik (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2017 (Bearb.: TALBOT, Philip).
- KURU Baki, *İflâs ve Konkordato Hukuku*, İstanbul, 1988 (İflâs).
- KURU Baki, “Dava Şartları”, *Makaleler*, Arıkan, 2006, s. 147-188.
- KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, 6. Baskı, İstanbul, 2001.
- KURU Baki, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 12. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013 (El Kitabı).

- KURU Baki/AYDIN Burak, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- KÜÇÜK Alper Tunga, *Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KÜÇÜK Alper Tunga/TAHIROĞLU Fatih, "Tüzel Kişilerin Adli Yardımdan Yararlanıp Yararlanamayacağı Üzerine Düşünceler", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1, 2024, s. 253-282.
- LORANDI Franco, "Gedanken zur Effektivität unseres Systems zur Vollstreckung von Geldforderungen", *AJP/PJA*, 11/2020 s. 1396-1422.
- LORANDI, Franco/CAMPONOV, Rico A., "Ein Vorschlag zur Revision des SchKG – Kautionspflicht, Vorschusspflicht, Armenrecht und Art. 169 SchKG bei Konkurs- und Nachlassmassen im Visier", *Der Schweizer Treuhänder*, 7-8/92.
- MUŞUL Timuçin, *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- ORUÇ Yakup/BİLGE Furkan, "Türk İflâs Hukukunda Tasfiye Masrafları Bağlamında İflâs Tasfiyesinin Akıbetinin Belirlenmesi", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2, 2024, s. 696-720.
- OSKAY Mustafa/KOÇAK Coşkun/DEYNEKLİ Adnan/DOĞAN Ayhan, *İİK Şerhi 100-176/b Maddeler*, C. 3, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- ÖZBEK Mustafa Serdar, *Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avantı*, 4. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- PEKCANITEZ Hakan, *Anonim Ortaklıkların İflâsı*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991.
- PEKCANITEZ Hakan, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Pekcanitez Usûl).
- PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 11. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

- PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 10. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- PEKSÖZ Vildan, “Hak Düşürücü Sürelerin Dava Şartı Olarak Nitelendirilme(me)si”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s. 101-126.
- STAEHELIN Adrian, “Die Revision des SchKG”, *BISchK*, 1990, s. 161-175.
- STAEHELIN Adrian/BAUER Thomas/STAEHELIN Daniel (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II*, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010 (Bearb.: NORDMANN, Philippe).
- TANRIVER Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 5. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- TORAMAN Barış, *İcra ve İflâs Kanunu’na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflâsın Ertelenmesi Talebi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- TÜRK Ahmet, *Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları (TTK m. 324)*, Nobel, 1999.
- ULUKAPI Ömer, *İcra ve İflâs Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.
- ÜSTÜNDAĞ Saim, *İflâs Hukuku*, 8. Bs., İstanbul, 2009.
- VOCK Dominik/MEISTER-MÜLLER, Danièle, *SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO*, 2. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2018.
- YILDIRIM Mehmet Kâmil/DEREN-YILDIRIM Nevhis, *İcra ve İflas Hukuku*, 7. Bs., Beta, İstanbul, 2016.
- YILMAZ Ejder, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- YILMAZ Ejder, “Borçlunun İhtiyarıyla Kendi İflâsını İstemesi Durumunda Mahkemenin İnceleme Yetkisi”, *Makaleler*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 475-510 (Borçlunun İhtiyarı).
- YILMAZ Ejder, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016 (Şerh).

BM Güvenlik Konseyi Listeleri ve İç Hukukta Terör Örgütünün Tespiti

Listen des UN-Sicherheitsrates und Bestimmung einer terroristischen Organisation im nationalen Recht

Prof. Dr. Güçlü Akyürek*

ÖZ

Terörle mücadele kapsamında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, gerçek kişi ve kurumları listeleyerek yaptırımlar uygulanmasına karar vermekte, üye devletler de bunu uygulamakla yükümlü kılınmaktadır. Öte yandan bir üye devlette, Türkiye’de, yargı yerlerinin bir örgütün terör örgütü olup olmadığını belirlerken söz konusu listeleri nasıl değerlendirmeleri gerektiği tartışılmalıdır. Bu çalışmada öncelikle listelerin hukuksal altyapısı ve gelişimi, sonrasında da temel ceza yargılaması ilkeleri ve Yargıtay kararları ışığında, bir terör örgütünün varlığı belirlenirken, adı geçen listelerin ispat gücü ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, akıllı yaptırımlar, terör örgütü, ispat kuralları, ceza davasında delil.

* MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (akyurekg@mef.edu.tr). ORCID: 0000-0002-5835-793X.



Lists of The Un Security Council and Determination of a Terrorist Organization in Domestic Law

ABSTRACT

In the fight against terrorism, the United Nations Security Council imposes sanctions on natural persons and entities by listing them, and member-states are bound by these decisions. However, in member-states, there must be clarity on how judicial authorities evaluate these entities when determining if they are terrorist organizations. This study examines the legal background and development of these lists, and their probative force in the light of the rules of evidence in criminal procedural law, as well as the case-law of the Turkish Court of Appeal in the process of determining a terrorist organization.

Keywords: *The United Nations Security Council, smart sanctions, terror organisation, rules of evidence, evidence in criminal case.*

GİRİŞ

Terör sözcüğünün kökeni Latince olup, “çok büyük korku, endişe” anlamına gelmektedir. Bu haliyle birçok dile yerleşmiştir¹. Günümüzde ise daha çok siyasi amaçlı şiddet olarak kabul edilmektedir². Böylece terör örgütlerinin genel amacının şiddet yoluyla siyasi hedeflerine ulaşmak olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zaten söz konusu amaç da asıl hedefleri gelir elde etmek olan suç örgütleriyle terör örgütleri arasındaki farkı ortaya koymaktadır³.

¹ Faruk Turinay, “Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:116, 2016, s.40.

² Ayşe Dicle Ergin, Terörizmin Finansmanının Önlenmesinde Malvarlıklarının Dondurulması, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 49.

³ Yeşim Yılmaz, “Terörizmin Finansmanı Suçu”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:17, S:3, 2020, ss.186.

Bununla birlikte kendi iç hukuklarında terör, terör suçu, terör örgütü gibi kavramları kolaylıkla tanımlayıp belirleyebilen devletler⁴, uluslararası düzeyde bunu başaramamaktadır. Örneğin birkaç on yılda yüzün üstünde terör tanımının yapıldığı bilgisi de bunun en açık delillerinden biridir⁵.

Ancak söz konusu tanımlarda en çok ön plana çıkan kavramların “siyaset” ile “cebir, şiddet, tehdit ve korku” olması⁶ da terör ve terör örgütlerini, uluslararası düzeydeki en önemli ve hatta can yakıcı konulardan biri yapmaktadır. Konunun siyasi boyutu, aslında değinilen “tanımlayamama” sorununun en başat nedenlerinden biridir ve bu çalışmada da ilgili tartışmalara yer yer değinilecektir. Ancak genel anlamda bu çalışmanın dışında kalmaktadır.

Uluslararası alanda resmi, genel bir tanım olmasa da şiddet, korku unsurları nedeniyle terör eylemleri ve terör örgütlerine karşı, genel bir söylemle, *terörizm*⁷ karşı başta Birleşmiş Milletler olmak üzere uluslararası örgütler tarafından, devletlerin uluslararası yükümlülükleri ve işbirliği çerçevesinde çeşitli önlemler alınmaya çalışılmakta, bunun da kaçınılmaz olarak ilgili devletlerin iç hukuklarında yansımaları ve sonuçları olmaktadır.

Bu çalışmada da adı geçen önlemlerden, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK) tarafından oluşturulan listeler ve bunun

⁴ İç hukuktaki yasal tanımların yasallık ve belirlilik ilkelerine ne kadar uyduğu hemen her zaman tartışlagelmiştir. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2007 yılındaki bir kararında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunundaki terör tanımının (m.1) “*yeterince ayrıntılı*” olduğunu söyleme gereği duymuştur bkz. YCGK E.2006/8-245 K.2007/13 T.30.01.2007 in Turinay, s. 45. Ancak söz konusu tartışma bu çalışmanın dışında kaldığından yalnızca değinmekle yetinilmektedir.

⁵ Halis Ayhan, “Terör Kavramı, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul Özelinde Birleşmiş Milletler’in 2001 Sonrası Terör Yaklaşımı”, *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, Y:11, S:21, 2015, s.119.

⁶ Ayhan, s. 121-122.

⁷ “Terörizm” kavramı da teknik olarak “terör eylemlerinin savunulması, aktarılması ve hatta geliştiren akım” olarak tanımlanabilmektedir bkz. Ergin, s. 50.

Türkiye'deki terör örgütlerine ilişkin yargılamalara hukuksal etkisi ele alınmaktadır. Öncelikle BMGK listelerinin ne olduğu ve nasıl oluştuğu açıklanacak (I), daha sonra Ceza Yargılaması Hukukundaki genel ispat kuralları çerçevesinde uygulamadaki durum ele alınacak (II) ve bu bilgiler ışığında bir değerlendirme yapılacaktır (III).

I. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ LİSTELERİ

Konunun ispat kurallarıyla birlikte iki ana parçasından birini oluşturan BMGK listeleri, aynı zamanda çalışmadaki tartışmanın da nedenini oluşturmaktadır. Bu bağlamda öncelikle BMGK sistemi açıklanacak (A), sonrasında da adı geçen listelerin ortaya çıkışı ve bugünkü durumu kısaca ortaya konacaktır (B).

A. Genel Olarak Birleşmiş Milletler ve Güvenlik Konseyi Sistemi

1939-1945 yılları arasında onlarca ülkenin katıldığı, çoğu sivil olmak üzere elli milyondan fazla insanın yaşamını kaybettiği ve dünya çapında bir yıkıma yol açan II. Dünya Savaşının yarattığı travmanın ertesinde, 24 Ekim 1945'te Birleşmiş Milletler (BM) örgütü kurulmuştur. Örgütün yapısı ve işleyişi "*anayasası*"⁸ olarak adlandırılan BM Şartı (*United Nations Charter*) tarafından açıklanmıştır.

Örgütün temel organlarından olan Güvenlik Konseyi, beşi daimî (Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Çin Halk Cumhuriyeti, Fransa ve Rusya Federasyonu) ve onu düzenli olarak değişen geçici üyeler olmak üzere on beş üyeden oluşur (m.23). Temel görevi de II. Dünya Savaşı sırasında yaşananlardan alınan dersler çerçevesinde "*uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasıdır*" (m.24). Aldığı kararlar, kural olarak, üye ülkeler açısından bağlayıcıdır (m.25).

Bu kapsamda çalışmanın konusuyla bağlantılı olarak BM Şartının 7. Bölümünde yer alan yetkiler ön plana çıkmaktadır. "*Barışın Tehdit Edilmesi, Bozulması ve Saldırı Eylemlerine İlişkin Önlemler*" başlıklı bölüm, Güvenlik Konseyine öncelikle böylesi bir durumun varlığını tespit etme, daha sonra da buna ilişkin tavsiye kararları alma ve önlemleri belirleme yetkisi tanımaktadır (m.39). BMGK, silahlı kuvvet

⁸ Ergin, s. 80.

kullanımı içermeyen önlemlere (yaptırımlar) başvurabileceği gibi (m.41), bunun “yetersiz” olması durumunda silahlı kuvvet kullanımına⁹ da karar verebilmektedir (m.42).

Tarihsel süreçte BMGK, konumuzla bağlantılı olan 41. maddedeki yetkilerini son derece geniş kullanmaktan çekinmemiştir. Bir yandan “uluslararası” sözü tüm devletleri etkileyecek kadar geniş değil “birden fazla devleti etkileyen” anlamında kabul edilerek çok sayıda sorun yetki alanının içine alınmıştır¹⁰. Diğer yandan da “barışın tehdidi” kavramını da “müthiş bir yaratıcılıkla” sürekli genişleterek terör örgütleriyle bağlantılı olduğunu kabul ettiği kişi ve kurumlara yaptırımlar uygulamıştır¹¹.

Söz konusu önlemler 41. maddede:

- Ekonomik ilişkilerin kesilmesi,
- İletişim ve ulaşımın kesilmesi,
- Diplomatik ilişkilerin kesilmesi

olarak sayılmıştır. Sayılan önlemler kısmen veya tamamen uygulanabileceği gibi uygulamadan da anlaşıldığı üzere kesinlikle sınırlı sayıda değildir.

Öte yandan sayılan önlemler/yaptırımlar aslında temelde devletleri hedef alarak hazırlanmıştır¹². Ancak II. Dünya Savaşı sonrasında kurulan sistemde 1990’lı yıllara kadar, “Soğuk Savaş” nedeniyle çok etkin biçimde başvurulamamıştır. 1980’lerde “Apartheid”

⁹ Afganistan ve Bosna-Hersek gibi görece yakın tarihli örnekler verilebilir bkz. https://legal.un.org/repertory/art42/english/rep_supp10_vol3_art42.pdf (Erişim: 13.2.2025)

¹⁰ Ayhan, s. 135.

¹¹ Ergin, s. 88; Karagözoğlu Cem, “Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararları ve İnsan Hakları İlişkisi”, *İstanbul University Public and Private Law Bulletin*, C.39, S:1, 2019, ss.220-221.

¹² Karagözoğlu, s. 222.

rejimiyle yönetilen Güney Afrika Cumhuriyeti'ne BMGK tarafından uygulanan yaptırımlar ender istisnalardandır¹³.

İlk başlarda askeri operasyonlara alternatif, barışçıl bir çözüm olarak görülen bu önlemler/yaptırımların özellikle 1990 yılında Irak'ın Kuveyt'i işgali nedeniyle uygulanması sırasındaki olumsuz etkileri birçok tartışmaya neden olmuştur. Başta UNICEF (Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu) ve WHO (Dünya Sağlık Örgütü) olmak üzere çok sayıda BM kuruluşu, yaptırımların siviller üzerindeki olumsuz etkilerini raporlamaya başlamışlardır¹⁴.

Böylece yaşanan tartışmalar sonucunda "akıllı yaptırımlar" ("smart sanctions") / "odaklı yaptırımlar" ("targeted sanctions") kavramları doğmuştur¹⁵. Artık BMGK, tüm halkıyla bir devleti cezalandırmak yerine bazı mallara ya da ilgili kişi ve kurumlara ilişkin kararlara yönelmeye başlamıştır¹⁶.

1990'lı yılların sonuna doğru akıllı/odaklı yaptırımlar, İsviçre tarafından başlatılan bir süreçle somutlaşmış ve ilk kez 1998 yılında Angola'daki bazı örgüt üyelerine yönelik seyahat yasakları ile ekonomik yaptırımlar olarak uygulanmıştır¹⁷.

Söz konusu ekonomik yaptırımlardan olan malvarlığının dondurulması önlemi ise özellikle 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra çok hızlı biçimde yaygınlaşmış, öncesinde barış ve güvenliği ihlal etmiş olan az sayıda kişi listelere girerken, artık terörizmi önleme amacı çerçevesinde herhangi bir suç kaydı olmasa da soyut şüphe altındaki kişiler eklenmiştir¹⁸.

¹³ Gordon Joy, "Smart Sanctions Revisited", *Ethics & International Affairs Journal*, 25, no:3, 2011, s.316.

¹⁴ Gordon, s. 315-316.

¹⁵ Tartışmaların ve sürecin ayrıntıları için bkz. Gordon s. 316 vd.

¹⁶ Karagözoğlu, s. 222; Ergin, s. 98-100.

¹⁷ UN Security Council Resolution 1173 (1998) bkz. Gordon, s.328; Ergin, s. 100-101.

¹⁸ Gordon, s. 328-329.

B. Listelerin Kısa Tarihçesi

Yukarıda kısaca değinilen süreç çerçevesinde 1999 yılında BMGK tarafından Afganistan'a ilişkin olarak alınan 1267 sayılı karar adeta bir milat olmuş, 2001 sonrası Amerika Birleşik Devletleri tarafından ekli listeye 200 yeni ismin eklettirilmesi yepyeni bir dönemi başlatmıştır¹⁹.

Getirilen sistem uyarınca kurulan bir Komite, devletler tarafından iletilen öneriler çerçevesinde yaptırım uygulanacak gerçek kişi ve tüzel kişi listelerini oluşturmakta, raporları incelemekte ve uygulamayı denetlemektedir²⁰. Devletin kararlara uymak konusunda herhangi bir takdir hakkı bulunmamaktadır²¹. Bununla birlikte devletler kararları nasıl yerine getireceklerini kendileri seçmektedir. Örneğin Danimarka, Finlandiya, İsveç, Kanada ve Norveç gibi ülkeler özel yasalar yapmışlardır²². Türkiye'de ise (TBMM tarafından onaylanarak) *"usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların"* yasa hükmünde olması nedeniyle (Anayasa m.90/5), o zamanki anayasal sistem çerçevesinde, Bakanlar Kurulunun idari kararları devreye girmiştir²³.

Güvenlik Konseyinin aynı usul çerçevesindeki kararları devam etmiş, 1333 ve 1373 sayılı kararlar alınarak yaptırımların uygulama alanı da genişletilmiştir²⁴. Diğer yandan söz konusu listelere yönelik, haklı eleştiriler de giderek artmıştır. Öncelikle listeye girişlerdeki kaynakların belirsizliği ve şeffaf olmaması, fikir alışverişinin bulunmaması eleştirilmiştir²⁵. *"İsnat ya da yargılama olmaksızın"* oluşturulan listelerin, savunma hakkını, dolayısıyla da adil yargılanma hakkını ihlal ettiği,

¹⁹ Gordon, s. 328.

²⁰ UN Security Council Resolution 1267 (1999) Art. 6; Karagözoğlu, s. 228-230.

²¹ Ergin, s. 148.

²² Ayşe Nur Tütüncü, "Güvenlik Konseyi Kararlarının İç Hukukta İcrası", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C:13, Eylül 2013, s. 21.

²³ Korkut Kanadoğlu, "Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un Mülkiyet Hakkı Açısından Değerlendirilmesi", *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S:4, Aralık 2014, ss.110-111; Tütüncü, s. 23-24.

²⁴ Yılmaz, s. 191-192.

²⁵ Ergin, s. 162.

listeden çıkma usullerinin belirsiz olduğu savunulmuştur²⁶. Ayrıca akıllı yaptırımların etkin olmadığı, baştaki insani kaygıları gidermediği de bazı yazarlarca ileri sürülmüştür²⁷.

Hatta bu çerçevede, üye devletlerin Şartın 25.maddesine göre Güvenlik Konseyi kararları ile bağlı oldukları ancak ulusal hukukta tanınan temel haklara müdahalenin bulunması durumunda, söz konusu bağımlılığın yalnızca “Şarta uygun kararlar” bakımından geçerli olduğu, “bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hususuna aykırı hükümler içeren yaptırım kararlarının Şarta uygun olmadığı, dolayısıyla devletlerin bu karara uyma yükümlülüğünün bulunmadığı yönünde görüşler” dile getirilmiştir²⁸.

Tüm bu eleştirilerin ışığında BMGK, sistemde çeşitli değişiklikler yapmak durumunda kalmıştır. Bazı örnekler şunlardır:

- Kararların yerine getirilmesini izleyen bir “İzleme Grubu” (“Monitoring Team”) kurulmuştur²⁹.
- Listeden çıkarma usulü (“De-listing Procedure”) getirilmiştir³⁰.
- Listeye girme koşulları daha somutlaştırılmıştır³¹.
- Listeden çıkarma usulünde Komiteye destek verecek bir “Bağımsız Denetçi” (“Ombudsperson”) makamı kurulmuştur³².

Günümüzde yaptırım uygulanan kişi ve örgütlerin adları, “Konsolide Liste” olarak topluca yayınlanmaktadır³³. Yüzlerce kişi ve örgüt halen yer almaktadır³⁴.

²⁶ Kanadoğlu, s. 113.

²⁷ Gordon, s. 331-332.

²⁸ Karagözoğlu, s. 232-233.

²⁹ UN Security Council Resolution 1526 (2004) Art. 6.

³⁰ UN Security Council Resolution 1730 (2006).

³¹ UN Security Council Resolution 1822 (2008) Art. 2.

³² UN Security Council Resolution 1904 (2009) Art. 20 vd.

³³ Furkan Yıldız, Terör Örgütlerinin Hukukî Tespiti ve Terörle Mücadelenin Hukukî Boyutları, Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 75.

Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi, adı listede yer aldığı için seyahat hakkı kısıtlanan ve malvarlığı dondurulan başvurunun İsviçre aleyhine açtığı *Nada* davasında söz konusu yaptırım sistemini değerlendirmiştir³⁵. İsviçre'nin yaptırımları uygulayarak başvurunun haklarına müdahalede bulunduğunu belirten Mahkeme (par. 166), müdahalenin hukuka uygun olup olmadığını belirlemek için klasik üç aşamalı testine geçmiştir. Yeterli yasal temelin olduğunu söyleyip (par. 173), meşru amacın da varlığını kabul ettikten sonra (par. 174), ölçülülük aşamasına geçmiştir.

BMGK kararlarının, üye devlet İsviçre açısından bağlayıcılığını kabul eden Mahkeme, bu ülkenin söz konusu kararların yerine getirilmesinde “*kısıtlı da olsa gerçek bir serbestiye*” sahip olduğunu altını çizmiştir (par. 180). İlgili devletin, bağlayıcı BMGK kararlarının yerine getirilmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini “*uyumlaştırmak*” zorunda olduğunu ve bunun için de olası tüm önlemleri alması gerektiğine işaret eden Mahkeme (par. 196-197), somut olayda İsviçre'nin bu “*adil dengeyi*” kuramadığına ve Sözleşmenin 8.maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir (par. 198-199)³⁷.

³⁴ Listenin uzunluğu 176 sayfadır bkz. <https://scsanctions.un.org/4bvoqen-all.html> (Erişim: 17.2.2025)

³⁵ AİHM, *Nada-İsviçre*, no:10593/08, 12 Eylül 2012, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22docname%22:\[%22\%22CASE%20OF%20NADA%20v.%20SWITZERLAND\%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-113118%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22docname%22:[%22\%22CASE%20OF%20NADA%20v.%20SWITZERLAND\%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-113118%22]}) (Erişim:10.12.2024)

³⁶ AİHM, başvurunun 2009 yılında listeden çıkartılmış olmasının, en az altı yıl boyunca yaptırımlara maruz kaldığı gerekçesiyle “mağdur” statüsünü etkilemediğine karar vermiş ve bu yöndeki İsviçre itirazını reddetmiştir (par. 126-130).

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Solène Guggisberg, “The Nada Case Before the ECtHR: A New Milestone In The European Debate On Security Council Targeted Sanctions And Human Rights Obligations”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, No:8, December 2012, ss. 411-435, <https://www.researchgate.net/publications/290771278> (Erişim:10.12.2024)

Mahkeme yine Büyük Daire olarak İsviçre'ye karşı verdiği bir başka kararda³⁸, BMGK kararı çerçevesinde malvarlığı dondurulan başvuruçuların İsviçre Federal Mahkemesi önündeki yargılama süreçlerini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesinde korunan “*adil yargılanma hakkı*” bakımından değerlendirmiştir. Mahkeme, başvurunun önce 6.madde kapsamına girdiği kabul etmiştir (par. 101). Daha sonra başvurunun esasını ele almış ve yine uluslararası yükümlülükleri dikkate almakla birlikte İsviçre Federal Mahkemesinin, başvuruçuların “*keyfi biçimde*” (“*arbitrarily*”) yaptırım listesinde yer alıp almadığını denetlemesi gerektiğini, oysa yalnızca başvuruçuların isimlerinin listede yer alıp almadığını, ilgili malvarlıklarının da onlara ait olup olmadığını kontrol etmekle yetindiğini belirtmiştir (par. 150). İsviçre makamlarının bazı pratik önlemlere başvurduklarını ancak bunların yeterli olmadığını söyleyen Mahkeme, 6.maddenin 1.fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir (par. 154-155).

Son olarak benzer bir liste uygulamasının 2001 yılından bu yana Avrupa Birliği bünyesinde de olduğu eklenmelidir. 27 Aralık 2001 yılında Avrupa Birliği Konseyi tarafından, BMGK 1373 sayılı kararının uygulanması için kabul edilen 2001/931 sayılı Ortak Tutum belgesinin 2.maddesine göre ekli listedeki kişi ve kurumlara yaptırım uygulanacağı belirtilmiştir. Daha sonra da konuya ilişkin çeşitli kararlar alınmış, liste sürekli güncellenmiştir³⁹. Bu bağlamda 26 Temmuz 2024 tarihinde kabul edilen 2024/2055 sayılı Uygulama Tüzüğü ekindeki listede 15 gerçek kişi ve 22 örgüt yer almaktadır⁴⁰.

³⁸ AİHM, *Al-Dulimi ve Montana Management Inc.-İsviçre*, no:5809/08, 21 Haziran 2016, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22docname%22:\[%22al-dulimi%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-164515%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22docname%22:[%22al-dulimi%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-164515%22]}) (Erişim:19.12.2024)

³⁹ Ahmet Ulutaş, “AB Genel Mahkemesi’nin 14 Aralık 2022 Tarihli PKK Kararı’nın Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(2), 2023, s.1421-1422.

⁴⁰ https://eur-lex.europa.eu/eli/reg_impl/2024/2055/oj/eng (Erişim: 17.2.2025)

II. CEZA YARGILAMASINDA DELİLLER VE TERÖR ÖRGÜTÜNÜN TESPİTİ

Klasik bir söylemle ceza yargılaması, suç işlendikten sonra failin belirlenerek adil biçimde yargılanmasını ve yasal çerçevedeki cezasının belirlenmesini içeren eylem ve işlemler bütünüdür⁴¹. Şüpheli/sanığın yargılama konusu suçu işleyip işlemediğini adil biçimde belirlemek için⁴² maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılır⁴³. Tarihsel süreçte önce suçluları cezalandırma amacıyla yola çıkan Ceza Yargılaması Hukuku, daha sonraları sanığın korunmasını da amaç edinmiş ve bu çerçevede hem bireysel hakları hem de toplum düzenini korumak adına maddi gerçeğe ulaşmayı temel amaç halinde getirmiştir⁴⁴.

Söz konusu amaç uyarınca yargılama sürecindeki “*olayın*” deliller aracılığıyla ispat edilmesi aranır⁴⁵. Bu çerçevede ancak suçluluk hiçbir şüphe kalmaksızın, bir başka deyişle “% 100” ispat edilebiliyorsa mahkûmiyet kararı verilebilir⁴⁶.

Dolayısıyla bir terör örgütünün varlığının ispatlanabilmesi için BMGK listelerinin nasıl bir işlevinin, etkisinin olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Bu çerçevede öncelikle değinilen ilke ve kuralların sonucu olan durum açıklanacak (A), daha sonra da konuya ilişkin olarak Yargıtay kararları incelenecektir (B).

⁴¹ Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Ankara, 2024, s. 87.

⁴² Andrew Ashworth / Mike Redmayne, *The Criminal Process*, 4th ed., Oxford, 2010, s. 23.

⁴³ Yusuf Başlar, “Ceza Muhakemesinde İspat”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y:12, S:2, 2022, s.1385. Aynı yönde bkz. AYM E.2020/35 K.2021/26 T.31.3.2021 RG.15.6.2021/31512

⁴⁴ Yenisey / Nuhoglu, s. 87-89.

⁴⁵ Yenisey / Nuhoglu, s. 544.

⁴⁶ Yenisey / Nuhoglu, s. 543. İngiliz sisteminde “makul şüphenin ötesinde” (“*beyond reasonable doubt*”) bir ispat kuralı arandığından, sistem daha esnek bzd. Ashworth / Redmayne, s. 25. Oysa Türkiye’de Yargıtay, yüksek olasılıkla bile cezalandırmayı, çok haklı olarak, reddetmiştir bzd. Y. 6.CD., E.2020/207, K.2020/4968, T.15.12.2020 in BAŞLAR, s. 1394.

A. Kurallar Çerçevesinde Var Olan Durum

1. Genel Olarak Deliller ve İspat

Türk Ceza Yargılaması Hukukunda, çeşitli derecelerdeki suç şüphesi altında bulunan kişinin yargılanmasında, hem iddianame hazırlayıp ceza davası açılmasını sağlayan Cumhuriyet savcılığı hem de tüm ilgili yargı yerleri, deliller aracılığıyla maddi gerçeğe ulaşmaya çalışır. Gerçekliği araştırılan olayı ispata yarayan her türlü araç olarak tanımlanabilecek delille⁴⁷ ilişkin olarak Ceza Yargılaması Hukukunda “serbestlik ilkesi” bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay Ceza Kurulu da açıkça “Yargılama konusu olayın açıklığa kavuşturulması ve maddi gerçeğin bulunabilmesi için ispat amacıyla kullanılan her araç delil olarak kabul edilir” diyerek bu ilkeyi vurgulamıştır⁴⁸.

Maddi gerçeğe ulaşmaya çalışan ceza yargıcısı, bu nedenle sunulan delillerle bağlı değildir ve re’sen delil araştırabilir. Bunun sonucunda da delillerin değerini, “serbestçe” takdir eder⁴⁹. Elbette bir hukuk sisteminde keyfi bir takdir kullanımı söz konusu olamayacağından ulaşılan sonucun makul gerekçelerle açıklanması gerekir ki bu sisteme de “vicdani delil sistemi” adı verilmiştir⁵⁰. Bu bağlamda kişiden kişiye kaçınılmaz olarak değişebilecek ispat anlayışının yaratabileceği olası çelişki ve ikilemler de gerekçe zorunluluğu ile giderilmektedir⁵¹ (Anayasa m.141; Ceza Muhakemesi Kanunu m.34).

Mahkemenin/yargıcının yanında yeterli şüpheyeye dayanarak iddianame düzenleyen ve ceza davasının açılmasını sağlayan Cumhuriyet savcısının da maddi gerçeğin peşinde olması karşısında

⁴⁷ Aynı yönde bkz. Yenisey / Nuhoğlu, s. 540.

⁴⁸ YCGK, E.2013/4-792, K.2014/17, T.21.01.2014 in Doğan Gedik, “Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C:21, Özel Sayı, 2019, s.946.

⁴⁹ Mahmut Koca, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S:2, Aralık, 2006, ss.208-209; Başlar, s. 1389.

⁵⁰ Koca, s. 209.

⁵¹ Başlar, s. 1392.

Ceza Yargılaması Hukukunda teknik anlamda bir “*ispat külfetinden*” söz edilemez. Yukarıda da değinildiği üzere yargıcın, sunulan delillerle bağlı olmadığı, resen delil araştırabildiği bir sistemde olması gereken de budur⁵².

Son olarak delillerin özelliklerine de değinmek gerekmektedir. Öğretide genel olarak kabul edilen değerlendirmeye göre deliller; gerçekçi, mantık kurallarına uygun, ispatlanacak konuyla ilgili, hukuka uygun ve müşterek olmalıdır⁵³. Buna göre delil öncelikle dış dünyadaki gerçeğin bir parçası olmalı, “*beş duyumuzla öğrenilebilmelidir*”. Çalışmanın konusuyla ilgisi bakımından belgeler delil olarak kabul edilmektedir. İkincisi, akla, mantık kurallarına uygun olmalıdır. Bir başka deyişle bilimce kabul edilmesi aranır. Üçüncüsü, delil ispatlanması istenen konuyla ilgili olmalıdır. İlgisiz verilerin yargılamada yeri yoktur. Dördüncüsü, delil hukuka uygun olarak elde edilmiş olmalıdır. Çok derin ve eski bir tartışma olmakla birlikte, kısaca açıklanmak istenirse, bir delilin yalnızca yasadaki kurallara değil, ister yargılanan kişinin lehine ister aleyhine olsun, insan hakları dâhil olmak üzere hukuk kurallarına uygun biçimde elde edilmesi anlamına gelmektedir⁵⁴. Yapılan tüm reformlara karşın, BMGK listelerinin oluşumunun başta temel hak ve özgürlükler olmak üzere hukuka uygunluğu günümüzde de son derece tartışmalıdır. Son olarak da delillerin müşterek olması yani yargılamadaki tarafların da öğrenmesi gerekmektedir. Hiçbir delil iddia ya da savunma tarafından gizlenmemeli, yargılama da ortak bir eylem olarak yerine getirilmelidir. Bunun sonucunda da herkesçe bilinenler dışında tüm bilgiler ortaya konup tartışılmalı ve mahkeme/yargıç da bu çerçevede hüküm kurmalıdır.

⁵² Yenisey / Nuhoğlu, s. 546. Yazarlar, az sayıdaki ispat külfeti örneklerini saymaktadırlar. Koca, s. 210.

⁵³ Yenisey / Nuhoğlu, s. 547 vd.; Koca, s. 213-214.

⁵⁴ Konuya ilişkin ayrıntılı tartışmalar için bkz. Güçlü Akyürek, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2012, ss. 61-82.

2. Terör Örgütünün Varlığı

Ceza yargılamasında deliller ve ispata ilişkin genel kuralları açıkladıktan sonra çalışmanın konusuyla bağlantılı olarak bir terör örgütünün varlığının hangi koşullarda kabul edildiğini, nasıl ispatlandığını ortaya koymak gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Türkiye’de genel ceza yasası niteliğindeki 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) yanında özel yasa durumundaki 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) da bulunmaktadır. Terör suçları ve terör örgütüne ilişkin tanımlar bu iki yasa arası göndermelerle yapılmıştır. Yeri gelmişken bu sistemin, belirlilik ve dolayısıyla da yasallık ilkeleri bakımından sorun yarattığının altı çizilmelidir.

Türk Ceza Kanununun yasadışı örgütlerle ilgili genel madde niteliğindeki 220.maddesi, hazırlık hareketlerini de cezalandıran bir tehlike suçu düzenlemektedir⁵⁵. Maddedeki örgüt tanımı uyarınca Yargıtay’ın aradığı ölçütler; en az üç üyenin olması, soyut bir bileşmeyi geçen gevşek de olsa bir hiyerarşinin varlığı, suç işleme amacı çevresinde somut bir birleşme ve sürekliliktir⁵⁶. Ayrıca amaç suçları işlemeye de araç ve gereç bakımından elverişli olması gerekmektedir⁵⁷.

Aynı yasanın 314.maddesine göre maddenin bulunduğu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerindeki suçları işlemek amacıyla kurulan silahlı örgüt ayrı olarak cezalandırılmaktadır. Bu aşamada devreye giren 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ise 1.maddesinde “terör” kavramını tanımlanmakta, 3.maddesinde “mutlak terör suçlarını”, 4.maddesinde de “nispi terör suçlarını” yani ancak 1.maddede tanımlanan terör amacıyla işlenmesi durumunda terör suçu olarak kabul edilen suçlar sayılmaktadır. “Terör örgütleri” başlıklı 7.maddeye göre ise terör örgütü kuranlar, yönetenler ya da bu örgüte üye olanlar Türk Ceza

⁵⁵ Vesile Sonay Evik, “Suç İşleme Amacıyla Örgütlenme Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*: Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C:19, S:2, İstanbul, 2013, s. 671-672.

⁵⁶ Evik, s. 678.

⁵⁷ Evik, s. 672. Bundan hareketle yazar, 220.maddede düzenlenen suçun “somut tehlike suçu” olduğunu belirtmektedir.

Kanununun 314.maddesine göre cezalandırılmaktadır. Bu iç içe geçmiş yapıya göre özel düzenleme olan “terör örgütünün” genel “suç örgütünden” farklı olarak aranan koşulları şunlardır⁵⁸:

- Terör örgütü, mutlaka cebir, şiddet kullanır, baskı, yıldırma, tehdit yöntemlerine başvurur (TMK m.1, m.7). Zaten “terör” sözcüğünün kökeni de buradan gelir,

- Terör örgütünün amacı herhangi bir suç işlemek değil TMK m.1’de belirtilen amaçlar için suç işlemektir. Bu da “*Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak*” amacıdır (TMK m.1, m.7),

- Mutlaka silahlı bir örgüttür (TMK m.7, TCK m.314),

- Maddelerin birbirine yaptığı göndermeler çerçevesinde araç ve gereç bakımından “*elverişlilik*” ölçütünün yanında örgütte en az üç kişinin de bulunması gerekmektedir (TMK m.7/1 → TCK m.314/4 → TCK m.220).

Dolayısıyla görevli yargı yerlerinin, yukarıda açıklanan delil ve ispat kuralları ışığında sayılan koşulların ve varsa terör örgütü kurma, yönetme ya da oraya üye olma gibi eylemlerin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğine karar vermesi gerekmektedir.

Türkiye’de hiçbir idari makamın terör örgütünü hukuken tespit etme yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte ilginç bir örnek olarak; Birleşik Krallık’ta bakanın yasal olarak bir kuruluşu terör örgütü olarak belirleme yetkisi vardır (*UK Terrorism Act 2000*). Sonradan bu karar parlamento tarafından yasa haline getirilmekte, ilgililer de idari ve yargısal itiraz yollarına başvurabilmektedirler⁵⁹. Benzer bir yetki 2001

⁵⁸ Turinay, s. 80.

⁵⁹ Yıldız, s. 81.

yılında Amerika Birleşik Devletleri dışişleri bakanına verilmiştir (*Patriot Act*)⁶⁰.

B. Yargı Yerlerinin Uygulamaları

BMGK listeleri Türkiye’de çalışmanın konusuyla bağlantılı olarak ceza davalarında gündeme gelmiş ve yargı yerleri genellikle bir örgütün adının bu listede olmasını delil olarak kabul etmiş ve diğer delillerle birlikte destekleyerek hükme varmıştır.

2015 yılında Yargıtay 16.Ceza Dairesi, TCK m.314/2 kapsamında yapılan bir yargılamadaki örgütün BMGK listesinde yer almasının yanında, örgüt üyelerince Türkiye’de gerçekleştirilen kasten öldürme, kişiyi özgürlüğünden yoksun gibi suçları da örnek vererek “*Terörle Mücadele Kanunu kapsamında bir terör örgütü olduğu*” sonucuna varmış ve mahkûmiyet hükmünü onamıştır⁶¹.

2016 yılında yine aynı Daire, bu kez bir başka örgüte ilişkin olarak yapılan benzer bir yargılamada, deliller arasında BMGK listesini belirtmiş, bunun yanında örgütün Türkiye’ye “*yönelik*” eylemleri hakkındaki istihbarat bilgilerini de sıralamıştır: yardım için para toplama faaliyetleri, Türkiye sınırlarından kişileri yasadışı olarak geçirme, sosyal medyada propaganda eylemleri, sanıkların cep telefonlarındaki fotoğrafları vb. Sonuçta tebliğnamedeki bozma görüşüne katılmayan Daire, mahkûmiyet hükmünü onamıştır⁶².

16.Ceza Dairesinin 2018 yılında üçüncü bir örgütle ilgili olarak verdiği kararı ise çalışmanın konusu bakımından son derece dikkat çekici ve önemlidir. Daire kararında öncelikle yurtdışında faaliyet gösteren bir örgüt söz konusu olduğundan yargılama yetkisini tartışmıştır. TCK m.13’te düzenlenen “*koruma ve evrensellik ilkelerini*”⁶³, adını belirtmeden uygulayan Daire, yargılamadaki suçlar bakımından

⁶⁰ Yıldız, s. 82.

⁶¹ Y. 16. CD., E. 2015/3515, K. 2015/2323, T. 15.7.2015, www.lexpera.com (Erişim: 17.12.2024)

⁶² Y. 16. CD., E. 2016/4279, K. 2016/5237, T. 27.10.2016, www.lexpera.com (Erişim: 17.12.2024)

⁶³ İlkelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 12.Bası, İstanbul, 2023, s. 179 vd.

yargı yetkisinin bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. İlgili suçların “mutlak terör suçu” olmasından hareketle, devamında terör, terör örgütü gibi kavramları açıkladıktan sonra bir terör örgütünün tespitinin ancak yargı yerleri tarafından yapılabileceğini ve bu karar verildikten sonra örgütün “hukuken varlık kazanacağını” haklı biçimde vurgulamıştır:

“Yargılama safahatında, dava ya da soruşturmaya konu oluşumun nerede, ne zaman, kimler tarafından, ne amaçla kurulduğu, ülke genelinde amaca elverişli eylem ve faaliyetlerine ilişkin bilgiler ilgili Devlet kurumlarından dosyaya getirtilmek suretiyle dosyada mevcut olay ve deliller doğrultusunda yargılama makamlarınca belirlenmekte ve yargı kararının kesinleşmesi ile oluşumun suç, terör ya da silahlı terör örgütü niteliğinde bulunup bulunmadığı kesin olarak tespit edilmektedir. Bir oluşumun örgüt olarak kabulü için uygulanacak kriterler yukarıda açıklanmıştır. Bu oluşum çıkar amaçlı suç örgütü olabileceği gibi, terör örgütü ya da silahlı terör örgütü olarak da yapılmış olabilir. Örgütün niteliklerinin mahkemece belirlenmesi bir tespit kararıdır. Önceden var olan ancak hakkında karar verilmediği için kamuoyu tarafından bilinmeyen örgütün hukuki varlık kazanması mahkemeler tarafından verilecek karara bağlı ise de, örgütün kurucusu, yöneticileri ya da üyeleri açısından, kuruluş tarihinden veya meşru amaçlarla kurulup daha sonra suç örgütüne dönüştüğü andan itibaren ceza hukuku bakımından işledikleri fiile göre sorumlu olacaklardır”.⁶⁴

Her ne kadar kararda BMGK listelerine ilişkin bir gönderme olmasa da yukarıdaki açık tespit ve kararın sonrasında, ilgili örgütün eylemleri üzerinden terör örgütü olduğu iddiasının delillendirilmesi, genel ilkeyi göstermektedir.

Diğer yandan 3.Ceza Dairesinin, yine yurtdışında bulunan dördüncü bir örgütle ilgili olarak 2021 ve 2023 yıllarında verdiği kararlarına da değinmek gerekmektedir. İlk kararda örgütün geçmişine ve faaliyetlerine ilişkin açıklama yapan Daire, örgütün BMGK listesinde yer aldığını belirtmiştir. Bunun yanında örgütün bir terör örgütü olduğu tespitini yaparken; artık ayrılmış olsa da örgütün kaynağını oluşturan ve terör örgütü olduğu mahkeme kararlarıyla tespit edilmiş olan bir başka

⁶⁴ Y.16. CD., E.2018/3775, K. 2018/5600, T.31.12.2018, www.yargitay.gov.tr (Erişim: 20.02.2025)

örgüte, kullandığı şiddet yöntemlerine ve yakalanan üyeleri ile silahlarına işaret etmiştir. Mahkûmiyet hükmü onanmıştır⁶⁵. 2023 yılında da aynı yaklaşım ve gerekçeler çerçevesinde mahkûmiyet hükmü onanmıştır⁶⁶.

III. DEĞERLENDİRME

Ceza Yargılamasında kural olarak her türlü verinin delil olabileceği bilinen bir gerçektir. Somut olayda birbiriyle çelişen delillerden birinin diğerine göre daha ikna edici olması olanaklı olmakla birlikte, teorik olarak diğerlerinden üstün olan bir delil yoktur. Yargı yerleri, gerekçesini sunmak koşuluyla, yasal karineler de dâhil olmak üzere hiçbir delille bağlı tutulamaz⁶⁷.

Bununla birlikte değerlendirme yapabilmek için delilin yukarıda değinilen özelliklere sahip olması gerekir. Çalışma konusunu oluşturan BMGK listelerini bu anlamda ele aldığımızda somut durumda bazı özelliklerin tartışmalı kaldığı görülmektedir. İspatlanacak konu olan bir terör örgütünün bulunup bulunmadığı ile ilgili olduğu ve davadaki taraflardan gizlenmediği yani “müşterek” olduğu kabul edilse de; bütün reformlara karşın listelerin oluşumundaki şeffaflık eksikliği ve siyasi amaçlar; gerçekçilik, hukuka uygunluk ve hatta mantık kurallarına uygunluk bakımından bazı belirsizliklerin oluşmasına neden olmaktadır. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa Birliği terör örgütleri listesine ilişkin olarak yapılan başvuru hakkında verdiği 25 Ocak 2019 tarihli kararında listeye konma nedeninin açıklanmasına ilişkin “yasal gerekçe bildirme” yükümlülüğünü vurgulamıştır⁶⁸.

AIHM’nin de hem “kısıtlı” da olsa bir değerlendirme alanının bulunduğu, hem de listedeki isimlerin “keyfi olarak” konulup konulmadığını denetleme yükümlülüğüne ilişkin içtihadı dikkate alındığında, iç hukukta terör örgütüne ilişkin bir yargılama yapan ceza

⁶⁵ Y. 3. CD., E. 2021/9563, K. 2021/11642, T. 8.12.2021, www.lexpera.com (Erişim: 17.12.2024)

⁶⁶ Y. 3. CD., E. 2022/8656, K. 2023/2542, T. 2.5.2023, www.lexpera.com (Erişim: 17.12.2024)

⁶⁷ Gedik, ss. 950-951.

⁶⁸ Case C-46/19 P bkz. ULUTAŞ, s. 1433.

mahkemesinin, kişinin/örgütün listede yer almasının delil niteliğini öncelikle tartışması gerektiğini söylemek gerekmektedir.

İlgili tartışmalar saklı kalmakla birlikte, BMGK kararları üye devletler açısından bağlayıcı olsa da bu bağlayıcılığın, kararlara konu yaptırımlarla sınırlı olduğu açıktır. Örneğin 1373 sayılı kararda, kaynak sağlamak da dahil olmak üzere terör eylemlerinin iç hukukta suç halinde getirilmesi ve buna uygun cezalarla cezalandırılması yükümlülüğü vurgulanmakla birlikte (art. 1, 2), yalnızca listede bulunmaya dayanarak ceza mahkûmiyeti kurulması zorunluluğundan söz edilemez. Zaten böylesi bir düzenleme emir/talimat niteliği taşıyacağından, siyasi bağımsızlığa (BM Şartı m.2/1), yargı bağımsızlığına (Anayasa m.9 ve 138) ve adil yargılanma hakkına (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6/1) aykırı olacaktır.

Tüm bu tartışma ve değerlendirmelerin ışığında somut yargılamada delil olduğu kabul edilen listenin değerlendirilme aşamasına geçilecektir⁶⁹. Hiçbir delil diğerinden üstün olmadığından görevli mahkeme, terör örgütünün varlığını tartışırken bütün hepsini birlikte değerlendirmek durumundadır. Burada da yine listelerin siyasi yönü ön plana çıkmaktadır. Söz konusu listeler hazırlanırken, bir yargı yerinin yapabileceği hukuksal değerlendirmeden çok, devletlerin güvenlik kaygıları ve uluslararası siyaset dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla bazı örgütler listede sürekli kalırken, bazıları girip çıkmakta, bazıları ise hiçbir zaman bu listelerde yer almamaktadır. Devletlerin de bu kapsamda farklı siyasi manevraları olabilmektedir.

O nedenle iç hukuktaki mahkeme, yargılamayı yaparken örgütün listede olmasını ya da olmamasını, teorik olarak somut olayda tek başına dikkate alamaz. Eğer terör örgütünün varlığı tespit edilecek ve mahkûmiyet hükmü kurulacaksa mutlaka somut başka delillerin varlığı olmak zorundadır. Nitekim aynı anlayışı yansıtacak biçimde, Avrupa Birliği Adalet Divanı 14 Aralık 2022 tarihindeki kararında, bir örgütün listeden çıkarılma yönündeki başvurusunu incelemiş ve

⁶⁹ Aynı yönde bkz. Koca, s. 221.

örgütün iddiaları ile eylemlerini de değerlendirerek başvuruyu reddetmiştir⁷⁰.

Yargıtay'ın kararlarında, örgütün listede bulunmasını diğer delillerle destekleyerek⁷¹ karar verdiği görülmekle birlikte listede yer almayı doğrudan kabul edip buna ilişkin hiçbir tartışmaya girmemiş olması yukarıda açıklanan çerçevede bir eksiklik olarak görülmelidir.

Sonuç olarak BMGK listelerinin uluslararası alanda üye devletleri de bağlayıcı biçimde önemli belgeler olduğu açıktır. Bununla birlikte iç hukuktaki ceza yargılamasında, öncelikle listenin, en azından AIHM içtihadınca konulan çerçevede, delil niteliği tartışılmalıdır. Geçerli bir delil olduğunun kabulünden sonra diğer delillerle birlikte, tipik bir ceza davasındaki gibi, sonuca gidilmelidir. Gerek temel ceza yargılamaları ışığında gerekse konunun siyasi ve devletlerarası boyutları dikkate alındığında, adı geçen listelerde yer almanın ya da almamanın, tek ya da mutlak delil olmadığı unutulmamalıdır. Söz konusu BMGK kararları, tüm tartışmalar saklı kalmakla birlikte, uluslararası hukukta bağlayıcıdır ve üye devletler özellikle idari işlemlerle buna uymaktadır. Bu bağlayıcılığın ceza yargılamasında tek başına ve doğrudan sonuç doğurması beklenemez.

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.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

⁷⁰ Case T-182/21 bkz. ULUTAŞ, s. 1436 vd.

⁷¹ Diğer delillerle ilgili tartışmaya, çalışmanın konusu dışında kaldığından girilmemiştir.

EXTENDED SUMMARY

Terrorism is commonly understood as politically motivated violence. In this context, terrorist organizations employ violence to pursue their political objectives. While governments can promptly define terrorism within their domestic legal frameworks, achieving a universal definition in the international arena remains elusive.

International organizations, such as the United Nations (UN), strive to develop effective measures to combat terrorism. One such measure involves listing individuals and entities and imposing sanctions on them. This study examines the impact of these sanctions on criminal procedure in domestic law. It begins by briefly outlining the United Nations Security Council (UNSC) sanctions system and proceeds to evaluate the issue in light of criminal procedure principles.

Following World War II, the UN was established, with the Security Council (UNSC) serving as a key body responsible for maintaining international peace and security (Article 24). In this capacity, the UNSC adopts binding measures for member states after identifying a threat to peace, a breach of peace, or an act of aggression (Article 39 and related provisions). Initially, these measures, rooted in Article 41, targeted governments. However, concerns over the adverse effects of such actions on civilians led to the introduction of "smart sanctions" or "targeted sanctions" in the 1990s. These sanctions focus on specific individuals and entities rather than entire nations.

The UNSC's listing process has faced longstanding criticism for its lack of transparency, fair trial guarantees, and overall inefficiency, highlighting the need for reform. Today, the "United Nations Security Council Consolidated List" spans 176 pages, comprising hundreds of individuals and entities.

*The Grand Chamber of the European Court of Human Rights has rendered two notable judgments concerning the UNSC's listing procedures in cases involving Switzerland. In *Nada v. Switzerland* (No. 10593/08, 12 September 2012), the Court determined that Switzerland had some, albeit limited, discretion in implementing binding UNSC resolutions. Switzerland was found to have failed to balance these obligations with its duties under the*

European Convention on Human Rights (ECHR), leading to a violation of Article 8.

Similarly, in Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland (No. 5809/08, 21 June 2016), the Court asserted its jurisdiction under Article 6 of the ECHR to review cases involving frozen assets. The Court criticized the Swiss Federal Court for only verifying the inclusion of the applicants' names on UNSC sanctions lists without ensuring they were not arbitrarily listed. This failure to guarantee fair proceedings resulted in a violation of Article 6 § 1.

The second part of this study focuses on evidentiary rules and the determination of terrorist organizations in criminal cases under Turkish law. According to Turkish Criminal Procedure Law, any type of data can serve as evidence, provided it complies with legal standards and the court's personal conviction. Evidence must be realistic, logical, relevant to the facts, lawful, and common.

The Turkish Penal Code outlines the criteria for defining terrorist organizations. Article 220 addresses organized crime groups, while Article 314 specifically targets armed groups aiming to threaten state security. Additionally, the Law on the Fight Against Terrorism (No. 3713) describes such groups as those employing force, violence, intimidation, or threats. Ultimately, Turkish courts have the sole authority to determine whether an organization qualifies as a terrorist group based on available evidence.

In several cases, Turkish Court of appeal have accepted the UNSC sanctions lists as evidence, in conjunction with other materials. However, the evidentiary quality of these lists remains contentious due to their political nature and lack of transparency. As a result, some organizations remain perpetually listed, others are removed, and some are never listed at all.

Without prejudice to these discussions, although the resolutions of the UNSC are binding on member states, their scope is limited to the implementation of related sanctions, such as asset freezes. It is legally untenable to establish an obligation to determine, in a criminal case, whether an entity is a terrorist organization or to convict individuals solely based on a UNSC list. Consequently, a court must render its judgment by thoroughly examining all factual and material evidence. The binding nature of the UNSC lists alone cannot lead to a direct and conclusive outcome.

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
BMGK	: Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi
C	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
E.	: Esas numarası
K.	: Karar numarası
No	: Numara
RG.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S	: Sayı
T.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu
UNICEF	: Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu
WHO	: Dünya Sağlık Örgütü
Y.	: Yargıtay
Y.	: Yıl
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

KAYNAKÇA

- AKYÜREK Güçlü, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2012, s. 61-82.
- AYHAN Halis, “Terör Kavramı, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul Özelinde Birleşmiş Milletler’in 2001 Sonrası Terör Yaklaşımı”, *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, Y:11, S:21, 2015, ss.117-146.
- BAŞLAR Yusuf, “Ceza Muhakemesinde İspat”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y:12, S:2, 2022, ss.1383-1399.
- CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 12.Bası, İstanbul, 2023.
- ERGİN Ayşe Dicle, *Terörizmin Finansmanının Önlenmesinde Malvarlıklarının Dondurulması*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.
- EVİK Vesile Sonay, “Suç İşleme Amacıyla Örgütlenme Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, C:19, S:2, İstanbul, 2013, s. 667-697.
- GEDİK Doğan, “Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C:21, Özel Sayı, 2019, ss.913-963.
- GORDON Joy, “Smart Sanctions Revisited”, *Ethics & International Affairs Journal*, 25, no:3, 2011, s.315-355.
- GUGGISBERG Solène, “The Nada Case Before the ECtHR: A New Milestone in the European Debate on Security Council Targeted Sanctions and Human Rights Obligations”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Issue: 8, 2012, ss.411-435.
- KANADOĞLU Korkut, “Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun’un Mülkiyet Hakkı Açısından Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S:4, Aralık 2014, ss.109-122.

- KARAGÖZOĞLU Cem, “Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararları ve İnsan Hakları İlişkisi”, *İstanbul University Public and Private Law Bulletin*, C.39, S:1, 2019, ss.217-273.
- KOCA Mahmut, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S:2, Aralık, 2006, ss.207-225.
- TURİNAY Faruk, “Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:116, 2016, ss.39-84.
- TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, “Güvenlik Konseyi Kararlarının İç Hukukta İcrası”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C:13, Eylül 2013, ss.17-26.
- ULUTAŞ Ahmet, “AB Genel Mahkemesi’nin 14 Aralık 2022 Tarihli PKK Kararı’nın Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi” (2023) 13(2) *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(2), 2023, ss.1415-1488.
- YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Ankara, 2024.
- YILDIZ Furkan, *Terör Örgütlerinin Hukuken Tespiti ve Terörle Mücadelenin Hukuki Boyutları*, Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2022.
- YILMAZ Yeşim, “Terörizmin Finansmanı Suçu”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:17, S:3, 2020, ss.177-267.

MÖHUK Kapsamında Evlat Edinme Ehliyeti, Şartları ve Şekline Uygulanacak Hukuk

Anwendbares Recht für die Adoptionsfähigkeit, -voraussetzungen und -form nach dem türkischen IPR-Gesetz

Dr. Öğr. Üyesi Melis Avşar*

ÖZ

Evlat edinmenin yabancılık unsuru içermesi halinde doğrudan Türk maddi hukuk kuralları uygulanarak bir karar verilemez. MÖHUK'ta kabul edilen sisteme göre hem küçüklerin hem de yetişkinlerin evlat edinilmesine m. 18 uygulanacaktır. Türkiye 1993 tarihli Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Konvansiyonu'na taraf olmakla birlikte bu Konvansiyon'da uygulanacak hukuka ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği için 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 18'in uygulanması gerekecektir. Maddenin ilk fıkrasında evlat edinme ehliyeti ve şartlarına uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Buna göre, evlat edinme ehliyeti ve şartlarına her bir tarafın milli hukuku uygulanacaktır. Bu düzenleme ile getirilen kuralın ne şekilde uygulanması gerektiği, yani bu hukukların birlikte mi ayrı ayrı mı uygulanması gerektiği konusu doktrinde tartışmalıdır. Üvey çocuğun evlat edinilmesi ve evli olmayan çiftlerin birlikte evlat edinmesi meseleleri bu çalışmada ayrıca inceleme konusu yapılmıştır. Evlat edinmenin şekline uygulanacak hukuk madde kapsamında düzenlenmediği için hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m. 7'nin uygulanması gerekecektir. Bu

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (melis.avsar@istanbul.edu.tr). ORCID: 0000-0001-7957-6851.



maddede alternatif bir bağlama kuralı kabul edilmiş olup işlemin yapıldığı yer hukuku (locus regit actum) veya işlemin esasına uygulanan hukuka (lex causae) göre geçerli olması gerekir. Evlat edinmenin şekli ve usulü arasında yapılacak ayırım, bu maddenin uygulanması bakımından da yol gösterici olacaktır.

Anahtar Kelimeler: MÖHUK m. 18, evlat edinme ehliyetine uygulanacak hukuk, evlat edinme şartlarına uygulanacak hukuk, evlat edinmenin şekline uygulanacak hukuk.

Applicable Law to Adoption Capacity, Conditions and Form according to the Turkish PILA

ABSTRACT

If the adoption contains a foreign element, a decision cannot be made by directly applying Turkish substantive law rules. According to the system adopted in the Turkish PILA, Art. 18 applies to the adoption of both minors and adults. Although Turkey is a party to the 1993 Hague Convention on the Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption, Article 18 of Law No. 5718 on (Turkish) Private International Law and Procedural Law (PILA) must be applied, since this Convention does not contain a provision on the applicable law. The first paragraph of this article determines the law applicable to the capacity and conditions of adoption. It provides that the law applicable to the capacity and conditions of adoption is the national law of each party. The way in which the rule introduced by this provision should be applied, i.e. whether these laws should be applied together or separately, is a matter of doctrinal debate. The issues of adoption of stepchildren and joint adoption by unmarried couples are considered separately in this study. Since this article does not regulate the law applicable to the form of adoption, Article 7 of the Turkish PILA, which determines the law applicable to the form of legal transactions, must be applied. This article accepts an alternative binding rule, which must be applied according to the law of the place where the transaction was concluded (locus regit actum) or the law

applicable to the substance of the transaction (lex causae). The distinction to be drawn between the form and the procedure of adoption will also be instructive in the application of this Article.

Keywords: APILICP art. 18, law to be applied to adoption law, law applicable to adoption conditions, law applicable to adoption.

Einleitung

Die Adoption ist ein rechtlicher Akt, durch den künstlich ein Familienverhältnis zwischen dem Kind und seiner Mutter und/oder seinem Vater hergestellt wird¹. Im türkischen Recht wird die Adoption, die in den Artikeln 305-320 des türkischen Zivilgesetzbuches (tZGB)² geregelt ist, als zivilrechtliches Rechtsverhältnis definiert, das einer gerichtlichen Entscheidung bedarf³. Es gibt jedoch viele Rechtssysteme mit unterschiedlichen Regelungen für die Begründung eines Adoptionsverhältnisses. Es ist beispielsweise bekannt, dass es Rechtsordnungen gibt, in denen das Adoptionsverhältnis durch eine Vereinbarung der Parteien, durch eine notarielle Urkunde oder durch eine Verwaltungsbehörde begründet werden kann. Darüber hinaus können die Voraussetzungen für eine Adoption von Rechtsordnung zu Rechtsordnung unterschiedlich sein. Diese Unterschiede sind umso wichtiger für die Bestimmung des anwendbaren Rechts, wenn es zu Streitigkeiten mit Auslandsberührung über das Bestehen oder die Voraussetzungen für die Begründung eines Adoptionsverhältnisses oder über die Adoptionsfähigkeit kommt.

¹ Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, 25. Auflage, Beta Yayınları, İstanbul, 2024, s. 374; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, 2. Auflage, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 219.

² Amtsblatt der Türkei Nr. 24607 Datum: 08.12.2001.

³ Serozan, s. 223; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 18. Auflage, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 332-333; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 4. Auflage, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 447; Mehmet Erdem/Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 1. Auflage, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 376.

Das auf die Adoption mit Auslandsbezug anwendbare Recht wird gemäß den Bestimmungen des Gesetzes Nr. 5718 über das Internationale Privat- und Verfahrensrecht⁴ (türkisches IPR-Gesetz) bestimmt. Nach türkischem Recht ist die Adoption ein Rechtsinstitut, das zur Begründung eines Familienverhältnisses und damit zur Entstehung eines Kindesverhältnisses zwischen dem Adoptierenden und dem Adoptierten führt. Eine rechtsvergleichende Analyse zeigt jedoch, dass die Adoption in einigen Ländern nicht kennt, während sie in anderen Ländern in einem anderen Kontext vorsieht⁵. Beispielsweise wird die Adoption im islamischen Recht nicht akzeptiert⁶. Die Pflege und Erziehung von Waisenkindern wird jedoch gefördert. Zwischen dem so erzogenen Kind und der Pflegeperson besteht jedoch kein Verwandtschaftsverhältnis, es ist nicht erbberechtigt und steht einer späteren Eheschließung nicht entgegen⁷.

Andererseits können Länder, die die Adoption akzeptieren, auch unterschiedliche Rechtsfolgen damit verbinden. Im Allgemeinen gibt es zwei Adoptionssysteme: die starke Adoption und die beschränkte (oder schwache) Adoption. Bei der starken Adoption endet die Beziehung zwischen dem Adoptierten und seinen leiblichen Eltern und das adoptierte Kind wird rechtlich als leibliche Kind des Adoptierenden angesehen⁸. In diesem System wird ein vollständiges

⁴ Amtsblatt der Türkei Nr. 26728 Datum: 12.12.2007.

⁵ Detaillierte Informationen zu den Adoptionssystemen der einzelnen Staaten finden Sie unten: https://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Downloads/DE/BZAA/Adoptionswirkungen_Laenderliste.html (Online 15.12.2024).

⁶ Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 23. Auflage, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 284; Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması*, 1. Auflage, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 18.

⁷ M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 7. Auflage, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 298; Andrea Büchler, *Das islamische Familienrecht: Eine Annäherung unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses des klassischen islamischen Rechts zum geltenden ägyptischen Familienrecht*, Stämpfli Verlag, Bern, 2003, s. 57-58.

⁸ Ruhi, *Evlat Edinme*, s. 19; Zeynep Derya Tarman/Işık Önay, „Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli“, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, 60. Cilt, 2. Sayı, 331-366, s. 333.

Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Adoptierenden und dem Adoptierten begründet. Ein solches Verwandtschaftsverhältnis entsteht auch zwischen dem Adoptierten und den Verwandten des Adoptierenden⁹. Zum Beispiel; Länder wie die USA, Deutschland und die Schweiz haben das Prinzip der starken Adoption übernommen¹⁰.

Nach dem zweiten System, der sogenannten beschränkten Adoption (oder schwachen Adoption), das im türkischen Recht eingeführt wurde, endet die Beziehung zwischen dem Adoptierenden und seiner leiblichen Familie jedoch nicht vollständig, und das adoptierte Kind erbt weiterhin von seinen leiblichen Verwandten¹¹. Bei der beschränkten Adoption kann das Verwandtschaftsverhältnis - im Gegensatz zur starken Adoption - mit Wirkung für die Zukunft aufgehoben werden¹². Dieses System wurde auch auf den Philippinen und in Mexiko übernommen¹³.

I. Qualifikation der Adoption

Wenn die Adoption in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich geregelt oder bezeichnet ist, stellt sich bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Streitigkeiten mit Auslandsbezug das Problem der Qualifikation¹⁴.

Dieser Qualifikationskonflikt tritt insbesondere in Rechtsordnungen auf, in denen das Institut der Adoption überhaupt nicht geregelt ist, die jedoch ähnliche Rechtsverhältnisse kennen. Beispielsweise sieht das islamische Recht anstelle der Adoption das

⁹ Dilara Zorlutuna, *İsviçre Medeni Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Küçüklerin Evlat Edinilmesi*, 1. Auflage, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 73.

¹⁰ Ruhi, *Evlat Edinme*, s. 19.

¹¹ Tuğrul Arat, „Evlat Edinme Hukukundaki Gelişmelere Toplumsal İşlevsel Açıdan Bakış“, *Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s. 135.

¹² Zorlutuna, s. 74.

¹³ Arat, s. 135.

¹⁴ Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Auflage, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 34 et al.

Institut der *Kafalah*¹⁵ vor. In einem vor türkischen Gerichten anhängigen Fall hatte der Richter zu entscheiden, ob ein durch ein *Kafalah*-Verhältnis begründetes Rechtsverhältnis nach Art. 18 des türkischen IPR-Gesetzes als Adoption oder nach Art. 10 als Vormundschaft zu qualifizieren ist.

Der Richter muss zunächst den Streitfall qualifizieren und die anzuwendende Kollisionsnorm bestimmen¹⁶. Meines Erachtens kann eine *lex-fori*-Qualifikation im Einzelfall den übergeordneten Interessen von Kindern abträglich sein. Selbst wenn z.B. keine Abstammungslinie zwischen den Parteien besteht, weil die Adoption im nationalen Recht des Adoptierenden nicht geregelt ist, sollte ein ähnliches Institut als Adoption qualifiziert werden, wenn es im nationalen Recht des anderen Staates ein Rechtsinstitut gibt, das Verpflichtungen in Bezug auf Fürsorge und Aufsicht auferlegt, und wenn zwischen den Parteien eine Beziehung hergestellt wird, die das Wohl des Kindes berücksichtigt¹⁷.

¹⁵ Nach diesem Institut des islamischen Rechts besteht zwischen dem Adoptierenden und dem adoptierten Kind kein Verwandtschaftsverhältnis. Das Verwandtschaftsverhältnis ist jedoch eine mit der Adoption eingegangene Verpflichtung, das adoptierte Kind so zu unterstützen, zu erziehen und zu schützen, wie ein Vater sein eigenes Kind behandeln würde. Siehe: Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Auflage, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024, s. 220.

¹⁶ Im internationalen Privatrecht gibt es vier grundlegende Methoden zur Qualifikation des Streitgegenstands. Bei diesen Methoden handelt es sich um die *lex-fori*-Qualifikation, die *lex-causae*-Qualifikation, die rechtsvergleichende Qualifikation und die funktionale/zweckbestimmte Qualifikation. Für weitere Informationen siehe: Jan v. Hein, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–24)*, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2015, Einl. IPR, Rn. 115; Tekinalp/Uyanık, s. 36.

¹⁷ Handelt es sich bei dem Streitgegenstand um eine Pflegefamilie oder ähnliche Einrichtungen, so wird auf die Stellungnahme verwiesen, dass auch diese im Rahmen des Art. 18 des türkischen IPR-Gesetzes als Adoption zu qualifizieren sind. Siehe: Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 221.

Die Beziehung zwischen der Pflegefamilie und dem Kind sollte, auch wenn die Abstammung nicht festgestellt ist, die Beziehung soweit sie einer

Enthält das ausländische Recht, auf das die durch Qualifikation bestimmte Kollisionnorm verweist, zu dieser Frage eine Normlücke, so ist das ausländische Recht nach der im internationalen Privatrecht geltenden Anpassungsmethode anzuwenden¹⁸. Unter Anpassung versteht man die Anwendung nebeneinander bestehender Rechtsordnungen nicht in ihrer ursprünglichen Form, sondern in einer dem konkreten Fall angemessenen modifizierten Form¹⁹. Daher sollten die Bestimmungen über das Sorgerecht des Adoptierenden dem Adoptionsverhältnis entsprechend angepasst und angewendet werden. Auf diese Weise wird eine Lösung erreicht, die die Interessen des Kindes wahrt.

II. Die in Art. 18 des türkischen IPR-Gesetzes angenommene Regel

A. Allgemeine Grundlagen

Bei Adoptionsstreitigkeiten mit Auslandsberührung kann das Gericht den Streit nicht durch unmittelbare Anwendung des türkischen Rechts lösen. Die Frage, welches Recht auf solche Streitigkeiten anzuwenden ist, wird in Art. 18 des türkischen IPR-Gesetzes geregelt. In den ersten beiden Absätzen des Artikels sind das auf die Adoptionsfähigkeit und die Adoptionsvoraussetzungen anwendbare Recht und im letzten Absatz das auf die Adoptionsbestimmungen anwendbare Recht geregelt. Darüber hinaus ist die Türkei auch Vertragspartei des „Haager Übereinkommens vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption“²⁰. Dieses Übereinkommen enthält jedoch

Adoptionsbeziehung ähnelt, im Sinne des internationalen Privatrechts als Adoption zu qualifizieren sein und in den Anwendungsbereich von fallen Art. 18 von türkische IPR-Gesetz. Siehe: Ekin Ömeroğlu, „Milletlerarası Özel Hukukta Koruyucu Aile Kurumuna Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi“, *Public and Private International Law Bulletin*, 2022, 42. Vol., 1. Issue, 1-25, s. 19.

¹⁸ Für diese Meinung, Siehe: Nazlı Albayrak Ceylan, *Milletlerarası Özel Hukukta Evlat Edinme*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 250.

¹⁹ Nomer, s. 135.

²⁰ Amtsblatt der Türkei Nr. 25438 Datum: 19.04.2004.

keine Regelung zum anwendbaren Recht bei Adoptionen. Es regelt nur das Verfahren der internationalen Adoption²¹.

Die Adoption im türkischen Recht wird entsprechend der Systematik des türkischen Zivilgesetzbuches in zwei Unterkapiteln behandelt: Adoption von Minderjährigen und Adoption von Erwachsenen oder entmündigten Personen. In diesem Zusammenhang wird Artikel 18 des türkischen IPR-Gezetzes im systematischen Rahmen des tZGB analysiert, wobei entscheidend ist, ob die adoptierte Person minderjährig oder erwachsen ist. Denn die zu schützenden Rechtsgüter unterscheiden sich je nach der Art der Adoption.

In der Vergangenheit erfolgte die Adoption von Erwachsenen überwiegend aus wirtschaftlichen Motiven. Ziel war es meist, das Vermögen innerhalb der Familie zu bewahren und die Interessen der adoptierenden Person in den Vordergrund zu stellen²². Demgegenüber dient die Adoption von Minderjährigen heute in erster Linie dazu, kinderlose Paare mit verlassenen und schutzbedürftigen Kindern zusammenzubringen - auch wenn der Missbrauch der Adoption zu Ausbeutungszwecken historisch ein ernstes Problem darstellte²³. In diesem Zusammenhang stehen die Interessen des adoptierten Kindes im Mittelpunkt und genießen besonderen Schutz²⁴. Die Adoptionspolitik hat sich daher zunehmend im Sinne des Kindeswohls sowie einer sicheren und förderlichen Erziehung weiterentwickelt²⁵.

Art. 18 des türkischen IPR-Gesetzes unterscheidet nicht zwischen der Adoption Minderjähriger und der Adoption Erwachsener. Die Regelung im türkischen IPR-Gesetz ist so formuliert, dass sie alle Adoptionen umfasst. Die Adoptionsfähigkeit und die Adoptionsvoraussetzungen richten sich nach dem nationalen Recht der

²¹ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 220.

²² Arat, s. 138.

²³ Arat, s. 159.

²⁴ Arat, s. 140.

²⁵ Emine Akyüz, „Evlat Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medeni Kanunu“, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara, 1995, s. 154.

jeweiligen Partei zum Zeitpunkt der Adoption. Bei der Adoption von Minderjährigen sehen die Vorschriften des materiellen Rechts den Schutz des Minderjährigen vor. Bei der Adoption von Erwachsenen steht hingegen der Schutz der Nachkommen des Adoptierenden im Vordergrund. Dieser Unterschied zwischen den Arten der Adoption sollte bei der Auslegung von Artikel 18 berücksichtigt werden. Daher wird versucht, das anzuwendende Recht danach zu bestimmen, ob die zu Adoptierende minderjährig oder erwachsen ist.

Eine weitere Unterscheidung kann hinsichtlich der Merkmale der Adoptivpersonen getroffen werden. Personen können entweder allein oder, wenn sie verheiratet sind, gemeinsam mit ihrem Ehepartner adoptieren²⁶. Nach türkischem Recht gilt die Adoption durch verheiratete Paare als Regelfall; die Adoption durch alleinstehende Personen ist hingegen nur ausnahmsweise zulässig. Der Grund dafür liegt in der engen Verbindung der Adoption mit der Institution Familie. Die Adoption soll auch das Verständnis der Gesellschaft vom Familienleben stärken. Aus diesem Grund ist es unverheirateten Paaren grundsätzlich nicht gestattet, gemeinsam ein Kind zu adoptieren.

B. Renvoi

Nach dem türkischen IPR-Gesetz ist der *Renvoi* nur in personen- und familienrechtlichen Streitigkeiten zu berücksichtigen, wenn die Kollisionsnormen des anzuwendenden ausländischen Rechts auf ein anderes Recht verweisen. Die Adoption ist ein familienrechtlicher Rechtsakt, durch den die Abstammung nachträglich festgestellt wird. Aus diesem Grund sind gemäß Art. 2(3) des türkischen IPR-Gesetzes

²⁶ Nach türkischem Recht ist es auch für Ehepaare Pflicht, gemeinsam zu adoptieren. Hiervon gibt es zwei Ausnahmen. Die erste ist, wenn ein Ehepartner das Kind des anderen Ehepartners adoptiert (Art. 306(3) des tZGB). Zum anderen kann der Ehegatte, der das dreißigste Lebensjahr vollendet hat, das Kind des anderen Ehegatten allein adoptieren, wenn er nachweist, dass es dem anderen Ehegatten nicht möglich ist, das Kind des anderen Ehegatten zu adoptieren, weil ihm die Einsichtsfähigkeit dauerhaft entzogen wurde oder sein Aufenthaltsort seit mehr als zwei Jahren unbekannt ist, oder wenn er seit mehr als zwei Jahren von seinem Ehegatten durch Gerichtsbeschluss getrennt lebt (Art. 308(3) des tZGB).

auch das auf die Fähigkeit und die Voraussetzungen der Adoption anwendbare Recht und die Kollisionsnormen des auf die Bestimmungen der Adoption anwendbaren ausländischen Rechts zu berücksichtigen.

Das türkische Recht kennt nur der einmalige *Renvoi* (Verweisung). Die Kollisionsnorm bezieht sich auf das ausländische Recht in seiner Gesamtheit (Gesamtverweisung), also auch auf dessen Kollisionsregelungen. Aufgrund der einmaligen Verweisung bleiben diese aber unbeachtet; angewendet werden ausschließlich die materiell-rechtlichen Normen des Rechts, auf das verwiesen wird²⁷.

Es ist offensichtlich, dass der *Renvoi* auf Fragen der Adoptionsfähigkeit, der Adoptionsvoraussetzungen und der Adoptionsbestimmungen anwendbar ist. Die Zulässigkeit der *Renvoi* in Fragen der Form von Rechtsgeschäften ist jedoch umstritten²⁸. Der *Renvoi* ist in Fragen der Form von Rechtsgeschäften nicht zulässig²⁹. Obwohl die Form der Adoption dem Familienrecht zuzuordnen ist, ist m.E. ein *Renvoi* in Bezug auf die Form der Adoption nicht anzunehmen, und zwar sowohl deshalb, weil mangels einer Sonderregelung in Art. 18 des türkisches IPR-Gesetzes die allgemeinen Formvorschriften des Art. 7 Anwendung finden, als auch deshalb, weil es die Natur der Sache es nicht erfordert, einen *Renvoi* zu berücksichtigen. Denn das auf die Form im Rechtsverkehr anwendbare Recht wird als Alternative dargestellt und soll die größtmögliche Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts gewährleisten. In diesem Fall ist es nicht erforderlich, die *Renvoi* eines

²⁷ Für detaillierte Informationen über die *Renvoi* im türkischen internationalen Privatrecht, siehe: Nomer, s. 145 et al.; Aysel Çelikel/B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 18. Auflage, Beta Yayınları, İstanbul, 2024, s. 112 et al.; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 61 et al.; İnci Ataman Figanmeşe, „Lahey Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış“, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 22. Cilt, 2. Sayı, 2002, 39-74, s. 39 et al.; Süheyla Balkar Bozkurt, „Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi“, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan*, 2. Cilt, 2014, 795-894, s. 795 et al.

²⁸ Balkar Bozkurt, *Renvoi*, s. 828.

²⁹ Nomer, s. 156; Çelikel/Erdem, s. 198.

nach dem Recht des *locus regit actum* oder nach dem auf den Streitgegenstand anwendbaren Recht (*lex causae*) wirksamen Rechtsgeschäfts zu akzeptieren.

C. Adoption von Minderjährigen

Bevor das auf die Adoption von Minderjährigen anwendbare Recht analysiert wird, soll kurz auf die materiellrechtlichen Vorschriften des türkischen Rechts eingegangen werden. Die Vorschriften über die Adoption Minderjähriger finden sich im tZGB. Die Art. 305-312 des tZGB enthalten die Vorschriften über die Adoption Minderjähriger³⁰. Die materielle Wirksamkeit der Adoption ist an eine Reihe von Voraussetzungen geknüpft, die sowohl der Adoptierte als auch die Adoptierenden erfüllen müssen.

Die erste Voraussetzung für die Adoption ist die Adoptionsfähigkeit. Minderjährige müssen nicht voll handlungsfähig sein; sie können sogar handlungsunfähig sein³¹. Sind sie jedoch voll handlungsfähig oder beschränkt handlungsfähig, das heißt, urteilsfähig, müssen sie der Adoption zustimmen³². Stehen die Kinder unter Vormundschaft - unabhängig davon - ob sie urteilsfähig sind oder nicht -, können sie nicht ohne die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde adoptiert werden (Art. 308(3) des tZGB). Die Urteilsfähigkeit der Minderjährigen bedeutet, dass sie in der Lage sein müssen, die Bedeutung und die Folgen der Adoption zu verstehen. Eine gesetzliche oder gerichtliche Altersgrenze existiert nicht; vielmehr ist die Urteilsfähigkeit in jedem Einzelfall individuell zu prüfen³³. Die

³⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 333 et al.; Kılıçoğlu, s. 456 et al.; Aydın Zevkliler/Emre Cumalıoğlu/Mehmet Beşir Acabey, *Aile Hukuku*, 1. Auflage, Adalet Yayınları, 2024, s. 394 et al.; Erdem/Makaracı Başak, s. 377 et al.;

³¹ Murat Aydoğdu, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*, 2. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 114.

³² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 339; Erdem/Makaracı Başak, s. 382; Zevkliler/Cumalıoğlu/Acabey, s. 396.

³³ Ruhi, *Evlat Edinme*, s. 32.

urteilsfähigen Kinder müssen selbst in die Adoption zustimmen. Eine Zustimmung durch einen Vertreter ist nicht möglich³⁴.

Nach türkischem Recht muss eine Adoption im Interesse des Minderjährigen erfolgen, um dessen Wohl sicherzustellen³⁵. Unter dem Wohl der Minderjährigen ist zu verstehen, dass die Adoption nicht zu finanziellen oder wirtschaftlichen Zwecken erfolgt, sondern um sicherzustellen, dass die Minderjährigen in einem guten familiären Umfeld aufwachsen und eine elterliche Beziehung zwischen den Adoptierenden und den Adoptivkindern hergestellt wird³⁶. In diesem Zusammenhang, das heißt zu Prüfung, ob die Adoption dem Wohl der Minderjährigen dient, sieht das tZGB vor, dass das minderjährige Kind ein Jahr lang vom Adoptierenden betreut und erzogen worden sein muss. Nach Ablauf dieser Frist kann festgestellt werden, ob zwischen dem minderjährigen Kind und den Adoptierenden ein Verwandtschaftsverhältnis entstanden ist oder ob die Adoption dem Wohl der Kinder dient³⁷.

Die letzte Voraussetzung für die Adoption ist die Zustimmung der leiblichen Eltern der Kinder zur Adoption. Die Zustimmung der Eltern ist unabhängig davon erforderlich, ob der Minderjährige urteilsfähig ist oder nicht, da die Adoption den Verlust des Sorgerechts zur Folge hat³⁸. Gemäß Art. 390 des tZGB muss die Zustimmung schriftlich oder mündlich vor dem Gericht am Wohnsitz der Eltern oder des Minderjährigen erfolgen. Die Zustimmung ist auch dann gültig, wenn die Identität der Adoptiveltern nicht angegeben wird oder die Adoptiveltern noch nicht feststehen³⁹.

Die Voraussetzungen für die Adoptierenden sind, dass die Person(en), die adoptieren möchte(n), urteilsfähig und über 30 Jahre alt

³⁴ Aydoğdu, s. 119.

³⁵ Aydoğdu, s. 136; Şükran Şipka, „4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi“, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1999, 57. Cilt, 1-2. Sayı, 301-322, s. 308.

³⁶ Ruhi, *Evlat Edinme*, s. 40.

³⁷ Akıntürk/Ateş, s. 376.

³⁸ Aydoğdu, s. 192.

³⁹ Akıntürk/Ateş, s. 376; Kılıçoğlu, s. 464.

ist/sind⁴⁰, und dass die zu adoptierende Person mindestens 18 Jahre älter ist als das minderjährige Kind, der adoptiert werden soll⁴¹.

Für die Begründung eines Adoptionsverhältnisses sind zudem die Zustimmung der urteilsfähigen Minderjährigen (Art. 308 des tZGB), die Zustimmung der Eltern (Art. 309 des tZGB), die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde (Art. 308 Abs. 3 des tZGB) und bei der Adoption von Mündigen und beschränkt Mündigen die Zustimmung des Ehegatten (Art. 313 Abs. 2 des tZGB) erforderlich⁴².

Diese Vorschriften des türkischen Rechts können bei einer internationalen Adoption nur angewendet werden, wenn das in den Kollisionsnormen bezeichnete Recht türkisches Recht ist⁴³.

Nach Art. 18 des türkischen IPR-Gesetzes ist für die Adoptionsfähigkeit und die Adoptionsvoraussetzungen das nationale Recht jeder Partei zum Zeitpunkt der Adoption maßgebend. Der Artikel bevorzugt nicht das Recht einer Partei gegenüber dem Recht der anderen Partei in der Adoption. Es wird festgelegt, dass das Recht beider Parteien anzuwenden ist⁴⁴. In der Rechtsvergleichung wird

⁴⁰ Eine Ausnahme bildet der Fall der gemeinschaftlichen Adoption durch Ehepaare. Art. 306(2) des tZGB sieht keine Altersgrenze für Ehepaare vor, die seit mindestens fünf Jahren verheiratet sind.

⁴¹ Akıntürk/Ateş, s. 375; Kılıçoğlu, s. 463.

⁴² Süleyman Yalman, „Evlat Edinmede Rıza“, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8. Cilt, 1-2. Sayı, 2004, 1-16, s. 2; Didem Özcan, „Evlat Edinmede Rıza“, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 75. Cilt, 1. Sayı, 707-722, s. 708.

⁴³ Die Ausnahme von dieser Regel ist der Eingriff der *ordre public* (öffentliche Ordnung). Es gibt Entscheidungen des türkischen Kassationsgerichtshofs, die fälschlicherweise die Adoption kategorisch als eine Angelegenheit der öffentlichen Ordnung anerkennen. Ausführliche Informationen zu diesem Thema, siehe: Tarman/Önay, s. 335 et al.

⁴⁴ Eine ähnliche Regelung gibt es auch im österreichischen Recht. Nach § 26 des österreichischen IPRG gilt für die Adoption sowohl das Recht des Annehmenden als auch das des Adoptivkindes. In der Fortsetzung des Artikels wird jedoch geregelt, dass, wenn das Kind das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, das Recht des Adoptivkindes nur mit Zustimmung des Kindes oder Dritter, die in einem familienrechtlichen Verhältnis zum Kind

jedoch im Allgemeinen das Recht einer der Parteien, als dominierend angesehen und als anwendbares Recht bevorzugt. So ist nach deutschem Recht bei einer Adoption im Ausland das nationale Recht des Adoptierenden zum Zeitpunkt der Adoption anzuwenden⁴⁵. Nach belgischem Recht ist das nationale Recht des Adoptierenden zum Zeitpunkt der Adoption auf die Voraussetzungen der Adoption anwendbar. Wenn jedoch die Anwendung des ausländischen Rechts eindeutig dem Wohl des Adoptierten widerspricht und der Adoptierenden oder der Adoptierten eindeutig eine engere Beziehung zu Belgien hat, kann das Gericht belgisches Recht anwenden⁴⁶.

Darüber hinaus gibt es in einigen Rechtssystemen Voraussetzungen, die die unmittelbare Anwendung des eigenen Rechts (*lex fori*) auf Adoptionen vorsehen. Wenn beispielsweise nach englischem Recht die englischen Gerichte international zuständig sind, um über eine Adoption zu entscheiden, ist auf den Rechtsstreit englisches Recht anzuwenden⁴⁷. Im schweizerischen Recht ist die Situation ähnlich. Die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte für Adoption ist im IPRG in den §§ 75 und 76 geregelt, und § 77 regelt das

stehen, anzuwenden ist (Gesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 15.6.1978) (<https://www.jusline.at/gesetz/iprg/>) (Online 15.12.2024).

⁴⁵ Deutsches EGBGB § 22 (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche) (<http://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/>) (Online 15.12.2024).

⁴⁶ Belgisches IPR § 67 (Wet houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, 16.07.2004) (<http://www.ejustice.just.fgov.be/>) (Online 15.12.2024).

⁴⁷ Im englischen Recht sind die Vorschriften zur Adoption im „Adoption and Children Act 2002“ enthalten (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/contents>) (Online 15.12.2024). Das vorgenannte Gesetz regelt nicht das auf Adoptionen mit Auslandsberührung anzuwendende Recht. Da es sich bei der Adoption jedoch um ein Verhältnis handelt, das durch eine in England ergangene gerichtliche Entscheidung begründet wurde, wird die Anwendung des englischen Rechts im Rahmen der Regel der *lex fori* auf das Verfahren akzeptiert. Siehe: Paul Torremans, „Legitimacy, Legitimation and Adoption“, in Paul Torremans, and James J Fawcett (eds), *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, 15. Edition, Oxford Academic, 2017, s. 1210.

auf Adoptionen mit Auslandsberührung anwendbare Recht. Nach §§ 75 und 76 IPRG ist auf die Voraussetzungen der Adoption schweizerisches Recht anwendbar. Wird die Adoption jedoch weder nach dem nationalen Recht noch nach dem Recht des Wohnsitzes des oder der Adoptierenden anerkannt und führt dies zu erheblichen Nachteilen für das adoptierte Kind, kann das Gericht die materiellen Voraussetzungen dieses Rechts berücksichtigen⁴⁸.

Aus rechtsvergleichender Sicht stellt sich zunächst die Frage, wie das Recht des Adoptierenden und das Recht des Adoptierten in einem Rechtsstreit gemeinsam angewendet werden können, um die Anwendung von Art. 18(1) des türkischen IPR-Gesetzes zu ermöglichen⁴⁹. Die Ursache für dieses Problem liegt in der Notwendigkeit, zwei verschiedene Rechtsordnungen gemeinsam auf den Rechtsstreit anzuwenden. Grundsätzlich sind zwei verschiedene Lösungen denkbar. Das nationale Recht der Parteien kann gemeinsam auf den Fall angewendet werden. Das bedeutet, dass die Voraussetzungen, die nach dem nationalen Recht des Adoptierenden erforderlich sind, auch für den Adoptierten gelten. Oder aber jede Partei wendet auf die Streitigkeit die Vorschriften ihres eigenen nationalen Rechts an. Beide Meinungen werden mit unterschiedlichen Begründungen vertreten. In der Rechtsprechung des türkischen Kassationsgerichtshofs gibt es jedoch keine gefestigte Praxis zu dieser Frage. Es gibt Entscheidungen, die beide Meinungen stützen können⁵⁰.

Betrachtet man zunächst die Praxis des türkischen Kassationsgerichtshofs, so stellt man fest, dass der Kassationsgerichtshof verschiedene Urteile erlassen hat, die beide Meinungen unterstützen. In dem Fall, der Gegenstand einem Urteil⁵¹ des 2. Kammer des türkischen

⁴⁸ Schweiz IPRG Art. 77. (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987) (<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>) (Online 15.12.2024).

⁴⁹ Nomer, s. 286; Çelikel/Erdem, s. 326; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 223.

⁵⁰ Tarman/Önay, s. 336.

⁵¹ Das Urteil der 2. Kammer des türkischen Kassationsgericht mit der Nummer E. 1982/3640 in der Rechtssache K. 1982/4124 (Datum:) 06.05.1982 (www.kazanci.com/) (Online 15.12.2024).

Kassationsgerichtshofs vom 06.05.1982 war, wollte Karl Peter, ein deutscher Staatsangehöriger, die türkische Staatsangehörige Ulviye adoptieren. Gemäß Art. 253 des (aufgehobenen) tZGB musste der Adoptierende über 40 Jahre alt sein und zwischen dem Adoptierenden und dem Adoptierten musste ein Altersunterschied von 18 Jahren bestehen. Da Karl, ein deutscher Staatsangehöriger, das 40. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, wandte das Kassationsgericht die Voraussetzungen für eine Adoption nach türkischem Recht auf den deutschen Staatsangehörigen als Adoptierenden an und entschied, dass die Voraussetzungen für eine Adoption nicht erfüllt waren⁵².

Andererseits gibt es auch Urteile des türkischen Kassationsgerichtshofs, die besagen, dass auf jede der Parteien nur ihr nationales Recht anzuwenden ist⁵³. In einem neueren Urteil⁵⁴ des 2. Kammer des türkischen Kassationsgerichtshofs hat G. C., eine turkmenische Staatsangehörige, ein Kind namens H. İ., ebenfalls turkmenischer Staatsangehöriger. Im vorliegenden Fall wollte der Ehemann von G. C., ein türkischer Staatsangehöriger, H. İ. adoptieren. Das Kassationsgericht hielt die direkte Anwendung des türkischen Rechts für fehlerhaft und entschied, dass die Frage, ob der Ehemann die Fähigkeit und die Voraussetzungen für eine Adoption besitzt, nach türkischem Recht und die Frage, ob der adoptierte Minderjährige die Fähigkeit und die Voraussetzungen für eine Adoption besitzt, nach turkmenischem Recht zu beurteilen sei.

Untersucht man die Frage im Lichte der in der Rechtslehre vertretenen Meinungen, so zeigt sich, dass die Ansichten in beide Richtungen gehen. Nach einer Meinung sollte das nationale Recht beider Parteien gemeinsam auf die Adoption Anwendung finden. Andernfalls

⁵² Weitere Urteile des Kassationsgerichtshofes in diesem Sinn, siehe: Nomer, s. 286 dn. 123; Çelikel/Erdem, s. 326 dn. 197; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 224.

⁵³ Tarman/Önay, s. 336 dn. 14.

⁵⁴ Das Urteil der 2. Kammer des türkischen Kassationsgericht mit der Nummer E. 2010/14140 in der Rechtssache K. 2012/615 (Datum: 19.01.2012). Zum Text des Urteils siehe: Nuray Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı*, 2. Bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 38-39.

würde die ausschließliche Anwendung des nationalen Rechts einer Partei - typischerweise des Annehmenden - zu einer Dominanz der Rechtsordnung dieser Partei führen, da in der Regel besondere Anforderungen an den Annehmenden gestellt werden⁵⁵.

Nach der gegenteiligen Meinung führt die wörtliche Auslegung des Art. 18 des türkischen IPR-Gesetzes zu dem Ergebnis, dass auf jede Partei jeweils nur ihr eigenes nationales Recht anwendbar ist⁵⁶. Außerdem bestehe immer die Möglichkeit, den adoptierten Minderjährigen durch den *ordre public* zu schützen⁵⁷.

Eine weitere in Artikel 18 geregelte Frage betrifft das auf die Zustimmung des anderen Ehegatten zur Adoption. Nach Art. 18 Abs. 2 des türkischen IPR-Gesetzes, wonach das nationale Recht der Ehegatten

⁵⁵ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 223. Für weitere Meinungen in dieser Richtung siehe: Nomer, s. 286; Çelikel/Erdem, s. 326; Günseli Öztekin Gelgel, „Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler“, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 4. Cilt, 8. Sayı, 2005, 119-148, s. 143; Ruhi, Evlat Edinme, 81; Ziya Akıncı/Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 138; Kılıçoğlu, s. 450-dn.467; Gülin Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Auflage, Yetkin Yayınları, 2022, s. 149; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı*, 1. Auflage, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 94; Merve Acun Mekengeç, „Evlat Edinme Ehliyeti ve Şartlarına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Ortaya Çıkabilecek Sorunlar ve Çözüm Önerileri“, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14. Cilt, 177-178. Sayı, 2019, 1263-1292, s. 1279; Hatice Selin Pürselim, „Milletlerarası Evlat Edinmeye Uygulanacak Hukuk“, *IMCOFE'19 Antalya 24-26 April 2019 Proceeding&Abstract Book*, Tuğrul Aktaş (ed.), 2019, s. 330.

⁵⁶ Tekinalp/Uyanık, s. 182; Tuğrul Ansay, „Türk Hukukunda Evlatlık İlişkinin Kurulması ve Bunun Sınır Ötesine Yansıması“, *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*, Turhan Kitabevi, 2008, s. 95; Tarman/Önay, s. 337; Vahit Doğan/Alper Çağrı Yılmaz/Lale Ayhan İzmirli, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Auflage, Savaş Yayınevi, Ankara, 2024, s. 362; Sibel Özel/Mustafa Erkan/Hatice Selin Pürselim/Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Auflage, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s. 309; Albayrak Ceylan, s. 271.

⁵⁷ Tarman/Önay, s. 337.

in Bezug auf die Zustimmung des anderen Ehegatten gemeinsam anzuwenden ist, kann m.E. der Schluss gezogen werden, dass es die Absicht des Gesetzgebers war, das nationale Recht jeder Partei getrennt auf die Adoption anzuwenden. Darüber hinaus enthält Art. 18 des türkischen IPR-Gesetzes eine Regelung, die nicht nur die Adoption Minderjähriger, sondern auch die Adoption Erwachsenen betrifft. Art. 18 sollte daher nicht nur zum Schutz des Adoptivkindes ausgelegt werden.

Schließlich ist auf die Ausnahme in Art. 3 zu Art. 18(1) des türkischen IPR-Gesetzes hinzuweisen. Nach Art. 3 mit der Überschrift „Variable Streitigkeiten“ ist in Fällen, in denen das anwendbare Recht aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts bestimmt wird, die Staatsangehörigkeit, der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt zum Zeitpunkt der Klageerhebung maßgebend, sofern nichts anderes bestimmt ist. Nach Art. 18(1) ist Anknüpfungspunkt die Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Adoption. Als Zeitpunkt der Adoption gilt der Tag, an dem das Gericht die Adoption ausspricht⁵⁸. In der Lehre wird kritisiert, dass der Anknüpfungspunkt in Art. 18 auf den Zeitpunkt der Adoption festgelegt ist, da er durch Änderungen der Staatsangehörigkeit der Parteien, die nach Einreichung der Adoptionsklage eintreten können, beeinflusst wird⁵⁹.

D. Adoption von Erwachsenen und entmündige Personen

Die Adoption Erwachsenen und entmündige Personen ist nach türkischem Recht möglich. Da diese Situation jedoch als Ausnahme angesehen wird, sieht das tZGB strenge Voraussetzungen für solchen Adoption vor⁶⁰. Art. 313 des tZGB regelt die besonderen Voraussetzungen für die Adoption Erwachsenen und entmündige Personen⁶¹. Art. 313 lautet: *„Mit ausdrücklicher Zustimmung der*

⁵⁸ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 226.

⁵⁹ Acun Mekengeç, s. 1273.

⁶⁰ Süheyla Balkar, „Türk Hukukunda Evlat Edinme“, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2. Cilt, 2004, 235-266, s. 250.

⁶¹ Kılıçoğlu, s. 469.

Nachkommen des Adoptierenden kann ein Erwachsener oder eine entmündige Person in folgenden Fällen adoptiert werden.

1. wenn sie wegen körperlicher oder geistiger Behinderung dauernd hilfsbedürftig ist und vom Adoptierenden mindestens fünf Jahre lang gepflegt und erzogen worden ist,

2. wenn sie als Kind von dem Adoptierenden mindestens fünf Jahre lang gepflegt und erzogen worden ist,

3. andere berechtigte Gründe vorliegen und die adoptierte Person seit mindestens fünf Jahren mit dem Adoptierenden in einer Familie lebt.

Eine verheiratete Person kann nur mit Zustimmung des Ehegatten adoptiert werden.

Im Übrigen gelten die Vorschriften über die Minderjährigenadoption entsprechend.“

Art. 18(1) des türkischen IPR-Gesetzes gilt auch für die Adoption Erwachsenen und entmündige Personen. Da es sich bei der adoptierten Person jedoch nicht um ein Kind handelt, sind die in Art. 18 enthaltenen Auslegungen des Kindeswohls auf die Adoption eines Erwachsenen nicht anwendbar. Da beispielsweise die Voraussetzung, dass die Adoption dem Wohl des Kindes dienen muss (Art. 305(2) des tZGB), nicht für die Adoption von Erwachsenen oder von entmündige Personen gilt, sollte das Eingreifen des *ordre public* aus diesem Grund weiter eingeschränkt werden.

Wenn die zu adoptierende Person verheiratet ist, muss ihr Ehegatte gemäß Art. 313(2) des tZGB zustimmen. Im Hinblick auf die möglichen Folgen der Adoption, wie z.B. die Änderung des Familiennamens des Adoptivkindes, ist die Zustimmung des Ehegatten des Adoptivkindes gesetzlich vorgeschrieben⁶².

Die Zustimmung des Ehegatten des Adoptierenden ist zum Zeitpunkt der Stellung des Adoptionsantrags erforderlich. Heiratet der Adoptierende nach Einreichung des Adoptionsantrags, ist die Zustimmung des Ehegatten nicht erforderlich. In der Lehre wird jedoch

⁶² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 316-317; Kılıçoğlu, s. 469; Akıntürk/Ateş, s. 379.

vertreten, dass das Gericht im Rahmen seiner Ermittlungspflicht den Ehegatten des Adoptierten anhören muss⁶³. Dies ist der zweite Fall, in dem die Zustimmung des Ehegatten bei einer Adoption nach türkischem Recht erforderlich ist. Parallel dazu regelt Art. 18(2) des türkischen IPR-Gesetzes das anwendbare Recht in Bezug auf die Zustimmung des Ehegatten des Adoptierten. Es wird davon ausgegangen, dass diese Vorschrift über die Zustimmung des Ehegatten bei der Adoption die Harmonie in der ehelichen Gemeinschaft gewährleisten soll⁶⁴. Hinsichtlich der Zustimmung des Ehegatten des Adoptierten ist das Recht des Adoptierten und seines Ehegatten gemeinsam anzuwenden; das Recht des Adoptierenden findet keine Anwendung⁶⁵. Fehlt eine solche Zustimmung nach dem Recht des Adoptierenden und seines Ehegatten, so ist unerheblich, ob sie nach dem Recht des Adoptierten erforderlich ist⁶⁶.

Es ist möglich, dass das Recht einer der Parteien die Adoption Erwachsenen nicht zulässt oder keine Vorschriften über die Adoption Erwachsenen enthält. In einem solchen Fall kann in der Regel kein Adoptionsverhältnis begründet werden⁶⁷. Unabhängig davon, ob es sich bei der zu adoptierende Person um einen Erwachsenen ist oder nicht, kann ein Adoptionsverhältnis durch Anwendung dieser Vorschriften im Wege der Anpassung begründet werden, wenn es im Recht einer der

⁶³ Aydoğdu, s. 350; Özcan, s. 718.

⁶⁴ Tekinalp/Uyanık, s. 182.

⁶⁵ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 227.

⁶⁶ Für die Meinung, dass, wenn das nationale Recht des Adoptivkindes und seines Ehegatten ein ausländisches Recht ist und die Zustimmung nach diesem ausländischen Recht nicht eingeholt werden kann, die Zustimmung im Wege des *ordre public* eingeholt werden sollte, siehe: Tarman/Önay, s. 348.

⁶⁷ Nomer, s. 286. Für die Auffassung, dass im Falle der Adoption von Minderjährigen ein Eingriff in die *ordre public* im Rahmen von Art. 5 des türkischen IPR-Gesetzes in Frage kommen könnte, siehe: Albayrak Ceylan, s. 284.

Parteien ein anderes Rechtsinstitut gibt, das dem Rechtsinstitut der Adoption ähnlich ist⁶⁸.

In seiner Urteil⁶⁹ aus dem Jahr 2023 stellte das türkische Kassationsgericht fest, dass das Urteil des erstinstanzlichen Gerichts, das den Fall eines erwachsenen georgischen Staatsbürgers, der von einem türkischen Staatsbürger adoptiert werden wollte, mit der Begründung zurückgewiesen hatte, dass die Adoption von Erwachsenen im georgischen Recht nicht vorgesehen sei, im Einklang mit dem türkischen IPR-Gesetz stand. Es wurde entschieden, dass das Adoptionsverfahren nicht durchgeführt werden kann, weil das Adoptionsverhältnis im Recht einer der Parteien nicht anerkannt ist.

III. Sonderfälle der Adoptionsfähigkeit und den Adoptionsvoraussetzungen

A. Adoption eines Stiefkindes

Die Adoption des Kindes des anderen Ehegatten durch einen Ehegatten, d.h. die Stiefkindadoption, ist in den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich geregelt. Im türkischen Recht ist die gemeinsame Adoption durch Ehegatten die Regel. In einigen Ausnahmefällen können Verheiratete auch allein adoptieren⁷⁰. Abgesehen von diesen Ausnahmefällen besteht die andere Möglichkeit für ein Ehepaar, ein Kind allein zu adoptieren, in der Stiefkindadoption⁷¹. Nach Art. 306(3) des tZGB kann ein Ehegatte das Kind des anderen adoptieren, sofern die Ehe mindestens zwei Jahre gedauert hat oder der Ehegatte das dreißigste Lebensjahr vollendet hat. Wie man sieht, ist die Adoption eines Stiefkindes im türkischen Recht an

⁶⁸ Albayrak Ceylan, s. 281.

⁶⁹ Das Urteil der 2. Kammer des türkischen Kassationsgericht mit der Nummer E. 2022/10237 in der Rechtssache K. 2023/2184 (Datum: 04.05.2023) (www.lexpera.com.tr) (Online 15.12.2024).

⁷⁰ Weitere Informationen siehe: Dural/Öğüz/Gümüş, s. 342 et al.; Kılıçoğlu, s. 462.

⁷¹ Şipka, s. 309 et al.

weniger strenge Voraussetzungen geknüpft als die gemeinsame Adoption durch Ehegatten⁷².

Im schweizerischen Recht ermöglicht Art. 264c Absatz 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB)⁷³ dem anderen Ehegatten die Adoption eines Stiefkindes, wenn die Ehegatten mindestens drei Jahre verheiratet sind. Im deutschen Recht sieht § 1741 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)⁷⁴ vor, dass ein Ehegatte das Kind des anderen Ehegatten allein annehmen kann. Die für die Adoption erforderlichen Voraussetzungen, wie das Wohl des Kindes und die Pflege des Kindes für eine gewisse Zeit, gelten auch für die Stiefkindadoption.

Auf die Adoption eines Stiefkindes kann ausländisches Recht anwendbar sein. Dies gilt etwa, wenn der Ehegatte eines türkischen Staatsangehörigen das Kind eines Ausländers adoptieren möchte, der mit einem türkischen Staatsangehörigen verheiratet ist und sich in der Türkei niedergelassen hat, unterliegt die Adoption nach dem Recht des adoptierenden türkischen Staatsangehörigen und nach dem Recht des adoptierten ausländischen Kindes. Auch der umgekehrte Fall ist möglich. In einem Urteil⁷⁵ der 2. Kammer des türkischen Kassationsgerichtshofs hat das Gericht entschieden, dass bei einem Antrag eines türkischen Staatsangehörigen, der das Kind seiner ausländischen Ehefrau, einer russischen Staatsangehörigen, adoptieren möchte, die Voraussetzungen des nationalen Rechts des russischen Staatsangehörigen Niko zu prüfen sind.

⁷² Akıntürk/Ateş, s. 374; Zorlutuna, s. 90.

⁷³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de) (Online 15.12.2024).

⁷⁴ Bürgerliches Gesetzbuch (<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>) (Online 15.12.2024).

⁷⁵ Das Urteil der 2. Kammer des türkischen Kassationsgericht mit der Nummer E. 2023/7857 in der Rechtssache K. 2024/3657 (Datum: 21.05.2024) (www.lexpera.com.tr) (Online 15.12.2024).

B. Gemeinsame Adoption durch unverheiratete Paare

Eine weitere Frage, die im Zusammenhang mit Art. 18 Abs. 1 des türkischen IPR-Gesetzes zu diskutieren ist, betrifft die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Adoption durch unverheiratete Paare. Diese Frage gewinnt international an Bedeutung, insbesondere im Hinblick auf die gemeinschaftliche Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare. z.B. in Deutschland seit dem 1. Oktober 2017 können gleichgeschlechtliche Paare auch heiraten⁷⁶. Haben gleichgeschlechtliche Paare eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet, ist eine gemeinschaftliche Adoption nicht möglich. Nach BGB § 1741 II können nur verheiratete Paare gemeinsam adoptieren⁷⁷.

Im englischen Recht wird im Anschluss an die Regelung der gemeinsamen Adoption durch Paare der Begriff des Paares definiert. Danach ist ein Paar ein verheiratetes Paar oder ein gleich- oder verschiedengeschlechtliches Paar, das ein dauerhaftes gemeinsames Familienleben führt. Somit können auch unverheiratete Paare nach englischem Recht adoptieren⁷⁸.

Im türkischen Recht werden in Art. 306(1) des tZGB zwei Adoptionsgrundlagen anerkannt. Der erste Grund besagt, dass Ehegatten nur gemeinsam adoptieren können. Der zweite Grund besagt, dass unverheiratete Personen nicht gemeinsam adoptieren können. In Anbetracht der Entwicklungen in der Welt hat sich die Adoption in der Geschichte zur Adoption von Kindern entwickelt, die auf Hilfe angewiesen sind. Adoptiveltern sind in der Regel Paare, die keine eigenen Kinder haben oder bekommen können, jedoch den Wunsch haben, ein Kind großzuziehen⁷⁹. Da homosexuelle Paare auf biologischem Wege keine Kinder bekommen können, ist die Adoption

⁷⁶ BGB § 1353 I: Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.

⁷⁷ Scholz/Kleffmann FamR-HdB/von der Tann, 45. EL Mai 2024, Teil N Rn. 138.

⁷⁸ Adoption and Children Act 2002 Art. 144(4) (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/contents>) (Online 15.12.2024).

⁷⁹ Lynn D. Wardle, „A Critical Analysis of Interstate Recognition of Lesbian Gay Adoptions“, 3. Vol., *Ave Maria Law Review*, 2005, 561-616, s. 565.

für sie die günstigste Möglichkeit, eine Familie zu gründen und ein Kind großzuziehen. Die Möglichkeit, dass ein Kind von zwei Müttern oder zwei Vätern aufgezogen wird, wurde mit der Begründung kritisiert, dass dem Kind dadurch der elterliche Einfluss des Elternteils des anderen Geschlechts vorenthalten würde⁸⁰.

Da das türkische Kassationsgericht das anwendbare fremde Recht zur Adoption im türkischen Recht fälschlicherweise und kategorisch als Verstoß gegen die *ordre public* einordnet⁸¹, ist es möglich, dass nicht nur homosexuelle Paare, sondern auch unverheiratete heterosexuelle Paare mit Eingriffen in die türkische *ordre public* konfrontiert werden, wenn sie gemeinsam adoptieren wollen⁸². Das Haager-Übereinkommen von 1993, dem die Türkei beigetreten ist, enthält jedoch keine Bestimmung, die gleichgeschlechtliche Adoptionen verbietet⁸³. Das Haager-Übereinkommen fördert das Aufwachsen von Kindern in einem familiären Umfeld. Daher kann man sagen, dass die Erziehung eines Kindes in einem familiären Umfeld durch ein homosexuelles Paar dem Wohl des Kindes mehr dient als die Unterbringung des Kindes in einem Waisenhaus. Mit der Begründung, dass dies dem Wohl des Kindes dient, kann eine Auslegung dahingehend vorgenommen werden, dass auch Adoptionen durch

⁸⁰ Lynn D. Wardle, „The Hague Convention On Intercountry Adoption and American Implementing Law: Implications For International Adoptions By Gay And Lesbian Couples Or Partners“, 1. Vol., 18. Issue, *Indiana International&Comparative Law Review*, 2008, 113-152, s. 131 et al.

⁸¹ Die 2. Kammer des Kassationsgerichtshofs hat im Fall der Anerkennung einem ausländischen Adoptionsurteil entschieden, dass „...die Fähigkeit und die Voraussetzungen der Adoption an die *ordre public* gebunden sind...“ und hat kategorisch die nationalen Rechtsvorschriften über die Adoption als *ordre public* angewandt. Zum Urteil siehe: Das Urteil der 2. Kammer des türkischen Kassationsgericht mit der Nummer E. 2003/8317 in der Rechtssache K. 2003/9830 (Datum: 30.06.2003) (www.kazanci.com/) (Online 15.12.2024).

⁸² Tarman/Önay, s. 345.

⁸³ Wardle, Hague Convention, s. 135.

gleichgeschlechtliche Paare im Rahmen des Übereinkommens als gültig angesehen werden können⁸⁴.

Der Erläuternde Bericht zum Übereinkommen erlaubt es den Vertragsstaaten jedoch, die Anerkennung der gemeinschaftlichen Adoption durch Personen desselben Geschlechts aus Gründen der *ordre public* abzulehnen⁸⁵. In der türkischen Gerichtspraxis ist es sehr unwahrscheinlich, dass das Übereinkommen auf diese Weise ausgelegt wird, um gleichgeschlechtlichen Paaren Adoptionsrechte zu gewähren. In der Praxis können gleichgeschlechtliche Paare daher ein Kind adoptieren, wenn einer der Ehegatten das Kind allein adoptiert. Der andere Partner hat jedoch keinen Anspruch auf das Kind⁸⁶.

IV. Anwendbares Recht für die Form der Adoption

Art. 18 des türkischen IPR-Gesetzes enthält keine besondere Vorschrift über das auf die Form der Adoption anzuwendende Recht. Es gilt daher die allgemeine Formvorschrift von Art. 7 des türkischen IPR-Gesetzes. Danach genügt es, wenn die Adoption nach dem Recht des Staates, in dem die Adoption stattfindet (*locus regit actum*), oder nach dem auf die Adoption anzuwendenden Recht (*lex causae*) formgültig ist⁸⁷. Nach der in der Lehre vertretenen Gegenmeinung kann Art. 7 nicht auf die Form der Adoption angewendet werden. Es ist das Recht des

⁸⁴ Wardle, Hague Convention, s. 134.

⁸⁵ G. Parra-Arraguren, *Explanatory Report On The Convention On Protection Of Children And Co-Operation In Respect Of Intercountry Adoption*, HCCH Publications 1994, Art. 11, Rn. 79.

⁸⁶ Candan Yasan, „Eşcinsellerin Evlat Edinmesi“, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s. 906.

⁸⁷ Çelikel/Erdem, s. 327; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 229; Faruk Kerem Giray, „Uluslararası Sözleşmelerde Evlat Edinme“, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 19. Cilt, 1-2. Sayı, 1999, 333-350, s. 335; Doğan/Yılmaz/Ayhan Laleli, s. 364; Güngör, s. 151; Begüm Süzen, *Milletlerarası Özel Hukukta Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, 1. Auflage, On İki Lehva Yayınları, İstanbul, 2020, s. 184; Bahar Küpe, *Milletlerarası Özel Hukukta Şekil*, 1., Auflage, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 114.

Staates anzuwenden, in dem das Adoptionsverfahren stattgefunden hat⁸⁸.

In den Fällen, in denen das Haager Adoptionsübereinkommen Anwendung findet, wird die Adoption kraft Gesetzes anerkannt⁸⁹. Darüber hinaus sollte eine ausländische Adoption, die in der Türkei wirksam wird, anerkannt werden⁹⁰. Die Anerkennung kann in einem gesonderten Anerkennungsverfahren oder als Vorfrage in einem anhängigen Verfahren beantragt werden⁹¹. Das Gericht entscheidet gemäß Art. 7 des türkischen IPR-Gesetzes, ob die Adoption formell gültig ist oder nicht. Beispiel: A, französischer Staatsangehöriger, adoptiert einen Minderjährigen algerischer Staatsangehörigkeit und verstirbt fünf Jahre später. Wenn der Adoptierte Erbensprüche auf das Vermögen von A in der Türkei geltend macht und die Schwester von A diese Ansprüche bestreitet, wird vor den türkischen Gerichten als Vorfrage geprüft, ob die Adoption wirksam ist. Bei dieser Prüfung bestimmt sich die Wirksamkeit der Adoption nach dem Recht des Staates, in dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde (*locus regit actum*), oder nach dem auf den Rechtsstreit anzuwendenden Recht (*lex causae*).

Die Frage der Form der Adoption in der Türkei, die ein ausländisches Element hat, kann in zwei Gruppen analysiert werden. Die Adoption kann entweder durch die Adoption eines Schutzkindes⁹² oder durch eine zwischenmenschliche Vereinbarung erfolgen. Bei der Adoption eines Kindes, das in der Türkei unter Schutz steht, hat die

⁸⁸ Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 318.

⁸⁹ Artikel 23 der Haager Adoptionsübereinkommen: *„Eine Adoption wird in den anderen Vertragsstaaten kraft Gesetzes anerkannt, wenn die zuständige Behörde des Staates, in dem sie durchgeführt worden ist, bescheinigt, dass sie gemäß dem Übereinkommen zustande gekommen ist. Die Bescheinigung gibt an, wann und von wem die Zustimmungen nach Artikel 17 Buchstabe c erteilt worden sind.“*

⁹⁰ Tanribilir/Şit Köşgeroğlu, s. 1049.

⁹¹ Çelikel/Erdem, s. 810.

⁹² Die Generaldirektion für Kinderbetreuung des Ministeriums für Familie und soziale Sicherheit ist eine Vermittlungsstelle für Adoptionsverfahren nach dieser Verfahrensweise.

Frage des Verfahrens und nicht die Form der Transaktion an Bedeutung gewonnen⁹³. Denn im Vergleich zum aufgehobenen tZGB ist die Adoption heute ein Verfahren, das ausschließlich durch gerichtliche Entscheidung erfolgen kann. Selbst bei einer einvernehmlichen Adoption zwischen den Parteien ist eine gerichtliche Entscheidung erforderlich, wobei die im tZGB festgelegten Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Darüber hinaus wird das Adoptionsverfahren in der Türkei durch die Verordnung über die Durchführung von Vermittlungstätigkeiten bei der Adoption von Minderjährigen⁹⁴ geregelt. Nach Art. 1/b dieser Verordnung soll ein minderjähriges Kind vorrangig im eigenen Land adoptiert werden. Eine internationale Adoption wird nur genehmigt, wenn eine angemessene Betreuung im Herkunftsland nicht gewährleistet werden kann⁹⁵.

Wird das Adoptionsverfahren durch eine Vereinbarung der Parteien durchgeführt, ist zu prüfen, ob die Anwendung des türkischen Rechts auf das Adoptionsverfahren eine Voraussetzung für die Wirksamkeit des Verfahrens ist⁹⁶. In einigen Rechtsordnungen wird die Adoption z.B. durch eine Vereinbarung zwischen den Parteien festgelegt, ohne dass eine gerichtliche Entscheidung erforderlich ist⁹⁷. Wenn eine Person, die Staatsangehöriger eines Landes ist, in dem die Adoption auf diese Weise geregelt ist, einen minderjährigen türkischen Staatsangehörigen in der Türkei adoptieren möchte, muss sie dies nach dem im türkischen Recht vorgesehenen Verfahren tun. In Verfahrensfragen gilt nämlich der Grundsatz der *lex fori*. Hat sich diese Person jedoch mit der leiblichen Familie des minderjährigen türkischen Staatsangehörigen in irgendeiner Weise geeinigt und den

⁹³ Tanrıbilir/Şit Köşgeroğlu, s. 1040.

⁹⁴ Amtsblatt der Türkei Nr. 27170 Datum: 15.03.2009.

⁹⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 219.

⁹⁶ Damit ein Adoptionsverfahren in der Türkei durchgeführt werden kann, muss ein Gerichtsentscheid gemäß Art. 315 des tZGB nach dem Recht des Ortes, an dem das Verfahren durchgeführt wird, erwirkt werden. Erst durch diese gerichtliche Entscheidung wird das Adoptionsverhältnis begründet. Siehe: Akıncı/Demir Gökyayla, s. 140-141.

⁹⁷ Aydoğdu, s. 66.

Minderjährigen nach ihrem eigenen Recht adoptiert, so ist dieses Rechtsgeschäft zwar nach dem Recht des Ortes des Rechtsgeschäfts (türkisches Recht) gemäß Art. 7 des türkischen IPR-Gesetzes offensichtlich unwirksam, fraglich ist jedoch, wie es sich mit dem Recht verhält, das auf den Grund des Rechtsgeschäfts (*lex causae*) anzuwenden ist.

Bei der Lösung dieses Problems ist zunächst die Frage zu klären, welches Recht die *lex causae* für die Form der Adoption ist. Meines Erachtens ist hier das Recht zu bestimmen, das auf die Feststellung der Formgültigkeit der Adoption anzuwenden ist, und zwar im Rahmen des Art. 18(1) des türkischen IPR-Gesetzes⁹⁸. Die Tatsache, dass das nach Art. 18(1) zu bestimmende Recht die *lex causae* ist, wird jedoch einige Probleme aufwerfen. Art. 18(1) lässt nämlich zwei verschiedene Rechtsordnungen zu. Danach ist auf die Adoptionsfähigkeit und die Adoptionsvoraussetzungen das nationale Recht jeder Partei anzuwenden. Das Problem liegt in der Anwendung von zwei verschiedenen Rechtsordnungen. Im Falle einer Adoption, die nach dem Recht der einen Partei gültig ist, aber nach dem Recht der anderen Partei als formell ungültig angesehen wird, sollte das Gericht meines Erachtens im Interesse des Kindes handeln und die *ordre public* eingreifen. Um eine endgültige Lösung für dieses Problem zu finden, wäre es jedoch angebracht, Art. 18 des türkischen IPR-Gesetzes durch eine Bestimmung

⁹⁸ Das auf die Adoption anwendbare Recht kann jedoch auch nach Art. 18(3) des türkischen IPR-Gesetzes bestimmt werden. Wird beispielsweise eine Klage auf Änderung des Namens des Kindes erhoben, so ist das nach Art. 18(3) zu bestimmende Recht auf den Rechtsstreit in der Hauptsache anzuwenden, da die Frage, ob in diesem Fall eine wirksame Adoption vorliegt, von den Bestimmungen der Adoption abhängt. Für die Meinung, dass die *lex causae* in Bezug auf die Form der Adoption das auf die Adoptionsbestimmungen im Rahmen von Art. 18(3) des türkischen IPR-Gesetzes anwendbare Recht ist, siehe: Rona Aybay/Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, 2. Auflage, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 221.

zu ergänzen, die besagt, dass die Form der Adoption dem Recht des Landes unterliegt, in dem die Adoption stattfindet wird^{99 100}.

Einige der im tZGB festgelegten Voraussetzungen für eine Adoption gelten als Formvorschriften¹⁰¹. Nach türkischem Recht wird die Adoption durch eine gerichtliche Entscheidung ausgesprochen¹⁰². Gemäß Art. 316 des tZGB ist der Richter verpflichtet, eine Untersuchung durchzuführen, bevor er eine Entscheidung trifft. Nach diesem Artikel entscheidet das Gericht über die Adoption erst nach eingehender Prüfung aller als wesentlich erachteten Umstände und Voraussetzungen, nach Anhörung des Adoptierenden und des Adoptierten und gegebenenfalls nach Einholung von Sachverständigengutachten. Das Gericht hat nicht nur zu prüfen, ob die

⁹⁹ Die Praxis des türkischen Kassationsgerichtshofs wendet fälschlicherweise das Recht des Ortes des Rechtsgeschäfts auf die Form der Adoption an. Eine solche Praxis und Auslegung ist angesichts der eindeutigen Regelung in Art. 7 des türkischen IPR-Gesetzes nicht möglich. Siehe: Das Urteil der 2. Kammer des türkischen Kassationsgericht mit der Nummer E. 2002/2354 in der Rechtssache K. 2002/6169 (Datum: 09.05.2002); Das Urteil der 2. Kammer des türkischen Kassationsgericht mit der Nummer E. 2000/8187 in der Rechtssache K. 2000/11994 (Datum: 10.10.2000). Vollständiger Text der Urteile siehe: İsmail Özmen, *Açıklamalı - İçtihatlı Evlat Edinme Davaları*, Kartal Yayınevi, 2004, s. 237, 258-259.

¹⁰⁰ Durch die abwechselnde Anwendung des Rechts des Adoptionsortes und des Rechts der *lex causae* auf die Form der Adoption soll sichergestellt werden, dass die Adoption zumindest formell erhalten bleibt, damit Kinder in Not ein Zuhause finden können. Siehe: Tekinalp/Uyanık, s. 183. Nach einer anderen Meinung wäre es zweckmäßiger, sich an das zuständige Gericht des Ortes zu wenden, an dem die Adoption nach dem Recht dieses Ortes vollzogen wird, wenn ein Tätigwerden des Gerichts erforderlich ist und wenn dieses Tätigwerden die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts beeinträchtigen kann. Siehe: Akıncı/Gökyayla, s. 139.

¹⁰¹ Ruhi, Evlat Edinme, s. 41.

¹⁰² tZGB Art. 315(1): „Die Adoptionsentscheidung trifft das Gericht des Wohnsitzes des Annehmenden, bei gemeinschaftlicher Adoption das Gericht des Wohnsitzes eines der Ehegatten. Mit der gerichtlichen Entscheidung wird das Adoptionsverhältnis begründet.“

Voraussetzungen für die Adoption erfüllt sind, sondern auch alle möglichen Nachforschungen anzustellen¹⁰³.

Es ist wichtig, die Art der Nachforschungspflicht nach diesem Art. 316 des tZGB zu bestimmen. Diese Frage stellt sich auch bei Adoptionen türkischer Staatsangehöriger im Ausland im Zusammenhang mit der Anerkennung der Adoption in der Türkei¹⁰⁴. In der Lehre wird Art. 316 des tZGB allgemein als Verfahrensartikel anerkannt¹⁰⁵. Folglich findet er im Rahmen der *lex fori* Anwendung. Diese Unterscheidung zwischen materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Adoptionsvoraussetzungen kann dazu führen, dass unterschiedliche Gesetze auf die Adoption Anwendung finden. Dies ist jedoch ein unvermeidliches Problem, das sich aus der Natur des internationalen Privatrechts ergibt, und die gleichzeitige Anwendbarkeit verschiedener Rechtsordnungen ist insbesondere in verfahrensrechtlichen Fragen bereits anerkannt¹⁰⁶.

Bei der Frage der Begründung des Adoptionsverhältnisses durch gerichtliche Entscheidung im türkischen Recht nimmt das Gericht im Rahmen des Art. 316 des tZGB eine Sachprüfung vor. Es ist daher umstritten, ob das Erfordernis einer gerichtlichen Entscheidung für die Durchführung des Rechtsgeschäfts materiell rechtlich oder formeller Natur ist¹⁰⁷. In der Lehre werden zu dieser Frage zwei Meinungen vertreten. Nach einer Ansicht ist die gerichtliche Entscheidung ein

¹⁰³ Ahmet Cemal Ruhi, „743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi İle 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Evlat Edinmenin Şekli Şartlarının Mukayeseli Olarak İncelenmesi“, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5. Cilt, 1-4. Sayı, 455-465, s. 460.

¹⁰⁴ Nomer, s. 286-287; Çelikel/Erdem, s. 327.

¹⁰⁵ Tekinalp/Uyanık, s. 231; Nach Nomer handelt es sich bei dieser Bedingung zwar um eine materiellrechtliche Voraussetzung, da aber die Art und Weise der Erfüllung eine verfahrensrechtliche Frage ist, unterliegt sie dem Recht des Ortes, an dem das Geschäft getätigt wird. Siehe: Nomer, s. 287.

¹⁰⁶ Tekinalp/Uyanık, s. 231.

¹⁰⁷ Zu Diskussionen siehe: Günseli Öztekin Gelgel, *Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 39 et al.

Element des materiellen Rechts¹⁰⁸. Wenn das Recht einer der Parteien das Erfordernis einer gerichtlichen Entscheidung vorschreibt und die Adoption erfolgt, ohne dass dieses Erfordernis erfüllt ist, ist die Adoption ungültig. Nach der anderen Ansicht, die dieses Erfordernis als Verfahrensvoraussetzung anerkennt, richtet sich das Verfahren eines Rechtsgeschäfts nach dem Recht des Staates, in dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, und wenn dieses Verfahren im Staat, in dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, nicht vorgesehen ist, ist das Rechtsgeschäft nicht ungültig¹⁰⁹.

Ergebniss

Die Adoption ist ein Rechtsinstitut, durch das die Abstammung zwischen dem Adoptierenden und dem Adoptierten künstlich hergestellt wird. Dieses Rechtsinstitut, das in verschiedenen Rechtssystemen in unterschiedlichem Maße und in einigen Rechtssystemen überhaupt nicht anerkannt wird, ist im türkischen Recht als beschränkte (schwache) Adoption anerkannt. Durch die Adoption endet das Verwandtschaftsverhältnis des Adoptierten zu seiner leiblichen Familie nicht, sondern er bleibt deren Erbe. Die zwischen dem Adoptivkind und dem Adoptierenden begründete Abstammung hat beschränkte Wirkungen. Fragen wie das Erbrecht und das Eheverbot finden keine Anwendung, da zwischen dem Adoptierten und seinen Verwandten kein Verwandtschaftsverhältnis besteht.

Nach Art. 18 des türkischen IPR-Gesetzes bestimmen sich die Adoptionsfähigkeit und-voraussetzungen nach dem nationalen Recht jeder Partei zum Zeitpunkt der Adoption. Das nationale Recht der Ehegatten ist gemeinsam auf die Adoption und die Zustimmung des anderen Ehegatten zur Adoption anzuwenden. Die Bestimmungen über die Adoption richten sich nach dem nationalen Recht des Adoptierenden und bei gemeinsamer Adoption durch Ehegatten nach dem Recht über die allgemeinen Bestimmungen über die Ehe. Das tZGB

¹⁰⁸ Selbst wenn sie als materielle Voraussetzung akzeptiert wird, ändert sich nichts am Ergebnis, da ihre Umsetzung eine Verfahrensfrage ist. Siehe: Nomer, s. 286-287.

¹⁰⁹ Öztekin Gelgel, Problemler, s. 40.

sieht unterschiedliche Regelungen vor, je nachdem, ob es sich bei dem Adoptierten um einen Minderjährigen oder einen Erwachsenen handelt. Die Kollisionsnorm, die das anwendbare Recht bestimmt, trifft jedoch keine solche Unterscheidung.

Es ist umstritten, ob das nationale Recht der Parteien im Rahmen des Art. 18(1) des türkischen IPR-Gesetzes gemeinsam oder getrennt anzuwenden ist. In der Rechtsprechung der Gerichte gibt es keine einheitliche Praxis. Nach meiner Meinung ist das nationale Recht jeder Partei getrennt anzuwenden. Während nämlich der zweite Absatz desselben Artikels bestimmt, dass das nationale Recht der Ehegatten gemeinsam auf die Adoption und die Zustimmung des anderen Ehegatten zur Adoption anzuwenden ist, wird das Wort „gemeinsam“ im ersten Absatz nicht verwendet. Um den Schutz des adoptierten Minderjährigen zu gewährleisten, wäre es fachlich korrekter, nicht beide Rechtsordnungen gemeinsam anzuwenden, sondern gegebenenfalls auf die *ordre public* zurückzugreifen.

Die Stiefkindadoption ist in verschiedenen Ländern unterschiedlich geregelt. Im türkischen Recht ist sie weniger streng und erfordert eine mindestens zweijährige Ehe oder ein Mindestalter von 30 Jahren. Schweizer und deutsches Recht setzen längere Ehedauern oder zusätzliche Bedingungen wie das Kindeswohl voraus. In internationalen Fällen ist das nationale Recht des Adoptierenden und des Kindes gemeinsam anzuwenden, wie ein Urteil des türkischen Kassationsgerichts bestätigt.

Die gemeinsame Adoption durch unverheiratete Paare bleibt im türkischen Recht ausgeschlossen. Die restriktive Haltung der Türkei, die solche Adoptionen als Verstoß gegen die *ordre public* wertet, steht im Widerspruch zu internationalen Entwicklungen und den Zielen des Haager Übereinkommens von 1993, das das Kindeswohl und ein familiäres Umfeld in den Vordergrund stellt. In der türkischen Praxis bleibt somit lediglich die Einzeladoption eine Möglichkeit für gleichgeschlechtliche Paare, was deren rechtliche Gleichstellung im Adoptionsrecht erheblich einschränkt.

Art. 18 des türkischen IPR-Gesetzes enthält keine besondere Kollisionsnorm für die Form der Adoption. Daher ist die allgemeine Vorschrift über die Form von Rechtsgeschäften, Art. 7 des türkischen IPR-Gesetzes, anzuwenden. Danach ist die Adoption nach dem Recht des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde (*locus regit actum*), oder nach dem Recht, das auf den Sachverhalt des Rechtsgeschäfts anzuwenden ist (*lex causae*), wirksam. Die Anwendung dieser alternativen Kollisionsnorm auf die Form der Adoption, die eingeführt wurde, um den Rechtsverkehr so weit wie möglich zu erhalten, kann zu Adoptionen führen, die nach dem Recht eines Staates wirksam, nach dem Recht eines anderen Staates jedoch unwirksam sind. Dieses Problem kann dadurch vermieden werden, dass in den Artikel über die Form der Adoption wie bei der Eheschließung eine besondere Bestimmung aufgenommen wird, wonach die Form der Adoption dem Recht des Ortes unterliegt, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird (*locus regit actum*).

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.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ÖZET

Evlât edinme, evlat edinen ile evlat edinilen arasında yapay yoldan soybağını kuran bir hukuki kurumdur. Farklı hukuk sistemlerinde farklı kapsamda kabul edilen ve hatta bazı hukuklarda hiç kabul edilmeyen bu kurum, bizim hukukumuzda sınırlı evlat edinme olarak kabul edilmiştir. Evlat edinme ile evlat edinilenin biyolojik ailesi ile olan soybağı ortadan kalkmaz, onlara mirasçı olmaya devam eder. Evlat edinen ile arasında kurulan soybağının da sınırlı bir etkisi olur. Mirasçılık, evlenme yasağı gibi konular evlat edinenin hısımları ile evlatlık arasında akrabalık ilişkisi kurulmadığı için uygulanmaz.

MÖHUK m. 18'e göre; evlat edinme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlat edinme anındaki milli hukukuna tabidir. Evlat edinmeye ve edinilmeye diğer eşin rızası konusunda eşlerin milli hukukları birlikte uygulanır. Evlat edinmenin hükümleri evlat edinenin milli hukukuna, eşlerin birlikte evlat edinmesi halinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tabidir. Evlat edinilenin küçük veya ergin olmasına göre Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) farklı bir sistem benimsenmiştir. Ancak uygulanacak hukukun tespitine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralında böyle bir ayrıma gidilmemiştir.

Türk hukukunda küçüklerin evlat edinilmesi için aranan ilk şart ehliyet ve rızaya ilişkindir. Çocuk tam ehliyetli veya sınırlı ehliyetli ise evlat edinme işlemine rıza göstermesi gerekir. TMK m. 308(3)'e göre çocuk eğer vesayet altındaysa ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın vesayet dairesinin izni olmaksızın evlat edinilemez. Aranan ikinci şart evlat edinmenin küçüğün yararına olmasıdır. Bununla bağlantılı olarak, yani küçüğün evlat edinilmesinin onun menfaatine olup olmayacağına denetlenmesi amacı ile TMK'da ayrıca evlat edinilecek çocuğa evlat edinecek kişi tarafından bir yıl süre ile bakılmış ve eğitilmiş olması şartı aranmaktadır. Evlatlık açısından aranan son şart ise, çocuğun biyolojik anne babasının evlat edinmeye rızasının olmasıdır. Bunlar dışında birtakım şartlar da evlat edinen bakımından aranır. Bunlar; evlat edinmek isteyen kişinin/kişilerin ayırt etme gücüne sahip olması, 30 yaşını doldurmuş olması, evlat edinecek kişinin evlat edinilecek küçükten en az 18 yaş büyük olmasıdır.

Bunun karşısında yetişkinlerin evlat edinilmesi için küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin şartlardan daha ağır şartlar aranmaktadır. TMK m. 313'de bu şartlar düzenlenmiştir. Bu maddede düzenlenmeyen konulara ise kıyasen küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin kabul edilen düzenlemeler uygulanacaktır.

Evlat edinmenin yabancılık unsuru içermesi halinde doğrudan Türk maddi hukukunda yer alan bu kurallar uygulanamaz. Evlat edinme ehliyeti ve şartlarına uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 18(1) çerçevesince tespit edilecektir. MÖHUK m. 18(1) çerçevesinde tarafların milli hukuklarının birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı uygulanacağı konusu tartışmalıdır. Mahkeme içtihatlarında da yeknesak bir uygulama bulunmamaktadır. Katıldığım görüşe göre, tarafların her birinin milli hukukunun ayrı ayrı uygulanması gerekir. Zira aynı maddenin 2. fıkrasında evlat edinmeye ve edinilmeye diğer eşin rızasına, eşlerin milli hukukunun birlikte uygulanacağı ifade edilmişken, 1. fıkra da birlikte kelimesi kullanılmamıştır. Evlat edinilen küçüğün korunması için her iki hukukun birlikte uygulanması değil, gerekirse kamu düzeni müdahalesi yapılması teknik olarak daha doğru bir çözüm olur.

Üvey çocuğun evlat edinilmesi farklı ülkelerde farklı şekilde düzenlenmiştir. Türk maddi hukukunda üvey çocuğun evlat edinilmesi için aranan şartlar karşılaştırmalı hukukta aranan şartlara nazaran daha az katıdır. Eşlerin en az iki yıldır evli olması veya evlat edinmek isteyen eşin en az 30 yaşında olması gerekir. Üvey çocuğun evlat edinilmesine ilişkin davalarda Yargıtay hem evlat edinen eşin hem de evlat edinilecek çocuğun hukukunun birlikte uygulanması gerektiği yönünde karar vermektedir.

Evli olmayan çiftlerin birlikte evlat edinmesi Türk hukukunda kabul edilmemektedir. Türkiye'nin bu tür evlat edinmeleri kamu düzeninin ihlali olarak gören kısıtlayıcı tutumu, uluslararası gelişmelerle ve çocuğun yüksek yararına ve aile ortamına öncelik veren 1993 Lahey Sözleşmesi'nin amaçlarıyla çelişmektedir. Bu nedenle, Türkiye'deki uygulamada, eşcinsel çiftler için yalnızca tek başına evlat edinme bir seçenek olarak kalmaktadır.

Evlat edinmenin şekline ilişkin MÖHUK m.18'de özel bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmemiştir. Bu sebeple hukuki işlemlerin şekline ilişkin genel kural MÖHUK m.7'nin uygulanması gerekmektedir. Maddeye göre, evlat edinmenin, işlemin yapıldığı yer veya işlemin esasına uygulanan hukuka göre geçerli olması gerekir. Hukuki işlemleri mümkün ölçüde ayakta tutmak için getirilen bu alternatif bağlama kuralının evlat edinmenin şekline uygulanması, bir ülke hukuku bakımından geçerli iken bir başka ülke hukukuna göre geçersiz evlat edinmelerin doğmasına yol açabilecektir. Bu yüzden evlenmenin şeklinde olduğu gibi maddede evlat edinmenin şekline ilişkin de özel bir düzenlemeye yer verilip, evlat edinmenin şeklinin işlemin yapıldığı yer hukukuna tabi kılınması bu sorunu önleyebilir.

LITERATURVERZEICHNIS

- ACUN MEKENGEÇ Merve, „Evlat Edinme Ehliyeti ve Şartlarına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Ortaya Çıkabilecek Sorunlar ve Çözüm Önerileri“, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14. Cilt, 177-178. Sayı, 2019, 1263-1292.
- AKINCI Ziya, *Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı*, 1. Auflage, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- AKINCI Ziya/DEMİR GÖKYAYLA Cemile, *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, 25. Auflage, Beta Yayınları, İstanbul, 2024.
- AKYÜZ Emine, „Evlat Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medeni Kanunu“, *Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan*, Ankara, 1995.
- ALBAYRAK CEYLAN Nazlı, *Milletlerarası Özel Hukukta Evlat Edinme*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024.
- ANSAY Tuğrul, „Türk Hukukunda Evlatlık İlişkisinin Kurulması ve Bunun Sınır Ötesine Yansımaları“, *Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*, Turhan Kitabevi, 2008.
- ARAT Tuğrul, „Evlat Edinme Hukukundaki Gelişmelere Toplumsal İşlevsel Açıdan Bakış“, *Prof. Dr. Osman F. Berki’ye Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.
- ATAMAN FİGANMEŞE İnci, „Lahey Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış“, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 22. Cilt, 2. Sayı, 2002, 39-44.
- AYBAY Rona/DARDAĞAN Esra, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, 2. Auflage, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.
- AYDIN M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, 7. Auflage, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

AYDOĞDU Murat, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*, 2. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

BALKAR BOZKURT Süheyla, „Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi“, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan*, 2. Cilt, 2014, 795-894.

BALKAR Süheyla, „Türk Hukukunda Evlat Edinme“, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2. Cilt, 2004, 235-266.

BÜCHLER Andrea, *Das islamische Familienrecht: Eine Annäherung unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses des klassischen islamischen Rechts zum geltenden ägyptischen Familienrecht*, Stämpfli Verlag, Bern, 2003.

ÇELİKEL Aysel/ERDEM Bahadır B., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 18. Auflage, Beta Yayınları, İstanbul, 2024.

DOĞAN Vahit/YILMAZ Alper Çağrı/AYHAN İZMİRLİ Lale, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Auflage, Savaş Yayınevi, Ankara, 2024.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 18. Auflage, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.

EKŞİ Nuray, *Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı*, 2. Bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

ERDEM Mehmet/MAKARACI BAŞAK Aslı, *Aile Hukuku*, 1. Auflage, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.

GİRAY Faruk Kerem, „Uluslararası Sözleşmelerde Evlat Edinme“, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 19. Cilt, 1-2. Sayı, 1999, 333-350.

GÜNGÖR Gülin, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Auflage, Yetkin Yayınları, 2022.

KILIÇOĞLU Ahmet M., *Aile Hukuku*, 4. Auflage, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

- KÜPE Bahar, *Milletlerarası Özel Hukukta Şekil*, 1., Auflage, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- NOMER Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 23. Auflage, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- ÖMEROĞLU Ekin, „Milletlerarası Özel Hukukta Koruyucu Aile Kurumuna Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi“, *Public and Private International Law Bulletin*, 2022, 42. Vol., 1. Issue, 1-25.
- ÖZCAN Didem, „Evlat Edinmede Rıza“, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 75. Cilt, 1. Sayı, 707-722.
- ÖZEL Sibel/ERKAN Mustafa/PÜRSELİM Hatice Selin/KARACA Hüseyin Akif, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Auflage, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.
- ÖZMEN İsmail, *Açıklamalı - İçtihatlı Evlat Edinme Davaları*, Kartal Yayınevi, 2004.
- ÖZTEKİN GELGEL Günseli, „Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler“, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 4. Cilt, 8. Sayı, 2005, 119-148.
- ÖZTEKİN GELGEL Günseli, *Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- PARRA-ARRAGUREN G., *Explanatory Report On The Convention On Protection Of Children And Co-Operation In Respect Of Intercountry Adoption*, HCCH Publications 1994.
- PÜRSELİM Hatice Selin, „Milletlerarası Evlat Edinmeye Uygulanacak Hukuk“, *IMCOFE'19 Antalya 24-26 April 2019 Proceeding&Abstract Book*, Tuğrul Aktaş (ed.), 2019.
- RUHİ Ahmet Cemal, „743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi İle 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Evlat Edinmenin Şekli Şartlarının Mukayeseli Olarak İncelenmesi“, 5. Cilt, 1-4. Sayı, *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, 455-465.

RUHİ Ahmet Cemal, *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması*, 1. Auflage, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

ŞANLI Cemal/ESEN Emre/ATAMAN FIGANMEŞE İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Auflage, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024.

SCHOLZ/KLEFFMANN, FamR-HdB/von der Tann, 45. EL Mai 2024.

SEROZAN Rona, *Çocuk Hukuku*, 2. Auflage, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

ŞIPKA Şükran, „4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi“, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1999, 57. Cilt, 1-2. Sayı, 301-322.

SÜZEN Begüm, *Milletlerarası Özel Hukukta Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, 1. Auflage, On İki Lehva Yayınları, İstanbul, 2020.

TARMAN Zeynep Derya/ÖNAY Işık, „Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli“, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, 60. Cilt, 2. Sayı, 331-366.

TEKİNALP Gülören/UYANIK Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Auflage, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

TORREMANS Paul, „Legitimacy, Legitimation and Adoption“, in Paul Torremans, and James J Fawcett (eds), *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, 15. Edition, Oxford Academic, 2017.

v. HEIN Jan, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1– 24)*, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2015.

WARDLE Lynn D., „A Critical Analysis of Interstate Recogniton of LesbiGay Adoptions“, 3. Vol., *Ave Maria Law Review*, 2005, 561-616.

WARDLE Lynn D., „The Hague Convention On Intercountry Adoption and American Implementing Law: Implications For International Adoptions By Gay And Lesbian Couples Or

Partners", 1. Vol., 18. Issue, *Indiana International&Comparative Law Review*, 2008, 113-152.

YALMAN Süleyman, „Evlat Edinmede Rıza“, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8. Cilt, 1-2. Sayı, 2004, 1-16.

YASAN Candan, „Eşcinsellerin Evlat Edinmesi“, *Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2011.

ZEVKLİLER Aydın/CUMALIOĞLU Emre/ACABEY Mehmet Beşir, *Aile Hukuku*, 1. Auflage, Adalet Yayınları, 2024.

ZORLUTUNA Dilara, *İsviçre Medeni Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Küçüklerin Evlat Edinilmesi*, 1. Auflage, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

Güncel Gelişmeler Işığında AB ve Türk Hukukunda Dijital Ürünlere İlişkin Ürün Sorumluluğu ve Ürün Güvenliği Düzenlemeleri Üzerine Değerlendirme

Eine Bewertung der Produkthaftungs- und Produktsicherheitsvorschriften für digitale Produkte im EU- und türkischen Recht im Lichte aktueller Entwicklungen

Prof. Dr. Mesut Serdar Çekin*

ÖZ

Dijitalleşme, tedarik zincirlerinin karmaşıklığı ve otonom teknolojiler, tüketici ve endüstriyel ürünlerin risk profilini ciddi şekilde değiştirmektedir. Bu çalışma, Avrupa Birliği'nin belirtilen gelişmeler ışığında yenilenen ürün güvenliği ve ürün sorumluluğu müktesebatını Türkiye'de yürürlükte olan 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile karşılaştırmayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda öncelikle Yeni Yaklaşım ve Yeni Yasal Çerçeve olarak adlandırılan düzenlemeler ele alınmıştır. Zira Avrupa Birliği bir ortak Pazar olarak kurulmuş, bu ortak pazara sunulacak olan ürünlerin de güvenli olması gerektiği fikri benimsenmiş, söz konusu güveni sağlamak amacıyla da ortak standartların oluşturulması öngörülmüştür. Dolayısıyla dijital ürünler gibi güncel gelişmelere ilişkin yasal düzenlemelerin anlaşılabilmesi amacıyla öncelikle Yeni Yaklaşım ve Yeni Yasal Çerçevenin isabetli bir şekilde kavranması elzemdir. Bu bulgulardan hareketle çalışmada Avrupa Birliği'nde ürün güvenliği ve ürün sorumluluğuna ilişkin genel çerçeve incelenmiştir. Bu bağlamda bilhassa ürün güvenliği hukuku alanındaki farklı enstrümanlar ele alınmış, teknik düzenlemeler, uyumlaştırılmış kurallar gibi Birlik

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (cekin@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-3808-5332.

pazarındaki yeknesaklaştırma çabalarının farklı görünüm şekilleri incelenmiştir. Ardından ürün sorumluluğu hukukundaki gelişmeler incelenmiş, burada da özellikle Yeni Yasal Çerçeveye uyum ile dijitalleşmenin ürün sorumluluğu hukukuna etkileri üzerinde durulmuştur. Gerek ürün güvenliği, gerek ise ürün sorumluluğunun genel çerçevesi çizildikten sonra Yeni Yaklaşım ve Yeni Yasal Çerçevenin dijital ürünleri ilgilendiren AB Yapay Zekâ Kanunu ve AB Siber Dayanıklılık Kanunu düzenlemelerine yansımaları ilgili yerlerde değerlendirilmiştir.

Büyük önem taşıyan bir diğer husus, ürün güvenliği ve ürün sorumluluğu arasındaki ilişki ve bu ilişkinin özellikle dijital ürünlerin arz ettiği riskler açısından incelenmesidir. Bu bağlamda Birlik hukukunda yeni yasal düzenlemeler çerçevesinde ürün sorumluluğu ile ürün güvenliği arasındaki ilişki etraflıca incelenmiş, özellikle ürün, hata, güvensiz ürün ve bu kavramların dijital ürünler açısından taşıdığı önem değerlendirilmiştir. Bu çerçevede ayrıca gelişim riski kavramı özellikle dijital ürünler açısından incelenmiştir.

Çalışmanın bir sonraki aşaması ise Türk hukukuna ilişkindir. Bu bağlamda öncelikle Türk hukukundaki mevcut durum ele alınmıştır. Bu düzenlemenin AB hukukundan sistematik olarak farklı olduğu belirtilmiştir. Zira 7223 sayılı Kanun, ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu konularını aynı kanuni düzenleme içerisinde ele almaktadır. Oysa ürün güvenliği hukuku kamu hukuku kaynaklı bir alan iken ürün sorumluluğu özel hukuk kaynaklıdır. Dolayısıyla her iki alana ilişkin yeknesak tanımların yapılması, özellikle de uygunsuz olmayan ürünler açısından iktisadi işletmecinin sorumluluğunun olmadığı sonucunu beraberinde getirmektedir. Buradan hareketle Türk hukukunda ürün güvenliği hukuku ile ürün sorumluluğu hukuku arasında doğrudan bir bağın kurulduğu tespit edilmektedir. Ancak kanun koyucunun bir ürüne ilişkin bütün riskleri öngörmesi mümkün değildir. İşte ürün güvenliği hukukunda kanun koyucunun öngöremediği risklerin zarara sebebiyet vermesi halinde ürün sorumluluğu müessesesi devreye girmekte, bu bağlamda ürün sorumluluğu hukukunun bir nevi "güvenlik ağı işlevinden" bahis açılmaktadır. Ancak Türk hukukunda ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu arasındaki söz konusu mutlak bağ

sebebiyle ürün sorumluluğu hukuku söz konusu "güvenlik ağı" işlevini kaybetmektedir. Bu durum, dijital ürünlerdeki riskler dikkate alındığında Türk hukuku açısından daha da büyük sorunlara yol açmaya elverişlidir. Kaldı ki Türk hukukunda ürün sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde henüz yazılımların dahi ürün kavramına dahil edilip edilmeyeceği hususu tartışmalıdır. Bunun ötesinde dijital ürünlerin bağlantı riski, yazılım güncelleme ve açıkları giderme gibi hususlara ilişkin hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Her ne kadar ürün güvenliğine ilişkin düzenlemeler normun koruma amacı teorisine göre en azından kusur sorumluluğu çerçevesinde zarara uğrayan kişiler açısından bir talep dayanağı sağlasa da, dijital ürünlerin karmaşık yapısı dikkate alındığında zarar görenden imalatçının kusurlu davranışını ispat etmesini beklemek isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Zaten bu sebeple yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi sadece bir kusursuz sorumluluk müessesesi ihdas etmekle kalmamakta, bunun ötesinde ispat kolaylığı sağlamak amacıyla usul hukukuna ilişkin de birçok düzenleme içermektedir.

Netice itibariyle çalışmanın vardığı sonuç, dijital ürünlere ilişkin gerçekleştirilecek çalışmaların münhasıran ürün güvenliği hukuku ekseninde yapılmasının, ciddi hak kayıplarına sebebiyet verme potansiyeline sahip olduğudur. Dolayısıyla şayet Türk kanun koyucusu dijital ürünlerin barındırdığı riskler sebebiyle tüketicileri korumayı amaçlıyorsa, söz konusu düzenlemelerin münhasıran ürün güvenliği ekseninde yapılması yetersiz olacaktır. Bu düzenlemelerin ürün sorumluluğu hukukuna da yansıtılması gerekecektir.

Anahtar Kelimeler: Ürün güvenliği, ürün sorumluluğu, dijital ürünler, yapay zekâ, siber güvenlik.

An Assessment of Product Liability and Product Safety Regulations for Digital Products in EU and Turkish Law in the Light of Recent Developments

ABSTRACT

Digitalization, the increasing complexity of supply chains and the proliferation of autonomous technologies have profoundly altered the risk profile of both consumer and industrial products. Against this backdrop, the present study compares the European Union's renewed acquis on product safety and product liability with Türkiye's Law No 7223 on Product Safety and Technical Regulations. The analysis first revisits the regulatory frameworks known as the New Approach and the New Legislative Framework. Since the EU was founded as a common market premised on the availability of safe products, common standards were envisaged to guarantee that safety. A sound grasp of the New Approach and the New Legislative Framework is therefore indispensable for understanding contemporary legislative responses to developments such as digital products.

Building on these foundations, the study examines the overall architecture of product safety and product liability law in the EU. It considers the various legal instruments governing product safety, including technical regulations and harmonized rules, thereby revealing the different facets of the Union's efforts to achieve market uniformity. The discussion then turns to recent developments in product liability law, with particular emphasis on the alignment introduced by the New Legislative Framework and on the implications of digitalization. After outlining the general contours of both product safety and product liability, the study analyses how the New Approach and the New Legislative Framework are reflected in the EU Artificial Intelligence Act and the EU Cyber-Resilience Act, both of which directly affect digital products.

Equally important is the relationship between product safety and product liability, especially in light of the risks posed by digital

products. Within the framework of recent EU legislation, the study explores this relationship in depth, assessing the significance of concepts such as product, defect, and unsafe product for digital goods. The development-risk defense is also scrutinized with particular reference to digital products.

The subsequent part of the study addresses Turkish law. It first outlines the current legal landscape, noting its systematic divergence from EU law: Law No 7223 regulates both product safety and product liability within a single statute, even though product safety is rooted in public law while product liability belongs to private law. The use of uniform definitions for both fields—especially the absence of liability for economic operators with respect to compliant products—entails the creation of a direct link between product safety and product liability. Yet it is impossible for the legislator to foresee every risk associated with a product. Where unforeseeable risks materialise and cause harm, the product-liability regime steps in; in that sense, product liability functions as a “safety net”. Owing to the absolute connection forged by Law No 7223, however, this safety-net function is lost, a shortcoming that becomes even more acute in the context of digital-product risks. Turkish law moreover still debates whether software even falls within the definition of “product” for liability purposes, and it entirely lacks rules addressing connectivity risks, software updates, or security patching. Although product-safety provisions do, under the protective-purpose doctrine, furnish a basis for claims in negligence, expecting the injured party to prove the manufacturer’s fault is ill-suited to the complexity of digital products. Precisely for this reason, the forthcoming EU Product Liability Directive not only establishes a strict-liability regime but also introduces numerous procedural measures to ease the claimant’s evidentiary burden.

In sum, limiting reforms concerning digital products to the domain of product-safety law alone risks causing significant losses of rights. If the Turkish legislator intends to protect consumers from the risks inherent in digital products, reforms confined to product safety will be inadequate; corresponding changes must also be incorporated into the law of product liability.

Keywords: *Product safety, product liability, digital products, artificial intelligence, cyber security.*

I. Giriş

Ürünlerin birbiriyle bağlantılı hale gelmesiyle birlikte, bu bağlılık ve bağımlılıktan kaynaklanan riskler de her geçen gün artmaktadır. 19 Temmuz 2024 tarihinde yaşanan Crowdstrike olayı bunun çarpıcı bir örneğidir. Söz konusu olayda Microsoft ürünlerini kullanan çeşitli kurumlar, Crowdstrike tarafından bu ürünlere yapılan ve önceden test edilmeyen bir güncelleme (yama) sebebiyle ciddi sorunlar yaşamış, havalimanlarında uçuşlar iptal edilmiş, bankalar ve hastaneler hizmet verememiştir¹. Akıllı araçlar ve nesnelerin interneti (*Internet of Things – IoT*) olarak nitelendirilen ürünler, günlük hayatımızın kaçınılmaz bir parçası haline gelmekte, bununla birlikte söz konusu ürünlere uzaktan erişim imkânı sebebiyle siber saldırılar başta olmak üzere farklı riskler de artmaktadır. Bu durumun çarpıcı bir örneği olarak Alman Federal Adalet Divanı nezdinde görülen bir olayda finansal kiralama çerçevesinde elektrikli bir aracın bataryası, kredi taksitlerinin ödenmemesi sebebiyle uzaktan müdahale yoluyla kilitlenmiş, bu sayede aracın şarj edilememiş ve araç kullanılamaz hale gelmiştir². Yine yapay zekâ teknolojilerinin barındırdığı riskler hala tam anlamıyla tespit edilebilmiş değildir. Bu gelişmeler ışığında uluslararası çapta olduğu gibi ülkemizde de yasama faaliyetleri artmıştır. Özellikle yapay zekânın regülasyonuna ilişkin Türkiye Büyük Millet Meclisi nezdinde bir araştırma komisyonu kurulmuştur³. Siber güvenlik alanında da ülkemizde ilk kanuni düzenleme hayata geçirilmiştir⁴.

¹ Bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/2024_CrowdStrike_olay%C4%B1, [Erişim tarihi: Mayıs 2025].

² Alman Federal Adalet Divanı'nın 26.10.2022 tarih ve XII ZR 89/21 dosya no.lu kararı için bkz. <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=131670&pos=0&anz=1>, [Erişim tarihi: Mayıs 2025].

³ Bkz. 05.10.2024 tarihli ve 32683 sayılı Resmî Gazete'de 02.10.2024 tarihli ve 1426 sayılı "Yapay Zekanın Kazanımlarına Yönelik Atılacak Adımların

Artan bu risklere karşı her ne kadar çeşitli düzenlemeler hayata geçiriliyor olsa da bu düzenlemelerin ürün güvenliği ve ürün sorumluluğu hukuku bağlamında incelenmesi gerekmektedir. Zira AB hukukuna uyum çerçevesinde özellikle Avrupa Birliği'nin yapay zekâ ve siber güvenlik alanındaki düzenlemeleri esas alınacaksa, bu düzenlemelerin ürün güvenliği hukuku ekseninde hayata geçirildiğini unutmamak gerekecektir. Buna karşılık Birlik hukuku ile Türk hukukunda ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu ilişkisi farklılık göstermektedir. Bu farklılıklar, yeni gelişen teknolojilere dayalı piyasaya arz edilen dijital ürünler açısından daha da önem kazanmaktadır. Nitekim Birlik hukukunda ürünün ürün güvenliği mevzuatına uygun olması, ürün sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun ürün güvenliği bağlamında üründen kaynaklanan bütün riskleri öngörememesi ve bireyin ürün kaynaklı zarara uğraması halinde ürün sorumluluğu hükümlerine göre tazminat talep etme imkânı mevcuttur. Türk hukukunda ise 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) m. 6 hükmünün lafzı esas alındığı taktirde ürün güvenliği düzenlemelerine uygun ürünler açısından herhangi bir sorumluluk söz konusu olmamaktadır. Oysa dijital ürünlerde kanun koyucunun bütün bu riskleri önceden öngörmesi ve buna ilişkin düzenleme yapması beklenemez. Dolayısıyla Türk hukukunda mevcut düzenlemeler çerçevesinde benimsenen ürün güvenliği ve ürün sorumluluğu ilişkisi, hukuki açıdan ciddi hak kayıplarına sebebiyet verebilecek niteliktedir.

Bu çalışmanın amacı, öncelikle Avrupa Birliği nezdinde ürün güvenliği ve ürün sorumluluğu alanında özellikle dijital ürünlere ilişkin düzenlemeleri incelemek, ardından bu düzenlemelerin Türk hukukuna

Belirlenmesi, Bu Alanda Hukuki Altyapının Oluşturulması ve Yapay Zekâ Kullanımının Barındırdığı Risklerin Önlenmesine İlişkin Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Bir Meclis Araştırma Komisyonu Kurulmasına Dair TBMM Kararı", <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2024/10/20241005-1.pdf>, [Erişim tarihi: Mayıs 2025].

⁴ Bkz. 12.03.2025 tarihli ve 7545 sayılı Siber Güvenlik Kanunu, RG. 19.03.2025, S. 32846.

etkilerini değerlendirmektir. Bunun için öncelikle Birlik hukukundaki genel çerçeve aktarılacak, ardından Türk hukuku incelenecektir.

II. Güncel Gelişmeler Işığında AB Hukukunda Ürün Güvenliği ve Ürün Sorumluluğu

1. Yeni Yaklaşım ve Yeni Yasal Çerçeve

Avrupa Birliği projesinin temelinde ortak bir pazarın oluşturulması fikri yattığı için, bu pazara sunulan ürünlerin de güvenli olması, buna ilişkin belirli standartların sağlanması fikri önem kazanmıştır. Buradan hareketle öncelikle 1985 yılında hayata geçirilen Yeni Yaklaşım (*New Approach*), AB'nin ürün mevzuatını yeknesaklaştırma ve basitleştirmeye yönelik önemli düzenlemeler içermektedir. Buna göre ürün güvenliğine ilişkin yasal düzenlemeler, kapsamlı teknik düzenlemeler içermeyecek, bunun yerine temel gereklilikler (*essential requirements*) mevzuat kapsamına dâhil edilecek, teknik düzenlemeler ise yetkili kuruluşlar nezdinde ele alınacaktır. Söz konusu Yeni Yaklaşım çerçevesinde uyumlaştırılmış mevzuatta ürün güvenliği ve ilgili temel gerekliliklerin tanımlanması, imalatçıların ise bunlara uygunluğu sağlamaktan sorumlu olması esas alınmış, dolayısıyla uyum yükümlülüğü ve riski de imalatçılara yüklenmiştir. Bu süreçte uygunluk değerlendirme prosedürleri ve CE işareti öne çıkmıştır⁵.

Yeni Yaklaşımdan esinlenerek AB'nin ürün güvenliği ve ürün sorumluluğu politikalarını belirleyen esaslı düzenleme olan Yeni Yasal Çerçeve (*New Legislative Framework*) ise AB'nin ürünlerin iç pazara arzı ile ilgili kurallarını uyumlaştırmak, aynı zamanda da halk sağlığı, güvenlik ve çevrenin korunması gibi kamu yararına ilişkin alanlarda yüksek düzeyde koruma sağlamak amacıyla ortaya çıkmıştır⁶. İlk olarak 2008'de kabul edilen ve 768/2008/EC no.lu Karar ile EC 765/2008 no.lu Tüzük'ten oluşan Yeni Yasal Çerçeve, piyasa gözetimi ve denetimi (*market surveillance*), uygunluk değerlendirme kuruluşlarının (*conformity*

⁵ Bkz. Avrupa Birliği Ürün Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Mavi Rehber, <https://ticaret.gov.tr/data/5b883eda13b87711604c9229/mavi-rehber.pdf>, [Erişim tarihi: Mayıs 2025], s. 17 vd.

⁶ Mavi Rehber, s. 20 vd.

assessment bodies) akreditasyonu ve çeşitli ürün sektörlerinde temel gerekliliklerin tutarlı şekilde yorumlanması gibi konularda yaşanan sorunları gidermeyi amaçlamaktadır.

Yeni Yasal Çerçevenin ilk önemli ayağı olan 768/2008/EC no.lu Karar vesilesiyle gelecekte kabul edilecek AB ürün mevzuatına sistematik olarak entegre edilmesi amaçlanan referans hükümler öngörülmüştür. Bu hükümler öncelikle “imalatçı” (*manufacturer*), “ithalatçı” (*importer*), “iktisadi işletmeci” (*economic operator*) gibi temel tanımları içermekte, bu sayede bütün ürün güvenliği düzenlemelerinde yeknesaklığı sağlamayı amaçlamaktadır. Ayrıca söz konusu Karar çerçevesinde ürünlerin uyması gereken temel gereklilikleri (*essential requirements*) içeren teknik düzenlemeleri yapması öngörülmektedir. İlgili karar çerçevesinde öngörülen Uygunluk Değerlendirme Prosedürleri ya da modüller, Ek II’de (Modül A-H) olarak sekiz standartlaştırılmış araç sağlamaktadır. Her bir modül, ilgili ürünün mevzuatta öngörülen temel gerekliliklere uygunluğunun nasıl sağlanacağına ilişkin belirli usul ve süreçleri içermektedir. Ürün güvenliği alanında düzenleme yapmak isteyen kanun koyucular, ürünün risk seviyesine göre öngörülen modüllerden birini veya birkaçını seçebilecektir. İmalatçı, teknik düzenlemede öngörülen modüle göre ürünün ürün güvenliği hükümlerine uygunluğunu kendi işletme içerisindeki akredite birimlerde ya da özel hukuk kişisi olan onaylanmış kuruluşlar vesilesiyle gerçekleştirebilmekte, akabinde de ürüne CE işareti konulmaktadır⁷. Örnek olarak 2014/35/EU no.lu Alçak Gerilim Direktifi kapsamındaki basit elektrikli cihazlar için genellikle Modül A kullanılmaktadır. Burada imalatçı, herhangi bir üçüncü taraf dâhil olmaksızın kendi kendine uygunluk beyanında bulunmaktadır. Orta veya yüksek riskli ürünlerde ise Modül B (AB tipi inceleme — “*EU-type examination*”) sıkça Modül C, D, E veya F ile birleştirilmektedir⁸. Nihayet

⁷ Konu hakkında daha geniş bilgi almak için bkz. Yasin Alperen Karaşahin, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nda Yer Alan Ürün Sorumluluğu Kuralları ile Ürün Güvenliği Kurallarının İlişkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 72 Sayı: 3, 2023, s. 1389-1392.

⁸ Tobias Lenz / Vanessa Bertram, “Grundlegende Novationen im Produktsicherheitsrecht – Wie die Produktsicherheitsverordnung die EU-

yüksek riskli ürünler için genellikle tam kapsamlı üçüncü taraf belgelendirmesi zorunlu kılınmaktadır. Ayrıca söz konusu karar sayesinde bir üreticinin farklı sektörel mevzuatlara muhatap olması halinde bu farklı düzenlemeler arasında da bir yeknesaklığın sağlanması amaçlanmaktadır. Uyumlaştırılmış kuralların bu sayede yeknesaklaştırılması, aynı zamanda hukuki öngörülebilirliğin de sağlanması amaçlanmaktadır.

EC 765/2008 no.lu Tüzük ise akreditasyon ve piyasa gözetimine ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir. Gerçekten de ilgili Tüzük ile birlikte AB çapında artık geçerli tek tip akreditasyon kuralları getirilmekte ve uygunluk değerlendirme kuruluşlarının (CAB) tarafsızlık ve yeterlilik gibi sıkı kriterleri karşılaması beklenmektedir. Ayrıca her bir Üye Devletin, akreditasyon konusunda yetkili tek bir “Ulusal Akreditasyon Kuruluşu” (*National Accreditation Body* – NAB) ataması şart koşulmuştur. Ayrıca Tüzük, CE işaretli ürünlerin ilgili AB gerekliliklerini karşıladığına dair karine oluşturduğunu ve ek bir kanıt olmadıkça bu ürünlerin iç pazarda serbestçe dolaşması gerektiğini düzenlemektedir. Görüldüğü üzere 768/2008/EC no.lu Karar, farklı sektörler için yönelik mevzuat düzenlemelerinde bir “şablon” işlevi görürken, EC 765/2008 no.lu Tüzük akreditasyon ilkelerini ve piyasa gözetimi esaslarını belirlemiştir. Ancak küreselleşme ve dijital ticaret gibi etkenlerden kaynaklanan yeni zorluklara uyum sağlamak amacıyla yaptırım mekanizmalarının ve piyasa gözetimi kurallarının güncellenmesi icap etmiştir. Bu yeniliklere cevap vermek amacıyla EC 765/2008 no.lu Tüzük, EU 2019/1020 no.lu Tüzük ile kaldırılmış, ürün güvenliği kuralları, belirtilen ihtiyaçlar karşısında güncellenmiştir.

2. Ürün Güvenliği Hukuku

Avrupa Birliği hukukunda ürün güvenliğine ilişkin temel kurgu, Yeni Yasal Çerçeve doğrultusunda şekillenmektedir. Ürün güvenliği hukukunda piyasa gözetimi, akreditasyon gibi önemli hususlar, 2019/1020 no.lu Tüzük ile düzenlenmekte, bunun haricinde sektör bazında çeşitli uyumlaştırılmış kurallar yer almakta, uyumlaştırılmamış

alanlar içinse Genel Ürün Güvenliği Tüzüğü (*General Product Safety Regulation* – GPSR) uygulama alanı bulmaktadır.

Dijital ürünler açısından öncelikle genel düzenleme mahiyetindeki 2019/1020 no.lu Tüzük ile EU 2023/988 no.lu Genel Ürün Güvenliği Tüzüğü incelenecek, bu bağlamda dijital ürünler açısından son derece önem arz eden Yapay Zekâ Tüzüğü⁹ (AIA) ile Siber Dayanıklılık Tüzüğü¹⁰ (CRA) çerçevesinde ürün güvenliği hukukuna ilişkin hükümlere de yer verilecektir.

a. EU 2019/1010 no.lu Tüzük

Belirtildiği üzere internet kullanımı ile elektronik ticaretin artması, küresel tedarik zincirlerinin daha da karmaşık hale gelmesi gibi hususlardan dolayı EC 765/2008 no.lu Tüzük güncellenmiştir. Zira söz konusu Tüzük, ağırlıklı olarak akreditasyon ve piyasa gözetimi (market surveillance) ilkelerini belirlemiş; CE işaretlemesi ve AB içinde serbest dolaşıma ilişkin temel çerçeveyi ortaya koymuştur. Buna karşılık EU 2019/1020 no.lu Tüzük ile özellikle piyasa gözetimi ve denetimine ilişkin güncellemeler yapılmış, elektronik ticaret ve karmaşık tedarik zinciri yapılarına ve üçüncü ülkelerden gelen ürünlerin denetimine ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiştir.

Tüzük, iktisadi işletmeci kavramını esas alarak imalatçı, ithalatçı, dağıtıcı, yetkili temsilci, lojistik-ikmal hizmet sağlayıcıları (*fulfillment service provider*) ile kamu boyutunda piyasa gözetim otoritelerini esas

⁹ Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act – AI Act), <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj/eng>, [Erişim tarihi: Mayıs 2025].

¹⁰ Regulation (EU) 2024/2847 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements and amending Regulations (EU) No 168/2013 and (EU) 2019/1020 and Directive (EU) 2020/1828 (Cyber Resilience Act- CRA), <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/2847/oj/eng>, [Erişim tarihi: Mayıs 2025].

almaktadır. Konu bakımından ise Tüzük, Art. 2 f. 1 doğrultusunda Birlik uyumlaştırılmış mevzuatına (*harmonised legislation*) tabi olan ürünlerin piyasadaki gözetim ve denetimini esas almaktadır.

İktisadi işletmeci kavramını esas alan Tüzük, çeşitli aktörler açısından belirli yükümlülükler öngörmektedir. Örnek olarak imalatçılar, piyasaya sundukları ürünlerin ilgili AB mevzuatına uygun olduğunu teyit edecek, teknik dokümantasyon, uygunluk beyanı gibi belgeleri saklayacak, ürünün takibini kolaylaştırmak adına ürün veya ambalaj üzerinde gerekli kimlik bilgilerini (isim, ticari marka, iletişim adresi vb.) bulunduracaktır. İthalatçılar ise Birlik dışındaki bir üreticinin ürününü piyasaya sunarken, ürünün gerekli uygunluk değerlendirme prosedürlerinden geçtiğini kontrol etmek, ürün, ambalaj veya eşlik eden belgelerde kendi adını ve iletişim bilgilerini belirtmek ve piyasa gözetim otoriteleri ile iş birliği yapmak, gerekirse riskli ürünleri geri çağırma, imha veya düzeltici eylemlerle ilgili sorumluluk üstlenmekle yükümlü kılınmışlardır. Diğer yandan dağıtıcılar, ürünleri depolarken veya piyasaya arz ederken, bunların zarar görmemesini ve mevzuata uygunsuz hâle gelmemesini sağlamak, ürün güvenliği ve uygunluğundan şüphe duyuluyorsa ilgili otoriteleri ve diğer işletmecileri haberdar etmekle yükümlü kılınmıştır. Bir ürünün Birlik piyasasında satışa hazır hâle getirilmesinde depolama, paketleme, etiketleme ve gönderim hizmetlerine fiilen katılan lojistik-ikmal hizmet sunucuları da belirli şartlar altında ithalatçı veya dağıtıcılarla benzer yükümlülüklerle sahiptir.

Tüzük aynı zamanda kamu otoriteleri açısından da önemli yetki ve görevler öngörmektedir. Risk temelli denetimler, çevrimiçi ortamın denetimi, ihtiyati tedbirler ve gümrük konusundaki iş birliği buna örnek gösterilebilir. Bunun ötesinde piyasa denetim ve gözetim mekanizmasının sürdürülebilirliği açısından ICSMS (*Information and Communication System on Market Surveillance*) gibi dijital veri tabanlarının kullanılması ve *Union Product Compliance Network* (AB Ürün Uygunluğu Ağı) gibi oluşumlar teşvik edilmektedir.

b. Genel Ürün Güvenliği Tüzüğü

b. 1. Genel Bilgiler

Teknoloji ve küresel ticaret alanında yaşanan gelişmeler neticesinde 2001/95/EC Direktif hükümlerinin güncellenmesi icap etmiş, söz konusu düzenlemeler, EU 2023/988 no.lu Genel Ürün Sorumluluğu Tüzüğü ile ikame edilmiştir. Dolayısıyla Birlik hukukunda artık üye ülkelerin iç hukukuna aktarmaları gereken Direktif yerine doğrudan uygulama alanı bulan Tüzük vesilesiyle ürün güvenliği düzenlenmiştir. Bu sayede bir taraftan yeknesaklık sağlanmakta, diğer yandan üye ülkelerdeki ürün güvenliğine ilişkin farklı uygulamaların ortadan kalkması sayesinde malların serbest dolaşımı ve güvenli ürünlerin Birlik piyasasına sunulması amaçlarına hizmet edilmektedir. 12.6.2023 tarihinde yürürlüğe giren Tüzük, 13.12.2024 tarihinden itibaren de uygulanmaya başlamış ve Genel Ürün Güvenliği Tüzüğü (General Product Security Regulation – GPSR) olarak anılmaya başlamıştır.

Tüzük çerçevesinde özellikle ürünlerin dijitalleşmesi ile yeni iş modelleri dikkate alınarak revizyonlar yapılmıştır. Birlik nezdinde hâlihazırda EU 2019/1020 no.lu Tüzük ile söz konusu ihtiyaçlar doğrultusunda ilk adımlar atılmış olmakla birlikte, Genel Ürün Güvenliği Tüzüğü de bu doğrultuda bir sonraki aşama olarak değerlendirilmelidir.

b. 2. Uygulama Alanı

Öncelikle belirtelim ki Tüzük, sistematik açıdan Direktiften farklı değildir. Şöyle ki Genel Ürün Güvenliği Tüzüğü'nün uygulama alanı bulması için öncelikle insan sağlığı ve güvenliğe ilişkin özel düzenlemelerin varlığı araştırılmalıdır. Şayet bu şekilde düzenlemeler mevcutsa bu düzenlemeler önceliklidir. Dolayısıyla Genel Ürün Güvenliği Direktifi, bir yandan özel düzenlemelerin olmadığı, diğer yandan özel düzenleme olmasına rağmen bu düzenlemelerin insan sağlığı ve güvenliğe ilişkin düzenlemeler içermemesi hallerinde uygulama alanı bulacaktır. Buradan hareketle Tüzük'ün öncelikle tüketicilere yönelik ve uyumlaştırılmamış mevzuatın olmadığı ürünleri esas aldığı söylenebilecektir. Ancak Tüzük, bu ürünlerle sınırlı kalmamakta, ilaveten çevrimiçi Pazar yerlerine ilişkin (Art. 22 GPSR)

düzenlemeler ile bir kazanın meydana gelmesi halinde iktisadi işletmecilere ilişkin ve tüketiciler lehine bilgi alma ve zararın giderilmesine ilişkin düzenlemeler de içermektedir¹¹.

Tüzük, Art. 3 No. 1 hükmü uyarınca bütün tüketici ürünleri (B2C ilişkisi kapsamındaki ürünler) için uygulama alanı bulmaktadır. Muhatap aktörler açısından da yine öncelikli olarak imalatçı esas alınmakta, ancak bunun ötesinde ve ikincil düzeyde diğer iktisadi işletmecilere ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir. Bunun ötesinde EU 2019/1010 no.lu Tüzük hükümlerine uygun şekilde iktisadi işletmeci sıfatıyla lojistik-ikmal hizmet sağlayıcıları ile çevrimiçi Pazar yeri sunucuları da Art. 3 No. 12 GPSR çerçevesinde uygulama alanına dâhil edilmiştir.

b. 3. Ürünün Güvenli Olup Olmadığını Tespit Ederken Esas Alınacak Zaman

Tüzük kapsamında öngörülen önemli değişikliklerden birisi de, mesafeli satışlarda ürünün ne zaman ürün güvenliği düzenlemelerine uygun olması gerektiğine ilişkindir. Şöyle ki Art. 4 hükmüne göre ürün, çevrimiçi ortamda satışa sunulduğu esnada güvenli olmalıdır. Bu vesileyle ürün güvenliği hukukunda mesafeli satışlara ilişkin bir düzenleme öngörülmektedir¹². Bunun ötesinde çevrimiçi alışveriş esnasında iktisadi işletmeci imalatçı hakkında ve ürün hakkında bilgilendirme yapmak ve gerekli uyarı ve güvenlik bilgilerini de sunmakla yükümlü kılınmaktadır (Art. 19).

b. 4. İç Bünyede Gerçekleştirilecek Risk Analizi ve Teknik Dokümantasyon

Art. 5 kapsamında düzenlenen genel güvenlik ilkesine göre iktisadi işletmeciler, münhasıran güvenli ürünleri piyasaya arz edebilecek ya da bulundurabilecektir. İmalatçılar da Art. 9 hükmüne göre piyasaya ürün arz ederken söz konusu ilkeye uyumlu davranmakla yükümlü kılınmaktadır. Ayrıca imalatçı, ürünü piyasaya arz etmeden önce Art. 9 f. 2'ye göre Art. 6'da düzenlenen kıstaslar ışığında iç risk

¹¹ Lenz/Bertram, s. 147 vd.

¹² Lenz/Bertram, s. 148.

denetimini yapacaktır. Dikkate alınması gereken hususlar arasında dijital ürünler açısından özellikle iki başlık önem kazanmaktadır: (1) ürünün diğer ürünlerle birlikte kullanılması halinde karşılıklı etkileşimin sebebiyet verebileceği riskler ile (2) siber güvenlik ve otonom sistemlerin barındırdığı riskler de artık ürün güvenliği değerlendirmelerine dâhil edilecektir.

Ancak bu bağlamda daha da önem arz eden husus, iç denetim mekanizmasının artık özel düzenlemelerle sınırlı olmadığı, bilakis uyumlaştırılmış düzenlemelerin olmadığı hallerde dahi ve dolayısıyla her türlü tüketici ürünü için artık bir risk analizi yapılmasının zorunlu hale gelmesidir. Zira Tüzük düzenlemelerinde risk analizi yapılması için herhangi bir eşik veya diğer bir kıstas öngörülmediği için artık her türlü ürün için risk analizi yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır¹³. Tüzük, bir adım daha ileriye giderek güncelleme yükümlülüğü de öngörmektedir. Şöyle ki ürün henüz piyasaya sürülmeden önce risk analizi yapılmış olsa dahi, ürünün piyasada olduğu dönemde ürünün arz ettiği riskle alakalı yeni bulgular ortaya çıktığı takdirde teknik dokümantasyonun da güncellenmesi gerekecektir. Ayrıca söz konusu belgelerin 10 yıl süreyle muhafaza edilmesi ve talep halinde ilgili kuruluşlara sunulması öngörülmektedir¹⁴.

b. 5. Ürünlerin Geri Çağırılması ve Tüketiciye Sunulması Gereken İmkânlar

Tüzük, ürün güvenliği hukuku kapsamında ilk defa ayıba karşı tekeffüle ilişkin düzenlemeler getirmektedir. Şöyle ki Art. 37 GPSR hükmüne göre ürün güvenliğine dayalı geri çağırımlarda iktisadi işletmeci, tüketiciye onarım ya da ikame ürün veya bedelin iadesi imkânlarını sunmalıdır. Dolayısıyla Tüzük ile birlikte tüketici, sadece satıcıya karşı sözleşme ilişkisine dayalı ayıba karşı tekeffül borcundan değil, doğrudan üreticiye karşı da söz konusu haklarını ileri sürme imkânına sahip olmaktadır.

¹³ Lenz/Bertram, s. 149.

¹⁴ Lenz/Bertram, s. 149.

3. Ürün Sorumluluğu Hukuku

Birlik düzeyinde ürün sorumluluğuna ilişkin ilk düzenleme 85/374/ECC no.lu Direktifti. Bu Direktif ile birlikte ilk olarak Birlik düzeyinde kusursuz sorumluluk şeklinde ürün sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme hayata geçirilmişti. Ancak tıpkı ürün güvenliği hukukunda olduğu gibi iktisadi ve teknolojik gelişmeler, söz konusu Direktif'in de güncellenmesini zorunlu hale getirdi. Bu bağlamda (EU) 2024/2853 no.lu Direktif ile eski Direktif yürürlükten kaldırılarak yeni bir düzenleme hayata geçirildi. Yeniliklerin amacı, (1) ürün sorumluluğu hukukunu, yapay zekâ da dâhil olmak üzere yeni teknolojilere uyumlu hale getirmek, (2) ürün sorumluluğu hukukunu döngüsel ekonomi ile uyumlu hale getirmek ve (3) küresel tedarik zincirleri ve bundan kaynaklanan imalatçıya erişimdeki sorunları gidermek olarak özetlenebilecektir. 09.12.2026 tarihine kadar üye ülkeler tarafından iç hukuka aktarılması gereken Direktif, maddi hukuka ilişkin hükümlerin yanında usul hukuku açısından da önemli düzenlemeler içermektedir¹⁵.

Maddi hukuk açısından göze çarpan en önemli değişiklikler, (1) ürün kavramının genişletilmesi; (2) hata kavramının genişletilmesi; (3) muhtemel tazminat yükümlülerinin genişletilmesi ve (4) hukuki yaptırımların genişletilmesi olarak özetlenebilecektir.

a. Ürün Kavramına İlişkin Değişiklikler

Direktif Art. 4 No. 1 hükmüne göre ürün, *“başka bir taşınır veya taşınmazla entegre edilmiş ya da birbirine bağlı olsa bile tüm taşınır eşyaları ifade eder; bu tanım elektriği, dijital üretim dosyalarını, hammaddeleri ve yazılımı da kapsar”*. İlgili hükümden açıkça anlaşılacağı üzere ürün kavramı, münhasıran cismani varlıklarla sınırlı tutulmamakta, bilakis dijital varlıklar da artık ürün olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla yazılımların da artık ürün olarak kabul edilmesi gerekecektir. Her ne kadar yazılım Direktif kapsamında açıkça tanımlanmıyor olsa da Dibace

¹⁵ Direktif hakkında daha geniş bilgi için bkz. Ayşe Arat/Elif Akıncı, “2022/0302 Sayılı Avrupa Birliği Yeni Ürün Sorumluluk Direktif Teklifinin Getirdikleri Üzerine Bir Değerlendirme”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt: 82, Sayı: 2, 2024 s. 363 vd.

No. 13 kapsamında yazılımlar, örnekseme yoluyla izah edilmeye çalışılmaktadır. Buna göre yazılım, fiziksel bir taşıyıcı üzerinde kaydedilmesine gerek olmaksızın bulut bilişim ya da *Software as a Service* (hizmet olarak yazılım- SaaS) şeklinde sunulduğu takdirde de ürün kapsamına dahil edilmektedir. Öte yandan inovasyonun engellenmemesi adına ticari faaliyet dışında sunulan açık kaynak yazılımları kapsam dışında tutulmaktadır.

b. Hata Kavramı

Hata kavramı bağlamında öncelikle eski Direktifte olduğu gibi güvenliğe ilişkin haklı beklentiler esas alınmaktadır. Bununla birlikte eski Direktif döneminde söz konusu haklı beklentilerin somutlaştırılması için üç kıstas belirlenmişken yeni Direktif ile birlikte dikkate alınması gereken kıstaslar dokuza çıkmıştır. Art. 7 hükmünde bir ürünün hatalı olarak kabul edilebilmesi için hangi kıstasların dikkate alınması gerektiğine dair önemli düzenlemeler mevcuttur. Genel kural olarak bir ürün, kişinin üründen beklediği ya da mevzuatın öngördüğü güvenliği sunmaması halinde hatalı olarak kabul edilmektedir (Art. 7 f. 1). Ürünün hatalı olup olmadığını değerlendirirken dikkate alınacak kıstaslar ise f. 2 çerçevesinde düzenlenmektedir. İlgili düzenleme kapsamında ise özellikle c), d), e) ve f) bentleri, dijital ürünler açısından büyük önem arz etmektedir. İlgili düzenlemelere göre;

c) Ürünün piyasaya sürülmesinden veya hizmete alınmasından sonra öğrenmeye devam edebilme ya da yeni işlevler kazanabilme yeteneğinin ürün üzerindeki etkileri;

d) Ürünle birlikte kullanılması öngörülebilir (özellikle ürünle bağlantı kurmak suretiyle) diğer ürünlerin, ürün üzerindeki makul ve öngörülebilir etkileri;

e) Ürünün piyasaya sürüldüğü veya hizmete alındığı tarih ya da, eğer üretici bu tarihten sonra ürün üzerinde kontrol sahibi olmaya devam ediyorsa, ürünün üreticinin kontrolünden çıktığı tarih;

f) Güvenlikle bağlantılı siber güvenlik gereksinimleri de dahil olmak üzere ürün güvenliğine ilişkin gereklilikler;

ürünün hatalı olup olmadığını değerlendirmek için dikkate alınacak kıstaslar arasında zikredilmektedir.

c. Ürünün Hatalı Olup Olmadığını Değerlendirirken Esas Alınacak Zaman

Ürünün hatalı olup olmadığını değerlendirirken esas alınacak zaman açısından da yeni Direktif, önemli değişiklikler içermektedir. Buna göre değerlendirme anı, sadece ürünün piyasaya arz edildiği zamandan ibaret değildir. Direktif, bazı durumlarda ürünün kullanıma alındığı an ile ürünün imalatçının hâkimiyetinden çıktığı anı esas almaktadır. Buna göre ürünün piyasaya sunulduğu an itibariyle hatalı olup olmadığı tespit edilemiyor, lakin kullanıma alındığı esnada hatalı olduğu tespit edilebiliyorsa, iktisadi işletmecinin bu an itibariyle sorumlu kılınması mümkün hale gelmektedir. Ürünün imalatçının hâkimiyeti dışına çıkması ise özellikle dijital ürünlerle ilgili bir husustur. Şöyle ki imalatçı, dijital ürünler üzerinde güncellemeler ya da yükseltmeler vesilesiyle hala hâkimiyet sahibi olabilmektedir. Hatta bazı durumlarda imalatçının dijital ürünün kullanımını bütünüyle engelleme imkânı da mevcuttur. Dolayısıyla imalatçı ürünü piyasaya arz ettikten sonra da ürün güvenliğine ilişkin değişiklikler yapabiliyorsa, bundan kaynaklanan hatalardan dolayı da sorumlu tutulabilmelidir.

ç. Sorumluluğun Muhatabı

Eski Direktif döneminde sorumluluk taleplerinin birincil muhatabı imalatçı ve ikinci düzeyde ithalatçı ile dağıtıcıydı. Yeni Yasal Çerçeveye uyumlu şekilde kaleme alınan yeni Direktif ile artık iktisadi işletmeci kavramı esas alınmakta, bu bağlamda özellikle lojistik-ikmal hizmet sağlayıcıları ve çevrimiçi platform sunucuları da sorumluluk kapsamına dahil edilmektedir.

Bu kapsamda öncelikle Art. 4 No. 10'da tanımlanan imalatçı öncelikli sorumlu kişidir. Bu bağlamda aynı zamanda hatalı bileşenin imalatçısına da değinmek gerekecektir. Şöyle ki şayet bir ürünün hatası, o ürünün bileşeninden kaynaklanıyorsa, bu takdirde bileşenin imalatçısı da sorumlu kılınabilecektir. Bu durum, gittikçe daha da karmaşık hale gelen küresel tedarik zincirlerinin yapısından kaynaklanmaktadır. Art. 8 f. 1 hükmüne göre şayet bileşen, ürünün asıl imalatçısının hâkimiyeti

altında ekleniyorsa asıl ürünün imalatçısı ile bileşenin imalatçısı müteselsilen, şayet bileşen asıl ürünün imalatçısının hakimiyeti dışında ve bileşen imalatçısının münferit hakimiyeti altında ekleniyorsa bileşenin imalatçısı münferiden sorumlu tutulacaktır. Bu bağlamda dijital ürünler açısından önem arz eden husus, Dibace No. 17'ye göre bileşen kavramının dijital bileşenleri de kapsamasıdır. Şöyle ki bileşen, bağlantılı hizmetler bağlamında ürünün bileşeni niteliğini kazanıyorsa artık dijital bileşenin imalatçısı da sorumlu tutulabilecektir. Dolayısıyla ürün sorumluluğunun sanayi sektöründen hizmet sektörüne doğru genişlediği belirtilmektedir¹⁶. Ayrıca döngüsel ekonominin gereksinimleri dikkate alınarak, ürün üzerinde esaslı değişiklik yapan üretici de sorumluluk kapsamına dâhil edilmektedir.

İmalatçıya ulaşamadığı takdirde ise ithalatçı, imalatçının yasal temsilcisi ya da lojistik-ikmal hizmet sağlayıcıları ile çevrimiçi platform sunucuları da sorumluluk çemberine dâhil edilmektedir. Bu bağlamda öncelikle ithalatçı ya da temsilci muhatap tutulmakta, bunların da bulunamaması halinde lojistik-ikmal hizmet sağlayıcıları muhatap alınmaktadır. Lojistik-ikmal hizmet sağlayıcıları ise depolama, paketleme, adresleme ve gönderim hizmetlerinden en azından ikisini yerine getiren kişilerdir. Şayet bu kişilerin de mevcut olmaması halinde dağıtıcıya başvurmak mümkün olacaktır. Ancak bunun için tüketicinin öncelikle dağıtıcıdan sorumlu iktisadi işletmecilerin bilgilerini vermesini talep etmesi gerekecek, söz konusu talebe dağıtıcının bir ay içerisinde cevap verememesi halinde dağıtıcı sorumlu kılınacaktır. Buradan hareketle dağıtıcıların kendi tedarik zincirlerini kontrol etmesi ve sözleşmelerini bu sorumluluğa göre düzenlemesi önem arz etmektedir. Aynı durum çevrimiçi platformlar açısından da söz konusu olacaktır. Ancak burada sorumluluğa ilişkin ilave şartlar öngörülmektedir. Öncelikle çevrimiçi platform üzerinden yapılan sözleşmenin tarafı iktisadi operatör olmayacaktır, zira bu takdirde tüketicinin zaten doğrudan bu iktisadi işletmeciye başvurması mümkün olacaktır. İkinci şart ise Dijital Hizmetler Yasası Art. 6 f. 3 uyarınca ürünün tüketici bakış

¹⁶ Raphael Höll, "Das neue europäische Produkthaftungsrecht – Ein Überblick", Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2025, 12, s. 16.

açısıyla platforma ait olduğu ya da onun hâkimiyeti altında hizmet sunan bir teşebbüsün ürünü olduğunun varlığıdır.

d. Tazminat sorumluluğunun kapsamı

Yeni Direktif ile tazmin edilebilecek zararların kapsamı da genişletilmektedir. Şöyle ki can, beden bütünlüğü ve eşyaya gelen zararların ötesinde mesleki amaçlar çerçevesinde kullanılmayan verinin yok olması ya da zarara uğraması halinde de tazminat yükümlülüğü Art. 6 f. 1 hükmüne göre mümkün hale gelmektedir. Ancak söz konusu zararın nasıl ve neye göre hesaplanacağı hususu Direktifte düzenlenmemektedir. Özellikle verinin yeniden elde edilmesi, onarılması gibi masraflar dışında kalan giderlerin ne şekilde tazmin edileceği, manevi zararların tazminata konu olup olmayacağı, ulusal düzenlemelere bırakılmaktadır (Art. 6 f. 2 c. 2 ve Dibase No. 23). Bununla birlikte salt malvarlığı zararları hala kapsam dışında bırakılmıştır.

Sorumluluğun kapsamı bağlamında önem arz eden bir diğer husus, tazminat miktarının üst sınırına ilişkindir. Şöyle ki yeni Direktif ile birlikte üye ülkeler, ürün sorumluluğu kapsamında artık tazminatın miktarına ilişkin üst sınırlar belirleyemeyecektir. Tazminat rizikosunun sınırlandırılmaması hususu ise özellikle rizikonun sigortalatılması hususunda ciddi sorunlara sebebiyet verebilecek niteliktedir¹⁷.

4. Birlik Hukukunda Ürün Güvenliği Hukuku ile Ürün Sorumluluğu Hukuku Arasındaki İlişki

a. Genel olarak

Ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu, bir madalyonun iki yüzü olarak nitelendirilmektedir¹⁸. Gerçekten de her iki alanın da amacı tehlikeli ürünlere karşı bireyleri korumaktır. Bununla birlikte bu amaca ulaşmak amacıyla izlenen yöntemler birbirinden farklıdır. Şöyle ki ürün güvenliği hukuku, ürün henüz piyasaya sürülmeden önce uyulması

¹⁷ Höll, s. 17.

¹⁸ Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer, "Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things", *Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy IV*, Nomos, 2019 s. 7, 11.

gereken kurallar ile ürün piyasaya sürüldükten sonra izlenmesi gereken süreçleri ele alan, kamu otoriteleri ile piyasa aktörleri arasındaki ilişkiyi esas alan, zararı önlemek için *ex-ante* yaklaşımına dayanan kamu hukuku kaynaklı kurallar bütünüdür¹⁹. Diğer taraftan ürün sorumluluğu, piyasa aktörleri ile ürünü kullanan bireyler arasındaki ilişkiyi esas alan, öncelikli olarak üründen kaynaklanan zararların *ex-post* yaklaşımla telafisini amaçlayan özel hukuk kaynaklı düzenlemeler içermekte, aynı zamanda ikincil olarak zararı önleme işlevlerini de içermektedir²⁰. Bununla birlikte her iki alanın da birbirini tamamladığını söylemek mümkündür. Şöyle ki bireylerin tehlikeli ürünlere karşı korunması, ürün güvenliği kuralları çerçevesinde kamunun yaptırım gücü vesilesiyle, yani *public enforcement* mantığına dayalı, ürün sorumluluğu çerçevesinde ise özel hukuk süljelerinin hak arama yollarına başvurusu vesilesiyle, yani *private enforcement* mantığına dayalı olarak gerçekleşmektedir. Kaldı ki Birlik hukukunda öngörülen toplu dava yöntemleriyle bu boyut, daha da fazla önem kazanmaktadır. Ürün sorumluluğu ile ürün güvenliği arasındaki sıkı ilişki, Ürün Sorumluluğu Direktifi Dibase No. 46'da vurgulanmaktadır. Buna göre özellikle Genel Ürün Güvenliği Direktifi gibi ürün güvenliği düzenlemelerine aykırılık, kural olarak ürünün ürün sorumluluğu bağlamında da hatalı olduğuna ilişkin bir karine teşkil edecektir. Ayrıca Birlik hukukunda öncelikle ürün güvenliği çerçevesinde kabul gören Yeni Yasal Çerçeve düzenlemeleri ve bilhassa tanımlar, yukarıda da belirtildiği üzere artık ürün sorumluluğu hukukuna da yansıtılmaktadır²¹.

b. Hata Kavramı ve Ürün Güvenliği

Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi bağlamında yukarıda hata kavramına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Bu aşamada ise ürün

¹⁹ Karaşahin, s. 1391; Ann-Kristin Mayrhofer, "Produktsicherheit und Produkthaftung – zwei Seiten einer Medaille mit unterschiedlichen Gravuren", RDİ 2024, s. 492.

²⁰ Mayrhofer, s. 492.

²¹ Dibase No. 12 çerçevesinde açıkça 768/2008/EC no.lu karara atıfta bulunmaktadır.

sorumluluğu bağlamında hata ile ürün güvenliği bağlamında tehlikeli ürün arasındaki ilişki incelenecektir.

Öncelikle belirtelim ki ürünün ürün güvenliği düzenlemelerine uyumlu olması, başlı başına ürünün ürün sorumluluğu bağlamında da hatasız olduğu anlamına gelmeyecektir. Gerçekten de “ürün güvenliği kuralları, tehlikeli ürünlerin piyasada bulunmasına kesin olarak engel olmaya elverishi değildir”²². Gerçekten de kanun koyucunun önceden bir ürünün ihtiva ettiği bütün riskleri öngörmesi ve buna ilişkin bütün detayları düzenlemesi mümkün gözükmemektedir. Hal böyle olunca ürün, her ne kadar ürün güvenliği düzenlemelerine bütünüyle uygun olsa da hala zarara yol açma rizikosu mevcuttur. İşte ürün sorumluluğu, bu aşamada (da) devreye girecek, ürün güvenliği mevzuatının öngöremediği zararları da telafi edecektir. Bu sebeple ürün sorumluluğu hukukunun, ürün güvenliği hukukunun da önleyemediği zararların telafisi açısından bir “emniyet ağı” işlevine sahip olduğu belirtilmektedir²³. Buradan hareketle ayrıca, ürün sorumluluğunda hata kavramı bağlamında kabul gören haklı beklentilerin, ürün güvenliği düzenlemelerinden ibaret olmadığını belirtmek gerekecektir²⁴. Dolayısıyla ürün güvenliği hükümlerine aykırılık, nasıl ürünün hatalı olduğuna dair aksi ispatlanabilecek bir karine ise, ürün güvenliği düzenlemelerine uyum da ürünün hatasız olduğuna dair ancak bir emare teşkil edebilecektir. Kaldı ki hatalı ürüne ilişkin düzenlemenin yer aldığı Ürün Sorumluluğu Direktifi Art. 7 hükmüne bakıldığında bir ürünün ürün sorumluluğu bağlamında hatalı olup olmadığını değerlendirirken ürünün ürün güvenliği gereksinimlerine uyumlu olup olmadığı, tahdidi nitelikte olmayan dokuz adet kıstastan sadece bir

²² Karaşahin, s. 1393.

²³ Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC), COM(2018) 246 final, s. 1 ve 8; Karaşahin, s. 1394, dn. 16, 17.

²⁴ Gerhard Wagner, “Next Generation EU Product Liability – For Digital and Other Products”, JETL 2024, s. 172, 221 vd.; Mayrhofer, s. 494.

tanisini teşkil etmektedir (Bkz. Art. 7 f. 2 b. f). Kaldı ki ürün güvenliği hukukunda öngörülen gereksinimlerin ürün sorumluluğu bağlamında dikkate alınabilmesi için bu gereksinimlerin, ürün sorumluluğu hukukunda korunan menfaatlere de hizmet etmesi gerekmektedir²⁵. Bu sebeple ürün güvenliği hükümlerinin koruduğu menfaat öncelikle esas alınmalı, bu menfaatin ürün sorumluluğu açısından etkileri araştırılmalıdır. Örnek olarak üründe CE etiketinin bulunmaması, üründe insan sağlığının korunmasına ilişkin diğer bütün önlemlerin mevcut olması halinde sadece şekli bir eksiklik olup, ürün sorumluluğu hukuku bağlamında herhangi bir önem taşımayacaktır²⁶. Benzer şekilde siber güvenlik ve bilhassa siber dayanıklılık çerçevesinde öngörülen düzenlemelerin ürün sorumluluğu bağlamında dikkate alınabilmesi için söz konusu aykırılığın sadece dijital unsur içeren cihazın korunmasına yönelik değil, insan sağlığı gibi ürün sorumluluğu bağlamında korunması amaçlanan menfaatlere de hizmet etmesi gerekecektir. Aksi takdirde ürün güvenliği hükümlerine aykırılık, doğrudan ürün sorumluluğuna sebebiyet veremeyecektir.

Bu bağlamda dikkate alınması gereken bir diğer husus, ürün güvenliği hükümlerinin Yeni Yasal Çerçeve bağlamında münhasıran temel gereklilikleri düzenlemesi, teknik detaylara yer vermemesidir. Bu yaklaşımın somut örnekleri olarak Yapay Zekâ Yasası Art. 15 f. 1 ya da Siber Dayanıklılık Yasası Art. 6 f. 1 ve Ek 1, Bölüm 1 II lit. j) gösterilebilir. Dolayısıyla daha soyut nitelikteki temel gereksinimlere uyumsuzluk doğrudan hatalı ürün neticesine ulaşmayı haklı kılmayabilecek, öte yandan bunlara uyum da ürünün hatasız olduğu anlamına gelmeyecektir. Zira belirtildiği üzere ürün güvenliği, ürün sorumluluğundan farklı menfaatlere de hizmet edebilecektir. Ayrıca kanun koyucunun, ürün güvenliği mevzuatını hazırlarken üründen kaynaklı bütün riskleri de öngörmesi ve düzenlemesi mümkün olmayabilir. Bu husus, özellikle yeni gelişen teknolojilerde önem kazanmaktadır. Zaten bu sebeple Yeni Yasal Çerçeve, yasal düzenlemelerde temel gereksinimlere yer verilmesini, teknolojinin

²⁵ Wende, in Kapoor/ProdHaftG, 2023, § 3 Rn. 31; Wagner, s. 172; Mayrhofer, s. 494.

²⁶ Mayrhofer, s. 497.

gelişmesiyle gerekli olan güncellemelerin ise teknik düzenlemeler çerçevesinde somutlaştırılmasını öngörmektedir²⁷. Bu durum, temel gereksinimlerin bütüncül bir düzenleme olarak değerlendirilmesine engel teşkil edecektir. Zira Pazar denetim otoritelerine, ürün uyumlu dahi olsa, ürünün belirli riskler içermesi halinde yine de müdahale etme yetkisi verilmektedir²⁸. Dolayısıyla her ne kadar temel gereksinimleri yerine getiriyorsa da, ürünün yine de insan sağlığı ve diğer hususlarda risk içerdiğini söylemek mümkün olabilecektir. Peki, uyumlaştırılmış normlara uyulması halinde durum nedir? Kural olarak uyum, hatasızlık için bir karine teşkil edebilecektir. Zira bunların oluşumunda ilgili alanda faaliyet gösteren aktörler de dâhil olmak üzere birçok taraf bir araya gelip bunları belirlemektedir. Dolayısıyla ürün güvenliğine ilişkin gereksinimlerin uyumlaştırılmış standartlar sayesinde isabetli bir şekilde somutlaştırıldığının kabulü mümkün olup, ancak olağanüstü hallerde, ki bunun ispatı zarar görene ait olacaktır, aksi mümkün olacaktır²⁹. Öte yandan temel gereksinimleri somutlaştıran teknik standartlara uyum, belirtildiği üzere ürünün hatadan ari olduğuna ilişkin dikkate alınması gereken birçok kriterden bir tanesi olarak değerlendirilebilecektir³⁰.

c. Ürün Güvenliği ve Sorumluluktan Kurtuluş, Ürün Güvenliği Direktifi Art. 11

Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi, sorumluluktan kurtuluş imkânlarını düzenlediği Art. 11 hükmü çerçevesinde Art. 11 f. 1 lit. d) kapsamında doğrudan ürün güvenliği hükümlerine atıfta bulunmakta, ayrıca gelişim riski (Art. 11 f. 1 lit. e) çerçevesinde de ürün güvenliği hükümlerini esas almaktadır. Yine yazılımlar bağlamında da güncelleme ve yükseltmelerin yokluğunun, sorumluluktan kurtulma imkânları

²⁷ Mavi Rehber, s. 48.

²⁸ Özellikle bkz. Art. 82 AIA, Art. 57 CRA.

²⁹ Mayrhofer, s. 496 vd.

³⁰ Uygunluk değerlendirme süreçleri açısından ayrıca bkz. Art. 43 I Alt fıkra 2 AIA, Art. 32 II CRA; gemeinsame spezifikationen (Art. Art. 3 Nr. 28, Art. 41 V AIA, Art. 27 II Alt fıkra 1 CRA). Komisyon rehberleri: Art. 96 AIA; Art. 26 CRA.

çerçevesinde dikkate alınıp alınmayacağına dair Art. 11 f. 1 lit. c) hükmü önem kazanmaktadır.

Bu bağlamda öncelikle lit. d)'ye göre hata, mevzuata uyumdan kaynaklanıyor, bir diğer ifade ile ürün, bağlayıcı mevzuat hükümlerine uyum sağlanmasından kaynaklanıyorsa iktisadi işletmecinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, sorumluluktan kurtuluşun sebebinin, iktisadi işletmecinin ürün güvenliği hükümlerine uyumlu davranması olmadığıdır. Sorumluluktan kurtuluşun sebebi, üründeki hatanın doğrudan ürün güvenliği hükümlerinden kaynaklanmasıdır. Gerçekten de iktisadi işletmeciyi bir taraftan bağlayıcı nitelikteki ürün güvenliği mevzuatına uyumla yükümlü kılmak, diğer yandan bu yükümlülüğünden kaynaklanan zararların tazminini de yine aynı iktisadi işletmeciden beklemek hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir. Diğer yandan bağlayıcı mevzuat hükümleri çoğunlukla genel ve soyut nitelikte olduğu için ilgili hükmün uygulama alanı da tartışmalara sebebiyet verecek niteliktedir.

Gelişim riski noktasında ise ürün güvenliği ilişkisi daha da önem kazanmaktadır. Gelişim riski kavramı Alman hukuku menşelidir ve fikir olarak Alman Federal Adalet Divanı'nın *Hühnerpestfall* kararında incelenmiştir³¹. Buna göre gelişim riskinden bahis açabilmek için bir ürünün güvenlik eksikliği sebebiyle hatalı olması, ancak ürünün arz ettiği tehlikenin, mevcut bilimsel ve teknik durum çerçevesinde bilinebilir olmaması gerekmektedir. Bu çerçevede önemli olan husus, ürünün hatalı olmasıdır. Dolayısıyla ürün bir risk içeriyor, lakin bu risk, toplumun güvenlik beklentileri ışığında kabul edilebilir bir risk olarak değerlendiriliyorsa artık hatalı bir ürün söz konusu olmayacaktır³². Diğer taraftan bir ürünün tehlikeli olduğu biliniyor ya da bilinebilecek durumda, ancak mevcut teknik imkânlar dâhilinde bu tehlikenin bertaraf edilmesi mümkün değilse, gelişim riski değil, gelişim boşluğundan bahis açılmaktadır. Bu bağlamda riskin bilinmezliği ya da

³¹ BGH 26.11.1968, BGHZ 51, 91 (105) – *Hühnerpest*.

³² Anne Marie Meermann, *Entwicklungsrisiko und State-of-the-Art*, Baden-Baden 2013, s. 31.

bilinemezliği değil, teknik imkânlar dâhilinde önlenemezliği önem kazanmaktadır³³.

Gelişim riski kavramının tartışıldığı örneklerin ortak noktası, piyasaya sürüldüğü esnada henüz bütün riskleri bilinmeyen ürünün sebebiyet verdiği ağır zararlardır. Bunlardan ilki, Amerika Birleşik Devletleri'nde birçok davaya konu olan ve Avrupa Birliği'nde de tartışmalara sebebiyet veren asbest (amyant, beyaz toprak) davalarıdır. Asbest olarak adlandırılan mineral, her ne kadar yapı malzemesi olarak son derece dayanıklı olsa da, artık kanserojen olduğu ve insan sağlığına zarar verdiği bilinmektedir. Ancak geçmişte bu ürünle çalışan ve fakat bu riski bilmeyen işçiler, kansere yakalanmış ve bunun üzerine davalar açılmıştır. Amerikan Mahkemeleri, bu bağlamda her ne kadar gelişim riskine dayalı olarak riskin mevcut bilimsel ve teknik yöntemlerle bilinemez durumda olduğunu ve dolayısıyla kural olarak tazminat talebinin yerinde olmayacağını kabul etse de, üreticileri mutlak kusursuz sorumluluk (*strict liability*) ilkesi gereğince yine de sorumlu tutmuş, nihayet bu ilkeden vazgeçip gelişim riski durumunda üreticileri sorumluluktan muaf kılmışlardır³⁴. Bir diğer örnek, HIV bulaşmış kan ürünlerine ilişkindir. 80li yılların başlarında kan nakli için kullanılan kanlarda, henüz HIV virüsü bilinmediği ve dolayısıyla kanların da buna ilişkin test edilmesinin mümkün olmadığı bir dönemde kişilere HIV virüsü içeren kanlar verilmiş, bunun üzerine kan nakli yapılan kişilere söz konusu virüs bulaşmıştır. Bu kişiler arasında özellikle hemofili hastası ve ameliyat esnasında kan nakli yapılan hastalar gelmektedir. Önemli bir diğer örnek ise *Contergan* isimli uyku ve rahatlatıcı ilaçla ilgilidir. Şöyle ki söz konusu ilaç 1957 yılında piyasaya sürüldükten kısa bir süre sonra yeni doğan çocuklar üzerinde sinir sisteminde zararlar ve vücutların belirli uzuvlarında gelişim bozuklukları tespit edilmiş, bu

³³ Ulrich Foerste, "BGH, 9. 5. 1995 — VI ZR 158/94. Produkthaftung für explodierende Mineralwasserflaschen", JZ, Cilt:50, Sayı:21, 1995, s. 1063; Krause Rüdiger, in: Vieweg (Hrsg.), *Risiko – Recht – Verantwortung*, 2006, s.451, 452.

³⁴ Bütün bu gelişmeler hakkında daha geniş bilgi için bkz. Meermann, s. 37-38, 105 vd.

bebeklerin annelerinin hamilelik esnasında söz konusu ilacı kullandıkları tespit edilmiştir.

Ancak önemle belirtelim ki her üç olayda da zarara sebebiyet veren riskin tam olarak hangi andan itibaren bilindiği ya da en azından bilinebilir olduğu hususu tartışmalara sebebiyet vermiştir³⁵. Zira mahkemelerin kararlarını açıkladığı dönemlerde ilgili ürünlerin taşıdığı riski bilimsel çalışmalarında tespit edilmiş, ancak risk ile doğurduğu sonuç hakkında bağlantı kurabilmek için yeterli empirik çalışma yapılmamış olması da bilinebilirlik açısından yeterli olacak mıdır sorusuna mahkemeler ilgili kararlarında açık bir cevap verememişlerdir. Özellikle *Contergan* davalarında yaşanan mağduriyet, Alman kanun koyucusunu, tıbbi ilaç üreticisini tehlike sorumluluğu esasına dayanan ve gelişim riskini de içeren bir sorumluluk rejimine tabi tutmaya sevk etmiştir³⁶.

Henüz bilişim teknolojileri ve bilhassa yapay zekâ alanında yaşanan gelişmeler hukuki tartışmaların da gündeminde olmadığı dönemlerde gelişim riskinin “güncel” konuları olarak nitelendirilen hususlar ise genetik teknolojileri ve elektromanyetik alanlar olmuştur³⁷. Genetik teknolojiler alanında özellikle zararın kaynağı ve kapsamına ilişkin belirsizlikler, bu teknolojilerin canlı yaşama ve çevreye olan etkileri ve bütün süreçlerin karmaşıklığı, gelişim riski kavramına önem kazandırmaktadır. Diğer yandan elektrik enerjisinin üretildiği her yerde mevcut bulunan elektromanyetik alanların sağlığa zararları olup olmadığı halen tartışmalara konu olan bir husustur ve dolayısıyla bu bağlamda da kesin bir sebep-sonuç ilişkisi ortaya konulamamıştır. Dolayısıyla bu iki husus açısından da yine “riskin bilinebilirliği” hususu, zararın ortaya çıkması halinde mahkemeler tarafından tartışılacak konulardan birisi olacaktır.

³⁵ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Meermann, s. 36-42.

³⁶ Bkz. §§ 84 vd. Arzneimittelgesetz; ayrıca bkz. Mesut Serdar Çekin, *Tehlike Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 78-79.

³⁷ Pierre Widmer/ Pierre Wessner, “Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erleauternder Bericht”, Bern, 2000, s. 142, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ber-d.pdf>, [Erişim tarihi: Mayıs 2025].

Peki, yeni gelişen teknolojiler açısından durum nedir? Gerçekten de yeni gelişen teknolojilere, bilhassa yapay zekâ teknolojilerine bakıldığında bu teknolojilerin barındırdığı riskler hakkında halen bir belirsizliğin olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte bir riskin varlığı konusunda artık herhangi bir şüphe de yoktur. Belirsizlik, daha çok riskin kapsamı ve doğuracağı sonuçlara ilişkindir. Diğer yandan Avrupa Birliği kanun koyucusu, bu belirsizlikleri ürün güvenliği ekseninde belgelendirme, aydınlatma, hesap verme gibi birçok yükümlülükle birlikte düzenleme altına almayı amaçlamaktadır. Bununla birlikte belirtildiği üzere ürün güvenliği, *ex ante* yaklaşımıyla zararı önceden önlemeyi amaçlamaktayken, zarar meydana geldikten sonraki sürece ilişkin *ex post* yaklaşım ürün sorumluluğunun konusunu teşkil etmektedir³⁸. Buradan hareketle sorulması gereken soru, gelişim riski bağlamında ürün güvenliği ekseninde *ex ante* düzenlemelerin yeterli olup olmayacağıdır. Şöyle ki ürün güvenliğine ilişkin düzenlemelere riayet edilmesi sayesinde kanunun muhatabını sorumluluktan kurtarması, muhatap açısından çok önemli bir teşvik unsuru oluşturacaktır. Buna karşılık muhatap bütün düzenlemelere riayet etmesine rağmen gelecekte meydana gelecek olan zararlardan her halükârda sorumlu tutulacaksa onun ilgili düzenlemelere uyum noktasında bir motivasyon kaybı yaşaması mümkündür. Bu noktada acaba bütün kanuni yükümlülüklerle, bir diğer ifade ile teknik düzenlemelere riayet eden muhatap, gelişim riskini öne sürerek sorumluluktan kurtulabilecek mi, yoksa gelişim riskini bu üründen menfaat elde eden kişilere yüklemek daha mı isabetli olacaktır?

Öncelikle ürün sorumluluğuna ilişkin hükümlere riayet edilmemesi halinde iktisadi işletmecinin gelişim riskine dayanarak sorumluluktan kurtulması söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte ürünün içerdiği riskin sonradan ortaya çıkması halinde de gelişim riskine dayanmanın mümkün olup olmadığı, bilhassa otonom sistemler özelinde tartışılmaktadır. Bu bağlamda bir görüş, otonom sistemlerdeki rizikonun hâlihazırda bilindiğini, özellikle yapay zekâ sistemlerindeki öngörülemezlik (*black box*) rizikosunun bilinen bir unsur olduğunu, dolayısıyla gelişim riskindeki rizikonun bilinemezliği unsurunun söz

³⁸ Mayrhofer, s. 492.

konusu olmadığını savunmaktadır³⁹. Diğer taraftan gelişim riski için salt rizikonun bilinmesinin değil, bu rizikonun ürünü hatalı hale getirebileceğinin de bilinmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁰. Dolayısıyla tartışmanın özünde gelişim riskinden bahis açabilmek için soyut bir riskin yeterli olup olmadığı sorusu yatmaktadır. Gerçekten de riskin soyut olarak varlığı yeterli olarsa bu durum iktisadi işletmeciler açısından olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Şöyle ki bir teknolojinin henüz bütün sonuçları öngörülemese de soyut olarak belirli riskler içermesi, anılan ilk görüşe göre yeterli sayılacak ve iktisadi işletmeci, bu teknolojiyi içeren üründen kaynaklı meydana gelen zararları telafi etmekle yükümlü kılınacaktır. Diğer taraftan soyut riskin varlığı değil de söz konusu riskin ürün güvenliğine somut olarak ne derecede ve ne şekilde yansıtılmasının bilinmesi şartı arandığı takdirde iktisadi işletmeci açısından daha avantajlı bir durum söz konusu olacaktır. Nitekim özellikle yapay zekâ teknolojilerinin hâlihazırda bilinen, somut olarak gözlemlenen bazı riskleri mevcut olmakla birlikte, henüz görülmeyen ve belki ileri tarihlerde ortaya çıkacak yeni riskleri de barındırma potansiyeli mevcuttur. Bu soyut riskler henüz öngörülememiş ve dolayısıyla da bunlara karşı önlem alınamamış olduğu için iktisadi işletmeciyi gelişim riskine dayalı olarak sorumluluktan muaf tutmak ikinci görüşe göre isabetli olacaktır. Zira teknik düzenlemelere ve standartlara uyumlu şekilde ürün sunan iktisadi işletmeci, bu düzenlemelere uyumlu davranmakla ürünün hatasız olduğuna dair haklı bir beklenti içerisinde olacağı için bu bağlamda gelişim riski savunmasına müsaade edilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Bununla birlikte gelişim riski sorunu, özellikle yapay zekâ ve siber güvenlik düzenlemelerine bakıldığında bir nebze hafifletilmiştir. Şöyle ki AB Yapay Zekâ Tüzüğü ve Siber Güvenlik Tüzüğü ile yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi, ürün piyasaya sunulduktan sonra dahi iktisadi işletmeciler açısından birçok yükümlülük öngörmekte, özellikle ürün kaynaklı risklerin meydana gelmesi halinde gerekli önlemlerin

³⁹ Gerhard Wagner, "Produkthaftung für autonome Systeme", Archiv für die civilistische Praxis, Cilt: 217, 2017, s. 707, 717.

⁴⁰ Maryhofer, s. 500.

alınması, tedarik zincirindeki aktörler ve otoritelerle iş birliği içerisinde sorunun giderilmesi, piyasa denetim ve gözetim yükümlülükleri gibi ürünün bütün yaşam döngüsünü kapsayan yükümlülükler içermektedir. Buradan hareketle üründe sonradan ortaya çıkan risklerin tespit edilmemesi, tespit edilen ve özellikle imalatçıya bildirilen risklere karşı önlem alınmaması, gerekli güncelleme ya da yükseltmelerin yapılmaması, zaten başlı başına ürün güvenliği ve ürün sorumluluğu hükümlerine aykırılık teşkil edeceği için gelişim riski sorunu da bu bağlamda nadiren gündeme gelecektir⁴¹. Kaldı ki iktisadi işletmecinin gelişim riskine dayalı olarak sorumluluktan kurtulması halinde dahi zarar gören, yetkilendirilmiş kuruluşlara karşı tazminat talebinde bulunabilecektir⁴².

Art. 11 f. 2 lit. c) hükmünde ise yazılım güncellemeleri ve yükseltmelerine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Şöyle ki kural olarak iktisadi işletmeci, Art. 11 f. 1 lit. c)'ye göre ürünün piyasaya arz edildiği, uygulamaya alındığı ya da piyasada bulundurulduğu esnada hatasız olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir. Bununla birlikte hata, yazılımın güvenliği için gerekli olan güncelleme ya da yükseltmenin eksikliğinden kaynaklanıyorsa artık iktisadi işletmecinin sorumluluktan kurtulma imkânı olmayacaktır. Aynı doğrultuda siber riskler açısından CRA Art. 13 f. 8 hükmünde önemli düzenlemeler mevcuttur. Şöyle ki güvenlik güncellemelerinin içeriğinden öte zamansal boyutu noktasında ilgili düzenlemeye göre imalatçı, kural olarak beş yıllık bir süre boyunca ürünün zafiyetlerini gidermekle yükümlü kılınmaktadır. Ürünün kullanım süresinin daha az olması halinde bu süre dikkate alınacaktır. Keza imalatçılar, Art. 13 f. 9 CRA hükmüne göre beş yıllık süre içerisinde sunulan güvenlik güncellemelerinin, ürünün piyasaya sunulmasından itibaren en az 10 yıl boyunca mevcut bulundurulmasıyla yükümlü kılınmaktadır.

III. Türk Hukuku Açısından Değerlendirmeler

Yukarıda Birlik hukukuna dair yapılan etraflıca inceleme neticesinde Birlik hukukunda Yeni Yasal Çerçeveye ilişkin kuralların

⁴¹ Benzer şekilde Wagner, MüKo-BGB, 9. Auflage, 2024, § 823, Rn. 1084.

⁴² Mayrhofer, s. 500.

münhasıran ürün güvenliği düzenlemeleriyle sınırlı kalmadığı, ürün sorumluluğu hukukuna da yansıtıldığı, ayrıca teknolojik ve küresel tedarik zincirlerinde yaşanan gelişmeler sonucunda yeni aktörlere ve yeni yükümlülüklerle ilişkin hükümlerin sevk edildiği tespit edilmiştir. Türk hukukunda ise ürün güvenliğine ilişkin genel nitelikteki güncel düzenleme olan 7233 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu, 12.03.2020 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmış ve bir sana sonra yürürlüğe girmiştir. İlgili Kanun gerekçesinde belirtildiği üzere Kanun aynı zamanda AB mevzuatına uyumu da amaçlamakta, bu çerçevede en son 2019 yılında yapılan değişikliklere de atıfta bulunmaktadır⁴³. Burada kastedilen yasal gelişme bilhassa yukarıda incelenen EU 2019/1020 no.lu Pazar Denetimi ve Ürünlerin Uygunluğu Tüzüğüdür. Bununla birlikte bu zamandan sonra özellikle 2023 tarihli Genel Ürün Güvenliği Tüzüğü ile 2024 tarihli Ürün Sorumluluğu Direktifi ile bilhassa dijital ürünlere ilişkin çok önemli düzenlemeler öngörülmüş, dolayısıyla bu düzenlemeler henüz Türk hukukuna aktarılmamıştır. Dolayısıyla bundan sonraki aşamada Birlik mevzuatına ortak Pazar çerçevesinde tam uyum sağlamak adına özellikle dijital ürünler açısından ne tür gereksinimlerin karşılanması gerektiği hususu ele alınacaktır.

1. Sistematik Açidan

Her şeyden evvel belirtmekte fayda olacaktır ki Türk hukukunda ürün güvenliği ve ürün sorumluluğuna ilişkin hukuki çerçeve, Birlik hukukundan farklıdır. Şöyle ki yukarıda etraflıca değinildiği üzere ürün

⁴³ Bkz. İstanbul Milletvekili Hulusi Şentürk ile 95 Milletvekilinin Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Teklifi (2/2537) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, Genel Gerekeçe s. 7: “Ancak Avrupa Birliği 2010 ve 2019 yıllarında yürürlüğe koyduğu yeni yatay mevzuat ile bu alanda önemli değişiklikler ve yenilikler yapmıştır. Avrupa Birliği mevzuatındaki gelişmeler ve yetkili kuruluşlarımızca dile getirilen ihtiyaçlar neticesinde, nihai kullanıcıların elinde bulunan ürünlerin güvenli olmaması durumunda söz konusu ürünlerin geri çağırılması, uygun olmayan ürünlerin sorumlusunun bulunmasını teminen iktisadi işletmecilerin izlenebilirliği, e-ticarete piyasa gözetimi ve denetimi, ürün sorumluluğu tazminatı gibi hususların da düzenlenmesi gerekliliği doğmuştur.”

güvenliği, kamu hukuku kaynaklı, ürün sorumluluğu ise özel hukuka dayalı düzenlemeler içermekte, Birlik hukukunda bu iki alana ilişkin farklı yasal düzenlemeler ihdas edilmektedir. Türk hukukunda ise Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunun vesilesiyle ürün sorumluluğu ve ürün güvenliği tek bir kanun çerçevesinde düzenlenmiştir. Elbette bir kanuni düzenlemenin hem kamu hukuku, hem de özel hukuka ilişkin düzenlemeler içermesi, başlı başına eleştirilecek bir husus değildir. Bununla birlikte Türk hukukunda ürün sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin son derece kısıtlı kaldığını da belirtmekte fayda olacaktır. Özellikle yukarıda belirtildiği üzere Birlik hukukunda her ne kadar ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu arasında sıkı bir ilişki olsa da, ürün güvenliği hukuku ile ürün sorumluluğu hukukunun koruduğu menfaatler farklı olabilir. Buradan hareketle bütün tanımların tek bir kanun çerçevesinde ve ürün sorumluluğu ile ürün güvenliği hukukuna yeknesak uygulanacak biçimde düzenlenmesi sorunlara sebebiyet verecektir. Ayrıca 7223 sayılı Kanun'da yer verilen düzenlemelerin çoğunlukla ürün güvenliğine ilişkin olduğu, ürün sorumluluğu noktasında ise yetersiz kaldığını söylemek mümkün olacaktır⁴⁴. Keza Birlik hukukunda yaşanan son gelişmeler sebebiyle Birlik hukukuna uyum açısından yine bazı düzenlemelerin gözden geçirilmesi gerekecektir.

2. Güvenli Ürün, Uygun(suz) Ürün İlişkisi

ÜGTDK, m. 5 hükmünde ürün güvenliğine ilişkin genel bir düzenleme öngörmekte, ürün sorumluluğu ise m. 6 kapsamında düzenlenmektedir. Ürün güvenliği bağlamında ürünün “güvenli” olması şartı aranmaktadır. Ürün sorumluluğu ise, m. 6 f. 1'e göre ürünün bir kişiye veya mala zarar vermesi halinde doğacak, zarar görenin f. 2 çerçevesinde (1) zararı ve (2) uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi gerekecektir. Uygunsuzluk ise

⁴⁴ Bu bağlamda ürün sorumluluğu ile ürün güvenliğine ilişkin hükümlerin iç içe geçtiği (Erhan Kanışlı, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt: 78, Sayı: 3, 2020, s. 1421), ürün sorumluluğu hükümlerinin ürün güvenliği hükümlerinin arasına serpiştirildiği (Karaşahin, s. 1395) vurgulanmaktadır.

m. 3 f. 1 b. r)'ye göre “Ürünün ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmama hali” olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla ürünün ürün güvenliği hükümlerine uygun olması halinde uygunsuzluk söz konusu olmayacak, bu sebeple de sorumluluk doğmayacaktır. Bir diğer ifade ile ürün güvenliği hükümlerine uyum, iktisadi işletmeciyi ürün sorumluluğundan da muaf tutacaktır.

Oysa yukarıda da etraflıca izah edildiği üzere ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu her zaman aynı menfaatleri korumamaktadır. 7223 sayılı Kanun vesilesiyle ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu arasında kurulan bu mutlak bağ ile birlikte ürün sorumluluğu hukuku, yukarıda belirtilen “güvenlik ağı” işlevini bütünüyle yitirmektedir. Zira ürün güvenliği mevzuatına uyum sağlamak, ürün sorumluluğundan kurtulmak için başlı başına yeterli olacaksa, ürün sorumluluğunun koruduğu menfaatin ürün güvenliği bağlamında korunan menfaatle birebir aynı olduğu sonucuna varmak gerekecektir. Bu sonuç ise, yukarıda Birlik hukuku çerçevesinde etraflıca izah edildiği üzere doğru bir yaklaşım değildir. Bilakis bir ürün, ürün güvenliği mevzuatına bütünüyle uyumlu olmasına rağmen yine de tehlikeli olabilecek, insan sağlığı ve güvenliği açısından zararlara sebebiyet verebilecektir. Bu takdirde ürün sorumluluğunu bütünüyle ortadan kaldırmak isabetli olmayacaktır. Yine belirtildiği üzere Birlik hukukunda son yapılan değişiklikle birlikte ürün sorumluluğu ile ürün güvenliği arasındaki ilişkinin mutlak bir bağımlılık olmadığı, ürün güvenliğine uyumun, ürün sorumluluğu bağlamında sadece bir unsur olduğu söylenebilecektir. Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi Art. 7 f. 2’de bir ürünün ürün sorumluluğu bağlamında hatalı olup olmadığını belirlerken dikkate alınması gereken ve tahdidi nitelikte olmayan dokuz kısıstan sadece bir tanesinin ürün güvenliği mevzuatından kaynaklanan gereksinimler olduğu dikkate alındığında bu sonuç daha da belirgin hale gelmektedir.

Bu isabetsiz sonuç, kendisini ayrıca ÜGTDK m. 21/3 düzenlemesinde göstermektedir⁴⁵. İlgili düzenlemeye göre imalatçı veya

⁴⁵ Daha geniş bilgi için bkz. Karaşahin, s. 1405 vd.

ithalatçı, f. 2⁴⁶'de belirtilen şartlardan birini ispatladığı takdirde ürün sorumluluğundan kurtulmaktadır. İkinci fıkrada belirtilen sebepler arasında konumuz açısından önem arz edeni ise *“Üründeki uygunsuzluğun, teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretilmesinden kaynaklandığı”* hallerdir. Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi Art. 11 f. 1 b. d)'de de benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Belirtildiği üzere düzenlemenin amacı, iktisadi işletmecinin ürün güvenliği mevzuatına uyumlu davranmasına rağmen, üründe meydana gelen hatanın bu düzenlemelerden kaynaklanması halinde artık sorumlu tutulamayacağına ilişkindir; yoksa iktisadi işletmecinin salt ürün güvenliği hükümlerine uyumlu davranması sebebiyle sorumluluktan kurtulması söz konusu değildir. Direktif içerisinde bu hüküm son derece mantıklıdır. Zira Direktif, bir taraftan ürün güvenliği mevzuatının, ürün sorumluluğu bağlamında hata değerlendirmesi yaparken dikkate alınacak kıstaslardan sadece bir tanesi olduğunu düzenlemekte, ancak hatanın bu ürün güvenliği düzenlemelerinden kaynaklanması halinde iktisadi işletmeciyi sorumluluktan muaf kılmaktadır. 7223 sayılı Kanun ise ürün sorumluluğu ile ürün güvenliği arasında mutlak bir bağ kurmakta, ürün güvenliğine uyumlu ürünün, aynı zamanda uygunsuz ürün olamayacağını belirtmektedir. Madem ürün güvenliği düzenlemelerine uygun olan ürün m. 6'ya göre herhangi bir sorumluluğa sebebiyet vermiyor, o zaman sorumluluktan muafiyeti ilgilendiren m. 21 hükmünde üçüncü fıkrada yer verilen düzenlemeye neden ihtiyaç duyuldu? İşte burada muafiyet hükmü eski Direktif'ten alınırken oradaki hata kavramının esas alınmaması, 7223 sayılı Kanun

⁴⁶ *“İmalatçı veya ithalatçı;*

a) Ürünü piyasaya kendisinin arz etmediğini,

b) Uygunsuzluğun dağıtıcının veya üçüncü bir tarafın ürüne müdahalesinden veya kullanıcıdan kaynaklandığını,

c) Üründeki uygunsuzluğun, teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretilmesinden kaynaklandığını, ispatladığı takdirde bu Kanunda düzenlenen idari yaptırımlar uygulanmaz.”

çerçevesinde münhasıran ürün güvenliği kıstaslarıyla sınırlı kalınması, belirtilen çelişkiye sebebiyet vermiştir⁴⁷.

Dolayısıyla kanaatimizce öncelikle Birlik hukukuna uyum amaçlandığı taktirde ürün güvenliği ve ürün sorumluluğu hukukunun farklı menfaatleri koruyabileceği, özellikle ürün sorumluluğu hukukunun koruma alanının, kanun koyucunun bir ürünün muhteva ettiği bütün riskleri düzenleyememesi gerçeğinden hareketle, çok daha geniş olabileceği, bu sebeple de ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu arasındaki 7223 sayılı Kanun m. 6'da kurulan mutlak bağın terkedilmesi gerektiği kanaati hasıl olmaktadır.

3. Dijital Ürünlere İlişkin Düzenlemelerin Eksikliği

7223 sayılı Kanun çerçevesinde ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu arasında kurulan mutlak bağ, yeni gelişen teknolojiler ve dijital ürünler açısından daha da büyük sorunlara sebebiyet vermeye elverişlidir. Şöyle ki belirtildiği üzere ürün güvenliği bağlamında kanun koyucunun bütün riskleri önceden tespit edip düzenlemesi imkân dâhilinde değildir. Kaldı ki ürün güvenliği düzenlemeleri temel gereksinimlerle sınırlı tutulup teknik detaylar, teknik düzenlemelerde yer almaktadır. Ancak ürün güvenliği düzenlemelerine uyum sağlanması başlı başına ürün sorumluluğunu ortadan kaldıracaksa, kanun koyucunun öngöremediği risklerin ortaya çıkması halinde zarar görenler ürün sorumluluğu çerçevesinde zararlarının telafi edilmesi açısından herhangi bir hukuki yola başvuramayacaktır. Bu takdirde ürün güvenliğinin “güvenlik ağı” işlevi, özellikle yeni gelişen teknolojiler ve buna dayalı olarak geliştirilen ürünler açısından bütünüyle ortadan kalkacaktır.

Diğer taraftan Türk hukukunda yapay zekâya ilişkin kanuni düzenleme girişimlerinin başladığı, yine siber güvenlik alanında (her ne kadar doğrudan ürün güvenliği ve ürün sorumluluğuna ilişkin olmasa da) bir kanuni düzenlemenin hayata geçirildiği bilinmektedir⁴⁸. Her ne kadar yapay zekâ ve siber güvenlik alanında ürün güvenliğine ilişkin düzenlemeler hayata geçirilse de, belirtildiği üzere madalyonun diğer

⁴⁷ Söz konusu çelişki ve çözüm önerilerine ilişkin bkz. Karaşahin, s. 1406 vd.

⁴⁸ Bkz. dn. 3.

yüzü olan ürün sorumluluğu düzenlemeleri, yukarıda belirtilen sebeplerle bu haliyle son derece yetersiz kalmaktadır.

Öncelikle belirtelim ki ürün sorumluluğu bağlamında Birlik, yazılımları ve çok istisnai durumlarda verileri dahi ürün olarak kabul etmekte ve bunlara ilişkin zararlar açısından da sorumluluk hükümleri sevk etmektedir. Türk hukukunda ise ürün kavramı, ürün güvenliği ile de bağlantılı olarak çok dar bir şekilde kaleme alınmış, münhasıran cismani varlıklarla sınırlı tutulmuştur. Her ne kadar doktrinde⁴⁹ yazılımların da ürün kavramına dahil edilmesi gerektiği savunulsa da, kanaatimizce hükmün lafzı, mehzaz düzenleme ve kanun koyucunun 7223 sayılı Kanun gerekçesinde Birlik hukukundaki düzenlemeleri bilmesine rağmen ürün kavramını dar tutması gerçeği dikkate alındığında yazılımların ürün kavramına dahil edilmesi an itibariyle mümkün gözükmemektedir⁵⁰. Dolayısıyla her ne kadar yazılımlara ilişkin ürün güvenliği düzenlemeleri hayata geçirilse de, bunların 7223 sayılı Kanun çerçevesinde “ürün” olarak kabul edilmemesi durumunda ürün sorumluluğu da gündeme gelmeyecektir. Bu husus, özellikle yapay zekâ düzenlemeleri açısından önem kazanmaktadır. Gerçekten de yapay zekâ, Birlik hukukunda olduğu gibi ürün güvenliği ekseninde düzenlenecekse, yapay zekâ sistemlerinden kaynaklanan ve ürün güvenliği düzenlemeleri kapsamı dışında kalan risklere dayalı olarak ürün sorumluluğu hukuku bağlamında herhangi bir tazminat sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Bu boşluk ise yapay zekâ teknolojilerinin arz ettiği riskler dikkate alındığında kabul edilebilir nitelikte olmayacaktır.

Aynı durum, siber güvenlik açısından da söz konusu olacaktır. Nitekim yine Birlik hukukunda olduğu gibi ürün güvenliği hukuku ekseninde siber güvenlik düzenlemeleri hayata geçirildiği takdirde de

⁴⁹ Yeşim M. Atamer/Gökçe Kurtulan Güner, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş Müdür?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 70, Sayı: 2, 2021, s. 556; Sinan Okur, *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk*, Adalet Yayınları, Ankara, 2021, s. 288-289.

⁵⁰ Ürün güvenliği perspektifine dayalı argümanlarla aynı yönde Karaşahin, s. 1402 vd.

7223 sayılı Kanun çerçevesinde bir üründen bahsedebilmek için cismani bir varlık aranacak, siber güvenlik açığı münhasıran yazılım kaynaklı olduğu taktirde ürün sorumluluğu hükümleri devre dışı kalabilecektir. Kanun koyucunun bu alana ilişkin de ürün güvenliği alanında düzenlemelere yer verip ürün sorumluluğu hükümlerini bütünüyle devre dışı bırakma niyetinde olduğu kanaatimizce düşünülemez. Dolayısıyla bu açıdan da ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu arasındaki mutlak bağın genişletilmesi gerekmektedir.

Ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu arasındaki bağın yeniden kurgulanması aşamasında kanaatimizce ürün sorumluluğu hukukunun ağ işlevi dikkate alınmalı, özellikle ürün sorumluluğu bağlamında kullanılan “uygunsuz” ürün kavramı yeniden gözden geçirilmelidir. Ürünün ürün sorumluluğu bağlamında uygun olup olmadığını tayin ederken Ürün Güvenliği Direktifi kapsamında olduğu gibi ürün sorumluluğu kapsamında korunmaya layık görülen menfaatler dikkate alınarak ürün güvenliğini de içerebilecek, ancak bunlarla sınırlı olmayan düzenlemeler sevk edilmelidir.

Türk hukukundaki düzenlemeler, ayrıca Genel Ürün Güvenliği Tüzüğü ve Ürün Sorumluluğu Direktifi’nde öngörülen yazılım güncellemeleri, yazılım yükseltmeleri gibi hususları da içermemektedir. Oysa günümüz dünyasında imalatçı, uzaktan bir müdahale ile ürün üzerinde önemli değişiklikler yapabilmektedir. Örnek olarak otonom aracın yazılımının güncellenmesi ya da Software as a Service şeklinde sunulan bir hizmetin uzaktan müdahale ile sonlandırılması gösterilebilir. Yine dijital bileşenlerde meydana gelen hatalar, ürünün kendisi hatasız olsa dahi büyük zararlara sebebiyet verebilmektedir⁵¹. Dijital ürün ve hizmetlerin birbiriyle bu denli bağlı hale geldiği bir dünyada ürün kavramının cismani varlıklarla sınırlı tutulması, bunun ötesinde dijital bileşenlerin ürün kavramına dâhil edilmemesi, belirtildiği üzere ürün sorumluluğu hukuku bağlamında bireylerin korunması açısından ciddi eksiklik teşkil etmektedir.

Nihayet Türk hukukunda gelişim riskine ilişkin de herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Her ne kadar Birlik hukukunda ürünün

⁵¹ Bkz. Giriş kısmında yer verilen *Crowdstrike* örneği.

piyasaya arz edilmesinden sonraki aşamada da yazılım güncellemeleri ya da yükseltmeleri ile ürün gözetimi yükümlülükleri vesilesiyle bu sorun hafifletilmiş olsa da, Türk hukukunda yazılımların dahi ürün kavramına dâhil edilmesi tartışmalı olduğu için bu konuda da düzenleme yapma ihtiyacı doğmaktadır.

IV. Sonuç

Kamu hukuku kaynaklı ürün güvenliği hukuku, ürünlerin piyasaya sürülmesinden evvel riskleri tespit etmeyi ve bu sayede tehlikeli ürünlere karşı bireyleri korumayı amaçlamaktadır. Özel hukuk kaynaklı ürün sorumluluğunda ise ürün güvenliği hukukuyla sınırlı olmayacak şekilde üründen kaynaklı zararların telafisi amaçlanmaktadır. Buna karşılık 7223 sayılı Kanun, ürün güvenliği ile ürün sorumluluğunu aynı potada eritmeye, yeknesak kavramlarla düzenlemeye çalışmış, ürün güvenliği mevzuatına uyumlu olmayı, ürün sorumluluğundan muaf olmak için yeterli görmüştür. Buna karşılık Birlik hukukunda ürün güvenliğine ilişkin gereksinimler, ürün sorumluluğu bağlamında ürünün hatalı olup olmadığını değerlendirirken dikkate alınması gereken birçok husustan sadece bir tanesidir. Gerçekten de yukarıda etraflıca incelendiği kanun koyucunun ürün güvenliği çerçevesinde bir ürünün, ürün sorumluluğu bağlamında korunan menfaatler açısından barındırdığı bütün riskleri önceden öngörmesi ve bunlara ilişkin bütüncül bir düzenleme yapması mümkün gözükmemektedir. İşte ürün güvenliği bağlamında düzenlenmeyen risklerin zarara sebebiyet vermesi halinde üretici doğrudan sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bilakis ürün güvenliği mevzuatına uyum, ürün sorumluluğu bağlamında üreticinin sorumluluktan muaf olabilmesi için dikkate alınacak birçok kıstastan sadece bir tanesidir.

Siber güvenlik ve yapay zekâ gibi henüz bütün risklerin tespit edilemediği ve belki de uzun bir süre daha tespit edilemeyeceği alanlarda ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu ilişkisi daha da önem kazanmaktadır. Şayet ürün sorumluluğu hukuku, ürün güvenliği bağlamında öngörülemeyen riskleri de bir güvenlik ağı gibi telafi etmeyi amaçlıyorsa, mevcut 7223 sayılı Kanun kapsamında öngörülen ürün güvenliği-ürün sorumluluğu ilişkisi bunun için yetersiz kalmaktadır. Nitekim ürün güvenliği bağlamında kanun koyucunun öngöremediği

risklerin gelecekte zarara sebebiyet vermesi halinde ürün güvenliği mevzuatına uyum sağlamış olan iktisadi işletmecilerin sorumluluktan kurtulması, ürün sorumluluğu hukukunun “emniyet ağı” işlevini bütünüyle ortadan kaldıracaktır. Bu takdirde ise özellikle dijital ürünlerin barındırdığı riskler açısından ciddi bir “sorumluluk boşluğu” meydana gelecektir. Bu sebeple kanaatimizce öncelikle 7223 sayılı Kanun çerçevesinde ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu arasındaki ilişkinin yeniden ele alınması gerekmektedir. Bu bağlamda özellikle iktisadi işletmecinin ürün güvenliği mevzuatına uyumlu olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün olmamalıdır. Belirtildiği üzere ürün güvenliği mevzuatına uyum, muafiyet açısından dikkate alınması gereken birçok kriterden sadece bir tanesidir. Dolayısıyla sorumluluğun şartları ile sorumluluktan muafiyet koşullarının, özellikle ürün sorumluluğunun “emniyet ağı” işlevi dikkate alınarak yeniden kaleme alınması kanaatimizce büyük önem taşımaktadır.

Ayrıca 7223 sayılı Kanun, ürün kavramını cismani varlıklarla sınırladığı için yapay zekâ ve siber güvenlik konularında söz konusu Kanun’un uygulanıp uygulanmayacağı son derece şüphelidir. Bir an için gayri cismani varlıkların da “ürün” olarak kabul edilmesi mümkün gözükse dahi dijital ürünlerin piyasaya arzından sonraki süreçte güncellemeler ve güvenlik açıklarının giderilmesi gibi dijital ürünlere ilişkin birçok yükümlülüğün Türk hukukunda henüz mevcut olmadığını söylemek mümkündür.

Burada ayrıca eklemek gerekir ki, yapay zekâ konusu Türk hukukunda da ürün güvenliği ekseninde düzenlendiği takdirde bu hükümlere aykırılık, BK m. 49 çerçevesinde normun koruma amacı teorisine uygun olarak haksız fiil sorumluluğuna sebebiyet verebilecektir. Ancak ürün sorumluluğu, niteliği itibarıyla bir kusursuz sorumluluk türü olması sebebiyle zarar gören açısından daha elverişli bir müessesedir. Kaldı ki teknolojik ürünlerin her geçen gün daha da karmaşık hale geldiği dikkate alındığında zarar görenden zarar veren imalatçının kusurunu da ispat etmesi beklenemeyecektir. Zaten yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi, maddi hukuka ilişkin hükümlerin yanında bilhassa ispat hukukuna ilişkin birçok hüküm içermektedir. Dolayısıyla bireyleri yeni gelişen teknolojilere dayalı dijital ürünlerin risklerine karşı

korumayı amaçlayan bir hukuk düzeninin, bir kusursuz sorumluluk müessesesi olan ürün sorumluluğu bağlamında ürün kavramını da bu hususları kapsayacak şekilde genişletmesi elzemdir. Aksi takdirde sadece ürün güvenliği ekseninde siber güvenlik ya da yapay zekâya ilişkin düzenlemeler yapmak, bireylerin korunması için yetersiz kalacaktır.

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.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Die fortschreitende Digitalisierung, die zunehmende Komplexität globaler Liefer- und Wertschöpfungsketten sowie der rasante Einsatz autonomer Technologien verändern das Risikoprofil von Verbraucher- und Industrieprodukten grundlegend: Softwaregetriebene Störungen wie der CrowdStrike-Vorfall vom 19. Juli 2024, bei dem ein ungeprüftes Update zahlreiche Microsoft-basierte Systeme lahmlegte und in der Folge Flughäfen, Banken und Krankenhäuser ihren Betrieb einstellen mussten, verdeutlichen eindrucksvoll, wie anfällig hochgradig vernetzte Ökosysteme geworden sind. Ebenso zeigt das jüngst vom Bundesgerichtshof entschiedene „Battery-Lock-out“-Verfahren, in dem ein Elektrofahrzeug nach Ratenzahlungsverzug über einen Fernbefehl deaktiviert wurde, dass Eigentumsrechte an physischen Gütern immer stärker von Software- und Datenkontrollmechanismen abhängen. Parallel dazu vervielfacht die massenhafte Verbreitung von Internet-of-Things-Geräten und KI-gestützten Anwendungen die Angriffsflächen für Cyberkriminalität, Datenmanipulation und algorithmische Fehlentscheidungen. All diese Entwicklungen stellen klassische Konzepte der ex-ante-orientierten Produktsicherheit und der ex-post-wirkenden Produzentenhaftung auf die Probe und erzwingen weltweit eine Neubewertung ihrer dogmatischen Fundamente.

Die vorliegende Untersuchung vergleicht in diesem Licht das modernisierte Unionsrecht zur Produktsicherheit und Produkthaftung mit dem türkischen Gesetz Nr. 7223 über Produktsicherheit und technische Vorschriften. Ausgangspunkt der Analyse sind die historischen Leitplanken des europäischen Rechts: der New Approach von 1985, der detailverliebte technische Vorschriften durch abstrakte „essential requirements“ ersetzte und die konkrete Umsetzung harmonisierten Normen überließ, sowie das New Legislative Framework von 2008, bestehend aus Beschluss 768/2008/EG und Verordnung 765/2008/EG, das ein horizontales Referenzsystem aus einheitlichen Begriffsdefinitionen, acht modularen Konformitätsbewertungsverfahren und der CE-Kennzeichnung als Marktzutrittsvoraussetzung etablierte. Dieses System hat sich als bemerkenswert flexibel erwiesen, musste jedoch angesichts globaler E-Commerce-Strukturen, Cloud-Dienstleistungen und softwareelastiger

Wertschöpfung weiterentwickelt werden. Die Marktüberwachungsverordnung (EU) 2019/1020 setzt deshalb auf risikobasierte Online-Kontrollen, auf Datenplattformen wie das ICSMS und bindet erstmals Fulfillment-Dienstleister in die Regulierungskette ein; die Allgemeine Produktsicherheitsverordnung (EU) 2023/988 verdrängt ab Dezember 2024 die frühere Richtlinie 2001/95/EG und verlangt für sämtliche Verbraucherprodukte obligatorische interne Risikoanalysen, Cyber-Security-Checks und im Fernabsatz bereits zum Zeitpunkt des Angebots umfassende Informationspflichten über Hersteller, Produkt und Gefahren. Besonders innovativ ist ihr Anspruch, sicherheitsbedingte Rückrufe mit einem Verbraucherrecht auf Reparatur, Ersatz oder Erstattung zu verknüpfen, womit sich öffentlich-rechtliche Gefahrenabwehr und privatrechtliche Gewährleistungsinstrumente gegenseitig ergänzen.

Auf der haftungsrechtlichen Ebene ersetzt die Richtlinie (EU) 2024/2853 die fast vier Jahrzehnte alte Richtlinie 85/374/EWG. Sie erweitert den Produktbegriff ausdrücklich auf Software, digitale Fertigungsdateien, definiert den Fehlerbegriff anhand eines offenen Katalogs von neun Kriterien, der Cyber-Sicherheitsanforderungen, autonome Lernfähigkeiten und Interaktionsrisiken zwischen vernetzten Produkten ausdrücklich nennt, und zieht außerdem Plattformbetreiber, Fulfillment-Dienstleister sowie Hersteller digitaler Komponenten in den Kreis der potentiell Haftenden ein. Beweislasterleichterungen wie widerlegbare Vermutungen bei Verstößen gegen Offenlegungs- oder Aktualisierungspflichten und die Abschaffung einheitlicher Haftungshöchstgrenzen stärken die Position geschädigter Nutzer deutlich. Die klassische Entwicklungsrisikoverteidigung bleibt zwar dem Wortlaut nach erhalten, ihre praktische Reichweite schrumpft jedoch, weil Produzenten dank Over-the-Air-Updates typischerweise weiterhin Kontrolle über das Produkt behalten und neu bekannt gewordene Schwachstellen unverzüglich beheben müssen.

Das unionsrechtliche Zusammenspiel von Produktsicherheit und Produkthaftung folgt dem Leitbild einer komplementären Verzahnung. Sicherheitskonformität des Herstellers ist lediglich ein widerlegbares Indiz gegen, Non-Compliance ein widerlegbares Indiz für das Vorliegen eines Produktfehlers; damit fungiert die Haftung als Sicherheitsnetz für Risiken, die der Gesetzgeber mangels Erkenntnisstand nicht vorwegnehmen kann. Ganz

anders verhält es sich im türkischen Recht: Das Gesetz Nr. 7223 vereint Sicherheits- und Haftungs Vorschriften in einem überwiegend öffentlich-rechtlich geprägten Statut und betrachtet die Einhaltung von Sicherheitsanforderungen als vollumfängliche Haftungsbe freiung. Art. 6 verlangt vom Geschädigten den Nachweis, dass das Produkt „nichtkonform“ sei; Nichtkonformität ist jedoch per Definition die Verletzung von Sicherheitsrecht. Erweist sich das Produkt als regelkonform, gibt es keine Haftung – das zuvor skizzierte Sicherheitsnetz existiert nicht. Dieses starre Kopplungsdogma mag in einer rein physischen Güterwelt noch vertretbar gewesen sein; im Kontext softwareintensiver Produkte aber führt es dazu, dass Risiken aus Cyber-Angriffen, algorithmischen Fehlfunktionen oder fehlgeschlagenen Updates ohne haftungsrechtliche Antwort bleiben. Hinzu kommt, dass der türkische Produktbegriff weiterhin an körperliche Gegenstände gebunden ist; Software und digitale Dienstleistungen fallen nicht darunter, und das Gesetz kennt weder Pflichten zur Sicherheits-Update-Bereitstellung noch Mindestsupportzeiten. In einem Schadensfall bliebe damit nur das deliktsrechtliche Verschuldensprinzip, dessen Beweislastverteilung angesichts komplexer KI-Systeme praktisch unüberwindbar wäre.

Die Gegenüberstellung führt zu drei wesentlichen Reformimperativen für die Türkei. Erstens bedarf es einer dogmatischen Entkopplung von Sicherheits- und Haftungsrecht, ohne deren inhaltliche Komplementarität zu vernachlässigen: Das Haftungsrecht sollte eine multifaktorielle Fehlerprüfung nach europäischem Vorbild übernehmen, in dem Sicherheitskonformität lediglich eines von mehreren widerlegbaren Indizien darstellt. Zweitens muss der Produktbegriff software- und datenzentrierte Güter, KI-Modelle und digitale Komponenten samt ihrer Updates ausdrücklich einschließen, weil nur so die von ihnen ausgehenden Risiken adäquat adressiert werden können. Drittens sind update- und monitoringbezogene Pflichten erforderlich, die dem Cyber-Resilience Act und der GPSR ähnlichen Anspruchsniveaus genügen: Hersteller sollten für eine angemessene Mindestlaufzeit Sicherheits-Patches bereitstellen, deren Wirksamkeit überwachen und relevante Unterlagen mindestens zehn Jahre lang vorhalten müssen. Nur wenn diese Pflichten konsequent mit verschuldensunabhängiger Haftung und verfahrensrechtlichen Beweiserleichterungen kombiniert werden, kann das Haftungsrecht seine Kompensations- und Präventionsfunktion zurückgewinnen.

Zusammenfassend zeigt die Untersuchung, dass eine ausschließliche Orientierung am öffentlichen Produktsicherheitsrecht den vielfältigen Gefahren digitaler Wertschöpfung nicht gerecht wird. Ein wirksamer Verbraucherschutz sowie eine kohärente Annäherung an den europäischen Binnenmarkt erfordern ein duales, aber eng verzahntes Modell: strikte ex-ante-Sicherheitsanforderungen, flankiert von einer modernisierten, strikt und zugleich innovationssensibel ausgestalteten ex-post-Haftung. Geschieht dies nicht, drohen türkischen Nutzerinnen und Nutzern vernetzter Produkte kompensationslose Schäden, während in grenzüberschreitenden Lieferketten Rechtsunsicherheit entsteht. Die Reform des Gesetzes Nr. 7223 hin zu einem zweigliedrigen, EU-kompatiblen Rahmen, der immaterielle Software-Risiken ausdrücklich einbezieht und durchsetzbar macht, ist mithin unerlässlich, um die wachsenden Risiken vernetzter Produkte wirksam abzufedern und zugleich die Wettbewerbsfähigkeit der türkischen Industrie im digitalen Binnenmarkt zu sichern.

KAYNAKÇA

- ARAT Ayşe / AKINCI Elif, “2022/0302 Sayılı Avrupa Birliği Yeni Ürün Sorumluluk Direktif Teklifinin Getirdikleri Üzerine Bir Değerlendirme”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 2024, Cilt: 82, Sayı: 2, s. 363-407.
- ATAMER Yeşim M. / KURTULAN GÜNER Gökçe, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş Müdür?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, Cilt: 70, Sayı: 2, s. 543-588.
- ÇEKİN, Mesut Serdar, “Tehlike Sorumluluğu”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- FOERSTE Ulrich, “Produkthaftung für explodierende Mineralwasserflaschen”, *JuristenZeitung (JZ)*, 1995, Cilt: 50, Sayı: 21, s. 1060-1064.
- HABERSACK, Mathias, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Schuldrecht – Besonderer Teil IV, München, 9. Aufl. 2024.
- HÖLL Raphael, “Das neue europäische Produkthaftungsrecht – Ein Überblick”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2025, Heft 12, 12-19.
- KANIŞLI Erhan, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu”, İstanbul Hukuk Mecmuası, İstanbul, 2020, s. 1413-1468.
- KAPOOR, Arun, Produkthaftungsgesetz, München 2023.
- KARAŞAHİN Yasin Alperen, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nda Yer Alan Ürün Sorumluluğu Kuralları ile Ürün Güvenliği Kurallarının İlişkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2023, Cilt: 72, Sayı: 3, 1389-1425.
- LENZ Tobias / BERTRAM Vanessa, “Keine Produkthaftung für Bruch eines Keramikinlays in Hüftprothese und Ausblick auf Änderungen der neuen EU-Produkthaftungsrichtlinie”, *Legal Reality Zeitschrift (LRZ)*, 2024, 146-149.

LOHSSE Sebastian/SCHULZE Reiner/STAUDENMAYER Dirk,
“Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things”,
Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy IV,
Nomos, 2019, s. 25-96.

MAYRHOFER, Ann-Kristin, “Produktsicherheit und Produkthaftung –
zwei Seiten einer Medaille mit unterschiedlichen Gravuren”, RDi
2024, s. 492-500.

MEERMANN Anne Marie, Entwicklungsrisiko und State-of-the-Art,
Baden-Baden 2013.

OKUR Sinan, Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk,
Adalet Yayınları, Ankara, 2021.

WAGNER Gerhard, Münchener Kommentar zum BGB, § 823, C.H. Beck,
Münih, 2024.

WAGNER Gerhard, “Next Generation EU Product Liability – For Digital
and Other Products”, Journal of European Tort Law (JETL), 2024,
s. 172-224.

WAGNER Gerhard, “Produkthaftung für autonome Systeme”, Archiv
für die civilistische Praxis, 2017, Cilt: 217, 707-765.

WIDMER Pierre / WESSNER Pierre, Revision und Vereinheitlichung des
Haftpflichts, Erläuternder Bericht, Bundesamt für Justiz,
Bern, 2000.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj/eng>

<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/2847/oj/eng>

[https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?
Gericht=bgh&Art=en&nr=131670&pos=0&anz=1](https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=131670&pos=0&anz=1)

<https://ticaret.gov.tr/data/5b883eda13b87711604c9229/mavi-rehber.pdf>

https://tr.wikipedia.org/wiki/2024_CrowdStrike_olay%C4%B1

[https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/h
aftpflcht/vn-ber-d.pdf](https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflcht/vn-ber-d.pdf)

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2024/10/20241005-1.pdf>

Avrupa İnsan Hakları Standardı Açısından Türkiye’de Spor Hukuku Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Probleme aus der Sportrechtlichen Praxis in der Türkei im Hinblick auf die Europäischen Menschenrechtsstandards und Lösungsvorschläge

Dr. Öğr. Üyesi Uluğ İlve Yücesoy*

ÖZ

İnsan haklarının “lex sportiva”daki yeri, akademik çevrelerde 2018 yılına kadar tartışılmıştır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin birleştirerek 2018 yılında karara bağladığı Mutu ve Pechstein dosyaları, yanıtı aranan ve tartışılan sorulara genel bir çerçeve oluşturmuştur. Mutu ve Pechstein Kararı, sadece Avrupa Konseyi nezdinde değil, Avrupa Konseyi sınırlarını da aşmıştır. Bu karar, spor hukuku uygulamalarında insan haklarına saygı ve insan haklarının korunmasına ilişkin bir “leading case” işlevi görmüştür. AİHM’nin Mutu ve Pechstein Kararı’nda tartışılan gerekçeler, 2020 ve 2021 yılında karara bağlanan Türkiye Cumhuriyeti ile ilgili ihlal kararlarının da hukuki dayanağı olmuştur. Sedat Doğan, İbrahim Tokmak, Deniz Naki ve Amedspor, İlhan Ekşioğlu, Şekip Mosturoğlu, Ali Rıza ve Serkan Akal’ın başvuruları hakkında verilen ihlal kararları çalışmada temel alınmıştır. Bahsedilen başvurularla ilgili verilen kararlardaki gerekçelere göre Avrupa Konseyi üyesi olan ülkemizdeki “spor adaleti” ile ilgili sorunlar ve öneriler belirlenmiştir. “Avrupa İnsan Hakları Standardı” temelli spor adaleti, spor uyuşmazlıklarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin uygulama alanı, Türkiye

* Lefke Avrupa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Maliye ve Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (uyucesoy@eul.edu.tr). ORCID ID: 0000-0003-4028-9227.



Cumhuriyeti'nin Konsey üyesi olarak yükümlülükleri, uyumlaştırma çalışmaları ve yapılması gerekenler çalışmada tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Adil yargılanma hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı, lex sportiva, ifade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.*

Suggestions and Disputes Arised from Sports Law Practices in Türkiye in the Respect of European Human Rights Standards

ABSTRACT

Whilst the question of human rights in the “lex sportiva”, considered as an autonomous, “sui generis” structure, has been discussed in academic platforms for a long time, the Mutu and Pechstein decision of the European Court of Human Rights (ECHR) in 2018 has created a general framework answer to these and related questions that have been asked and discussed for many years. In other words, the Mutu and Pechstein Decision has also been a milestone for the practice of sports law in the Republic of Türkiye. The Mutu and Pechstein Decision became as a pilot decision that sports governing bodies should not neglect and respect human rights and protect human rights at every stage. This respect and approach should include the management process of sports activities, the disciplinary process, and the arbitration process, which is the place for resolving disputes. With this decision, some boundaries have been elucidated and now a discussion is being held on what more can be done to respect and protect human rights and how much the content can be elaborated in “lex sportiva”. The reasons discussed in the ECHR's Mutu and Pechtstein Decision (disagreements between the judges) were the legal reference for the violation decisions made in 2020 and 2021 as to the Republic of Türkiye. The violation reasons in the Ali Rıza and Serkan Akal applications made against Republic of Türkiye after the Mutu and Pechstein Decision has provided the legal basis for other violation decisions regarding the Republic of Türkiye. The current violation decisions are also a general projection of the violation decisions issued by the European Court of Human Rights against the Republic of

Türkiye. In the study, sports law practices in the Republic of Türkiye were examined in the scope of European Human Rights Standard. The debates, disputes arising from the practice of sports law in the Republic of Türkiye were determined based on the applications made by Sedat Doğan, İbrahim Tokmak, Deniz Naki and Amedspor, İlhan Ekşioğlu, Şekip Mosturoğlu, Ali Rıza, Serkan Akal and the violation cases decided by the Court. Based on these decisions; the problems, disputes and recommendations identified in the decisions on violations of human rights in sports justice for our country, which is member of the Council of Europe, were focused on.

Keywords: *Right to a fair trial, right to respect for family and private life, lex sportiva, freedom of expression, European Court of Human Rights.*

GİRİŞ

“Spor” kavramını tek bir tanıma indirgemek mümkün olmadığı gibi aksine spor kavramı hakkında çok sayıda tanım ve sınıflandırma vardır. Spor hukuku, gerek ulusal boyut gerekse de uluslararası boyut açısından kendine özgü kuralları ve yargılaması olan bir alan olarak kabul edilmektedir.¹ AİHM’nin vermiş olduğu Mutu ve Pechstein v. İsviçre Kararı, uzun süredir akademik dünyada tartışılan “Spor hukuku ve insan hakları bir arada olabilir mi?” sorusundan kaynaklanan tartışmalara katkı sunmuştur.² Sözü edilen başvurunun karar ve karşı oy gerekçeleri sayesinde teorik bir tartışma yapılmıştır. Karar ile bir anlamda “spor hukuku ve insan hakları” ikilemindeki sınırlar kısmen netleşmiştir. Bir başka deyişle ileriye dönük olarak spor hukuku uygulamalarında insan haklarına saygı ve insan haklarının korunmasıyla ilgili daha ne yapılabilir, insan haklarının içeriği ne kadar netleşebilir tartışmasına geçilmiştir.

¹ Tolga Candan, “Briç Kart Oyunu Bir Spor Dalı mıdır? Avrupa Birliği Açısından Bir Değerlendirme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Dergisi*, 2021, Cilt: 25, Sayı: 1, 99-133, s. 101.

² Tolga Candan, “Avrupa Birliği’nin Spor Alanında Düzenleme Yapma Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt: 9, Sayı: 2, 237-258, s. 251.

Spor kulüpleri ve federasyonlarının yönetim organları; mevzuat ve işleyiş bakımından özerk yapılar olarak kabul edilmektedirler. Ayrıca bu yapıların; merkezi ve yerel idare içinde yer almayan, kamusal denetimin oldukça az olduğu bir alan içinde oldukları da kabul edilmektedir.³ Bu oluşumların işleyişi özerk ve hükümet dışı bazı yapılarla sağlanmaktadır. Sporla ilgili özerk ve hükümet dışı yapıları; CAS (Court of Arbitration for Sport- Spor Tahkim Mahkemesi) , ICAS (The International Council of Sport for Sport- Uluslararası Spor Tahkim Konseyi), FIFA (Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği- Fédération Internationale de Football Association), UEFA (Avrupa Futbol Federasyonları Birliği -Union of European Football Associations), IOC (International Olympic Committee- Uluslararası Olimpiyat Komitesi) olarak belirtmek mümkündür.

Ulusal ya da uluslararası ölçekte spor faaliyetlerinin yönetimi, hukuksal boyutu, çıkan uyuşmazlıklar ve uyuşmazlıkların çözümü için meydana gelen yaklaşımı; “*lex sportiva*” olarak adlandırmak mümkündür. “*Lex Sportiva*” insan haklarına saygıdan ve denetiminden muaf değildir. “*Lex Sportiva*”da insan haklarıyla ilgili birçok konu Mutu ve Pechstein v. İsviçre Kararı’yla tartışılmıştır. Bu konular; spor faaliyetlerinin yönetimi ve disiplin süreçlerinde insan haklarına saygının korunması, kanunla kurulmuş mahkeme, mahkemeye erişim hakkı, mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, olağan kanun yollarının tüketilmesi ve bireysel başvuru gibi konulardır.

2018 yılında karara bağlanan Mutu ve Pechstein v. İsviçre başvuruları sayesinde “*Spor adaletinde insan hakları yaklaşımı*”, 47 Avrupa Konseyi üyesi ülke ve ulus ötesi bir yapısı olan CAS için yeniden yapılanma sürecinin başlangıcı olmuştur.⁴ Bir anlamda Mutu ve Pechstein Kararı sadece Avrupa Konseyi üyesi ülkelerle sınırlı olmayıp küresel etkisi de olan bir karardır. Bu karar ayrıca Türkiye Cumhuriyeti için de spor adaletinin insan hakları yaklaşımıyla desteklenerek yeniden yapılandırılması sürecinde bir başlangıç olmuştur.

³ Candan, Avrupa Birliği’nin Spor Alanında Düzenleme Yapma Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları, s.251, 252.

⁴ Karar tarihinde Rusya henüz Avrupa Konseyi üyesiydi. Şu anda Avrupa Konseyi üye sayısı 46’dır.

Spor adaletiyle ilgili Türkiye Cumhuriyeti için verilen ihlal kararlarının ana teması ise Tahkim Kurulu'nun *"bağımsız ve tarafsız"* olmamasıdır (AİHS madde 6/1). Bunun yanı sıra Tahkim Kurulu'yla ilgili verilen kararlarda *"ifade özgürlüğü"* (AİHS madde 10) ve *"özel hayata ve aile hayatına saygı"* (AİHS madde 8/2) haklarının ihlali de tespit edilmiştir.⁵ Ancak gelecek yıllarda spor faaliyetlerinin yönetimi ve disiplin süreçlerindeki uyuşmazlıklardan dolayı başvuru tahkim yoluyla ilgili başka ihlallerin çıkması muhtemel görünmektedir. Çünkü halen daha Türkiye Cumhuriyeti'nde Tahkim Kurulu kararlarına karşı iç hukukta bireysel başvuru yoluna gidilememektedir.⁶

Bu çalışmada, spor uyuşmazlıklarında öncelikle AİHS'nin uygulama alanı belirlenecektir. Daha sonra ise AİHM'nin içtihatlarına göre Türkiye Cumhuriyeti'ndeki spor hukuku uygulamaları ve insan haklarına ilişkin neler yapılabileceği tartışılacaktır.

I. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Spor Uyuşmazlıkları

A. Genel Olarak İnsan Hakları ve Spor Adaleti

İnsan haklarına saygı; devletlerin pozitif yükümlülüklerinden biridir.⁷ Devletlerin yargı yetkilerine dâhil olan spor faaliyetleri ve spor

⁵ AİHM'nin AİHS 35. Madde gereğince başvuruyu kabul edilebilir bulup ancak karara bağlamaya gerek görmediği *"masumiyet karinesi"*nin (madde 6/2) ihlaliyle ilgili başvuruların varlığını da gözden kaçırmamak gerekir.

⁶ Spor kulüplerinin ve federasyonların yönetimi ve disiplin süreçleriyle ilgili uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna gidilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti'nde, 2010 yılında gerçekleşen referandum sonrası Anayasa değişikliği ile bireysel başvuru yolu açılmıştır. Ancak söz konusu Anayasa değişikliğiyle spor federasyonlarının ve kulüplerinin spor yönetimine ve disipline ilişkin uyuşmazlıklarda, tahkim yargılamasının ötesinde bir kanun yolu düzenlenmemiştir. Tahkim Kurulu kararıyla olağan kanun yollarının tüketilmiş olduğu varsayılarak AİHM'ne bireysel başvuru yapılmaktadır. Sporun geliştirilmesi ve tahkim Madde 59/3 *"Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz."*

⁷ Spor, günümüzde artık insan haklarıyla bağlantılı bir alan olarak görülmektedir. Devletler ve spor yönetimi organları tarafından spor

faaliyetleriyle ilgili yan alanlarda “*insan haklarına saygı*” ilkesinin uygulanması konusunda yükümlülükleri vardır. Geline nokta insan hakları eksenli spor adaletinin benimsenmesi kolay olmamıştır. Çünkü sözüedilen AİHM kararına kadar spor faaliyetlerinin özel bir alan olduğu, uzmanlık isteyen ve dolayısıyla otonom bir yapısının olması gerektiği anlayışı savunulmuştur. Bu durumda da spor hukuku ve spor adaleti için özel kurallar ve özel bir işleyiş usulü ile sorunların çözömlenmesi gerektiği görüşü, Türkiye Cumhuriyeti gibi bazı ölkelerin anayasasında dahi yer almıştır.⁸

Spor Hukuku’nda, ulusal, uluslararası ya da ulus ötesi düzeyde sadece insan haklarına saygı ilkesinin yazılı metinlerde belirtilmiş olması, insan haklarının korunması açısından yeterli değildir. İnsan haklarına saygı ilkesinin uygulanacağı ve denetleneceği bir mekanizma da gerekmektedir. Bu sebepten dolayı uluslararası ve ulusal boyutta “*iyi yönetim*” ilkelerinin uygulanması için spor federasyonları ve spor

faaliyetlerinin düzenlenmesi, çıkan uyuşmazlıklar ve çözümü, insan haklarını ilgilendiren bir alan olarak kabul edilmektedir. İnsan hakları, spor faaliyetlerinin hukukiliği ve meşruluğu açısından temel bir şarttır. Spor kulüpleri ve federasyonlarının kendilerine özgü yapıları ve kuralları vardır. Bu durumda uyuşmazlık çözümleri de farklı olabilmektedir. Üyesi olduğumuz Avrupa Konseyi de, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını tavsiye etmektedir. Konsey, alternatif uyuşmazlık çözümlerinde dahi insan hakları eksenli bir yaklaşım benimsemiştir. Günümüzde egemen olan yaklaşım ise, zaman içinde Avrupa Konseyi’nin mahkemesi olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları, çıkarılan yayınlar, uzmanlar komitesi tespitleri, Konsey’in icra organı olan Bakanlar Komitesi kararları ile bugünkü haline gelmiştir.

⁸ Sporun geliştirilmesi ve tahkim başlığı altında, 59. maddede düzenlenmiştir. Madde 59 – “*Devlet, her yaşdaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder. Devlet başarılı sporcuyla korur. (Ek fıkra: 17/3/2011-6214/1 md.) Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz. “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (icisleri.gov.tr).*

yönetim organları da özendirilmeye başlanmıştır.⁹ Ayrıca spor adaletinde insan hakları yaklaşımına sadece Avrupa Konseyi değil, Birleşmiş Milletler de ilgi göstermektedir.¹⁰ Spor adaletinde insan hakları yaklaşımı artık küresel bir olgu olarak uluslararası hukukun yapıtaşlarından biridir.

Spor adaletinde insan hakları konusuna girmeden önce klasik anlamda insan haklarını üç bölüme ayırmak mümkündür. İlk kuşak haklar; medeni ve politik haklara ilişkindir. İkinci kuşak haklar; ekonomik, soysal ve kültürel haklarıdır. Üçüncü kuşak haklar ise, halkların hakları, dayanışma hakları gibi haklardır.¹¹ Zaman içinde gelişen bu haklar, çoğu zaman spor yönetimleri (federasyon ve kulüpler) için kısıtlayıcı, engelleyici gibi görülmektedir. Ancak diğer taraftan da sporcuların temel insan haklarının ihlal edilmemesi ve işleyen sürecin oranlılığı, adillliği, etkinliği açısından da önemlidir.

Herhangi bir spor yönetim organının (federasyon, kulüp) uluslararası, ulus ötesi ya da ulusal anlamda kendi yönetim şekli, iç kuralları ve disiplin usulü olabilir. Çıkan uyuşmazlıkların çözüm yeri ise klasik anlamda “mahkemeler” olmayabilir.¹² Ancak elde edilen ve

⁹ Council of Europe, *Promotion of Good Governance Sport*, Council of Europe, Strasbourg, 2018, s.5-16.; United Nations, “UNODC and IOC: Strengthening integrity and good governance in sport”, Office on Drugs and Crime, 2017.

¹⁰ United Nations, “ Centre puts human rights and sports on same team”, United Nations Office Human Rights Office of the High Commissioner, 2018. , Avrupa Birliği de spor hukuku konusunda düzenleme yetkisine sahiptir. Avrupa Birliği, vergi, rekabet hukuku, işçilerin serbest dolaşımı konuların yanısıra spor hukukunda düzenleme yetkisini genişletmiştir. Candan, “Avrupa Birliği’nin Spor Alanında Düzenleme Yapma Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları”, s.239, 4 numaralı dipnot.

¹¹ Council of Europe, “The evolution of human rights”, Council of Europe Portal.

¹² European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 - Right to a fair trial (criminal limb)*, ECHR, Strasbourg, 2014, s.10-17.

egemen olmuş usule ilişkin hakların, otonom yapılarda, alternatif ve farklı uyuşmazlık çözüm yerlerinde uygulanması dönemi başlamıştır.¹³

Elbette Mahkeme içtihatları ve Avrupa Konseyi'nin çalışmaları sayesinde insan haklarına saygı ve koruma konusundaki farkındalığı arttırmıştır. Bu da adil yargılanma hakkı gibi önemli bir usulü hakkın değerini ortaya koymuştur.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Pozitif Yükümlülükler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki pozitif yükümlülüklerle geçmeden önce IOC ve FİFA gibi uluslararası spor organları, insan haklarının korunması ve uygulanması konusunda uluslararası anlamda taahhütlerde bulunduklarını belirtmek gerekmektedir.¹⁴ Ancak uluslararası spor organları hukuki konumundan dolayı Sözleşme'ye taraf değildirler. Bu nedenle insan haklarına saygı ve koruma taahhüdü dolaylı olarak uygulanmaktadır.¹⁵

Küresel düzlemde spor adaleti içinde insan haklarının etkin kılınması için birçok uluslararası örgüt ve spor örgütleri çağrıda bulunup metinler kaleme almaktadırlar.¹⁶ Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargılama yetkisini kabul eden devletlerin

¹³ Court of Arbitration of Sport, "Code: Procedural rules A. General Provisions". Arabuluculuk, tahkim, hakem gibi çeşitli alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri; "alternatif" gibi görülse de birçok zaman "zorunlu" olmaktadır. Bu durumda da zayıf taraflar için usul hakları oldukça önemlidir. Spor uyuşmazlıkları çözümündeki tahkim şartının zorunlu olması ve sonrasında gelişen uyuşmazlık çözümü sürecinde insan hakları oldukça önem taşımaktadır.

¹⁴ Tsubasa Shinohara, "Which states parties should be held responsible for the implementation of positive obligations under the ECHR in sports-related disputes?" *The International Sports Law Journal*, 2022, 332-342, 1,2,3, no.lu dipnotlar.

¹⁵ Shinohara, s.333-335.

¹⁶ United Nations, "Sport and the Olympic ideal", United Nations Human Rights Council, 2022. ; Centre for Sport and Human Rights MSE Platform Task, *CHAMPIONING HUMAN RIGHTS IN THE GOVERNANCE OF SPORTS BODIES*, 2018, s. 11-15.

oluşturduğu coğrafya, insan haklarına saygı ve korunması açısından en etkin alandır. Yazıda da bu çerçevede konular belirlenmiştir.

Sözleşmeye taraf devletler karşılıksız bir şekilde insan haklarıyla ilgili 1. maddeye uygun bir şekilde yükümlülük altına girmektedir. Bu, aynı zamanda AİHS ve AİHM'nin yetkisini de belirleyen bir maddedir.¹⁷

B.1. Pozitif Yükümlülüklerin Sözleşme'nin Taraflarına ve Taraf Olmayanlara Etkisi (AİHS ve AİHM'nin Yatay ve Dikey Etkisi)

Sözleşmeci tarafın yargı yetkisine giren yerde bir ihlal oluşuyorsa taraf devlet, Sözleşme'nin 1. maddesi gereğince sorumludur.¹⁸ Bu durumda da AİHM'nin yargı yetkisini kabul etmiş taraf devletin hâkimiyet alanı içinde özel hukuka tabi ya da otonom yapısı olan kendine özgü kuralları olan devlet dışı yapıların sebep olduğu ihlal iddialarında da Sözleşme uygulanır.¹⁹ Dolayısıyla taraf devletin hâkimiyet alanı içinde otonom devlet dışı yapıların sebep olduğu ihlaller söz konusu olduğunda devletler sorumlu tutulabilmektedirler.²⁰

Diğer bir deyişle, taraf devletin sınırları içinde devlet dışı olsa da ulus ötesi ya da ulusal yapılar da AİHS'ne uymakla yükümlüdür. Buna

¹⁷ Council of Europe, *Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights*, ECHR, Strasbourg, 2024, s.5-7.

¹⁸ MADDE 1: “İnsan haklarına saygı yükümlülüğü Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar”. *Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights*, s. 5-7. Bu konu birçok kararda ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Al Skeini, Bankovich, Loizidou, Asanidze, Ukrayna v. Rusya, İloscu gibi...

¹⁹ Jean-François Akandji-Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında pozitif yükümlülükler*, 1. Baskı, Belçika 2008, s.6,14.

²⁰ Tuğba Sarıkaya Güler, “ ‘Positive Obligations’ Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure?,” *European Journal of Multidisciplinary Studies*, September-December 2017 Volume 2, Issue 6, s.360.

da Sözleşme'den kaynaklanan pozitif yükümlülüklerin "dikey etki"si denilmektedir.²¹

Özel hukuk ilişkileri içindeki devlet dışı yapıların AIHS bağlamında sorumluluğu önemli bir tartışmadır. Sözleşmenin devlet dışı yapılarda uygulanmasına ve gözetilmesine ise Sözleşme'nin "yatay etki"si denilmektedir.²² Bu durumda da devletin sorumluluğu devam etmektedir. Jean-François Akandji-Kombe'nin tespitleri şu şekildedir; "devletler, kişiler arası ihlaller söz konusu olduğunda da sorumludur. Bu ihlaller, bazen basit ve hukuki bir müdahale eksikliğinde meydana gelir. Bazense bu ihlaller, yanlış bir müdahalede hukuki ilişkiyi düzenlemesi gereken mevzuat eksikliğinde meydana gelir. Özel hukuk ilişkilerinde de devlet, bireyleri korumakla yükümlüdür. Devlet dışı otonom yapılı kuruluşların da devletin insan haklarını garanti altına alma yükümlülüğü vardır."²³

Sözleşmenin yatay etkisi ise bazen doğrudan bazense dolaylı olur. Devletin, özellikle de devlet dışı otonom özel hukuk ilişkileri içindeki uyumsuzluklarda Sözleşme'den kaynaklanan müdahalesi dolaylıdır.²⁴

Claire Loven da yine Mahkeme'ye yapılan ihlal başvurularında özel hukuk kişileri arasındaki ilişkinin yatay nitelikte olduğunu

²¹ Lottie Lane, "The Horizontal Effect of International Human Rights Law in Practice", *European Journal of Comparative Law and Governance*, 22 Mart 2018,(5/1), 5-88, s.25,26. ; Monika Florczak-Wątor "The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State" , *International and Comparative Law Review*, December 2017, 17(2), 39-53, s.39-41,

²² Lane, s.25.

²³ Shinohara, s. 335-336.

²⁴ Doğrudan yatay etki, insan hakları hukukunun devlet dışı yapılarda doğrudan uygulanması olarak tanımlanabilir. Ancak doğrudan yatay etkinin uygulanması hakkında mevcut hukuk sisteminde örnekler henüz bulunmamaktadır. Dolaylı yatay etkinin meydana geldiği alanlara örnekler ise aile, dernek, şirket verilebilir. Dernek kurma özgürlüğü sayesinde kurulan spor takımları ve spor federasyonlarının insan haklarını koruma yükümlülükleri ise AIHS'ten kaynaklanan dolaylı yatay etki örneklerinden biri olarak verilebilir.

gerektiğini belirtmiştir. Kişilerin Mahkeme ile ilişkilerinde ise Sözleşme'nin "*rationae persone*" şartını karşılayabilmesi için ilişkinin dikey nitelikte olduğunu belirtmektedir.²⁵

Spor kulüpleri ve federasyonları, örgütlenme ve faaliyet konusunda hiçbir etkiye maruz kalmadan özel, özerk bir yapılardır. Spor kulüpleri ve federasyonları, varlıklarını ve faaliyetlerini özgürce sürdürebilme hakları da vardır. Çünkü sözleşmecî devletlerdeki spor federasyonları ve kulüpleri, bir hak olan dernek kurma özgürlüğü altında faaliyet gösterirler.²⁶ Ancak otonom yapılı ulusal, uluslararası spor yönetim organlarının ya da kuruluşlarının bağımsızlıkları tartışma konusudur. Otonom yapıdaki spor yönetim organları, bulundukları ülkenin siyasi ve hukuki yapısı karşısında ne derece bağımsız olduğu konusu önemli bir tartışmadır. Ayrıca söz konusu yapıların, dönemsel olarak politik ve finansal etkilere ne derece direngen olduğu sorusu da akla gelmektedir.²⁷ Hal böyle olunca, spor yönetim organlarının otonom, özgür, kendine özgü gibi iddiaları olsa da, bu yapıların ne kadar bağımsız olduğu sorusu da akla gelmektedir. Bu yapıların ne derecede bağımsız olduğu sorusunun alt başlıkları ise; hukuka uygunluk, şeffaflık, çoğulcu işleyebilmek ve yönetilmektir. Ek olarak diğer bir başlık ise otonom yapılı ulusal/uluslararası spor yönetim organlarında disiplin ve tahkim süreçlerinin adil bir şekilde işleyip işlemediğidir.

Örnek olarak CAS, FIFA, IOC gibi birçok uluslararası spor yapıları İsviçre'de mukimdir. İsviçre Medeni Hukuku'nun bu yapılara özerklik ve özgürlük verdiği çok açıktır.²⁸İsviçre ulusal hukuku bu

²⁵ Shinohara, s. 336-337.

²⁶ Shinohara, s. 337-339. Spor yönetim organları ve sporcular, disiplin ve yönetim süreçlerinde zaman zaman hak çatışması yaşamaktadırlar.

²⁷ VOSER Nathalie /GOTTIEB Benjamin, Schlenberg Wittmer Ltd, "CAS procedures compatible with right to a fair trial except for refusal of public hearing (European Court of Human Rights)", CAS procedures compatible with right to a fair trial except..., Practical Law UK..., 2018, s. 2-6.

²⁸ Margareta Baddeley, "The extraordinary autonomy of sports bodies under Swiss law: lessons to be drawn", *The International Sports Law Journal*, Aralık 2020, volume 20, 3-17, s.2-6.; Hatice Özdemir Kocasakal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pechstein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı

oluşumlara olağandışı özel bir otonomi sağlamaktadır. Ancak taraf devletlerin sınırları içinde uluslararası spor örgütleri olağandışı otonom yapılar dahi olsa; devletlerin üstlendikleri pozitif yükümlülükler konusunda gereğini yapmak durumundadırlar. CAS, İsviçre'nin Lozan kentinde faaliyet göstermektedir. Spor kaynaklı uyuşmazlıklarda CAS'ndeki tahkim süreci İsviçre Hukuku'na göre çözümlenmektedir. Bu durumda İsviçre; CAS'nin sebep olduğu hak ihlallerinden dolayı sorumludur.²⁹

CAS, Mutu ve Pechstein Kararı ve daha bir dizi tartışma sonrası 16 Nisanda 2021de bir basın açıklaması ile işleyişinin, süreçlerinin insan haklarıyla ilgili olduğunu beyan etmiştir.³⁰ CAS, ayrıca birçok hakeminin insan haklarıyla uzmanlığı olduğu da belirtmiştir.³¹

B.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Spor Adaletine Göre Mutu ve Pechstein v. İsviçre Kararı

AIHM, AIHS ve Protokolleri; insan haklarını en etkili ve coğrafi anlamda en geniş koruyuyan hukuk mevzuatını oluşturur. Avrupa ve Kafkasya'yı kapsayan bu coğrafyada insan haklarının, dünyadaki diğer

ve Bağımsızlığı", *Public and Private International Law Bulletin*, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, 2020, 40(1), 79-123, s. 82-90, Fatih Gündoğdu, "TFF Tahkim Kurulunun Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, Sayı 140, 142-172, s. 143-147.

²⁹ Mutu ve Pechstein Kararı'nda disiplin yaptırımları ve işlemleri devlet tarafından tesis edilmemiştir. Mahkeme'ye göre süreci işleten CAS, İsviçre sınırları içinde ve sözleşmenin coğrafi yetkisindedir. Bu durumda da CAS, AIHS madde 6'ya saygılı olması gerekmektedir. Antoine Duval, "Lost in translation? The European Convention on Human Rights at the Court of Arbitration for Sport," *The International Sports Law Journal*, Mayıs 2022, 132-152, s. 133-137.

³⁰ Court of Arbitration for Sport, Sport and Human Rights Overview from A CAS Perspective, *CAS Report*.

³¹ CAS, SPORT AND HUMAN RIGHTS Overview from A CAS perspective.

bölgelere ve hukuk sistemlerine nazaran en etkili korunan yer olarak kabul edilebilir.³² .

Sözleşme, ülkelere ve kamu otoritelerine doğrudan uygulanmaktadır. Taraf devletlerin, yetki alanları içinde kamu otoritelerinin ve kamu otoritesi kullanan özel hukuk kişilerinin Sözleşme ve taraf olunan ek protokollere uygun şekilde insan haklarına saygı göstermesini sağlaması gerekir. Taraf devletlerin bir başka yükümlülüğü ise özel hukuk kişilerinin dahi Sözleşme ve taraf olunan ek protokollere saygı göstermesini, uymasını sağlamaktır. Böyle olmasına rağmen AIHM'nin spor faaliyetleriyle ilgili yaklaşımı son yıllara kadar daha farklılık göstermiştir. Ancak söz konusu karara kadar, spor faaliyetlerinin yönetimi, disiplin süreci ve uyuşmazlık süreçlerine özerk bir anlam yüklenmiştir. Pechstein ve Mutu v. İsviçre Kararı sonrası spor yönetim organlarının AIHS ve taraf olunan ilgili ek protokollere saygı ve uyulmasının gerekli olduğu yaklaşımı baskın olmaya başlamıştır. Bu sefer de başka bir tartışma devreye girmiştir. O da AIHS ve protokollere saygı ve uyma yükümlülüğünün kısmi ve dolaylı olduğu konusu gündeme gelmiştir.³³

Kamuoyunda Mutu ve Pechstein v. İsviçre Kararı olarak bilinen karardaki birinci başvuru; Romanya vatandaşı futbol oyuncusu Adrian Mutu'dur. Mutu, Chelsea Futbol Takımı'yla 11 Ağustos 2003 tarihinde 30 Haziran 2008 tarihine kadar sürecek ve imzalanan sözleşmeye İngiliz Hukuku'nun uygulanacağına dair anlaşma yapmışlardır. 1 Ekim 2004 tarihinde İngiliz Futbol Federasyonu tarafından başvurucuya bir kan testi yapılmıştır. Mutu'dan alınan kan örneğinde kokain testi pozitif çıkmıştır. 28 Ekim 2004 tarihinde Chelsea Futbol Takımı Mutu ile akdetmiş olduğu sözleşmeyi feshetmiştir. Mutu da bunun üzerine İtalya'ya dönmüş ve sırasıyla Juventus AC, Fiorentina

³² Pierre Cornu, Sabrina Robert-Cuendet ve Laurent Vidal, *Human Rights Protection in the Context of Sports Organisations' Disciplinary and Arbitration Procedures- Good Practice Handbook No 5*, Ağustos 2018, s. 53-83. ; Ruxandra Argăseală, "(In)Applicability of Article 6 of the European Convention on Human Rights in Sports Disciplinary and Arbitration Procedures", *Romanian Lawyers Week*.

³³ Duval, s.133-137.

ve AC Cesena takımlarında oynamaya başlamıştır. 2010 yılında tekrar altı aylığına uyuşturucu madde kullanmasından dolayı yine bir yaptırıma maruz kalmıştır. Yaptırım sonlandıktan sonra Fransız Birinci Ligi'nde Ajaccio Takımı'nda spor yaşamına devam etmiştir.

26 Ocak 2005 tarihinde Mutu ve Chelsea, FIFA'yla bağlantılı Futbol Federasyonu Promiyer Lig Temyiz Kurulu'na (FAPLAC) kendi aralarında düştükleri bir ihtilaftan dolayı başvurmuşlardır. İhtilafın konusu; Mutu'nun FIFA Oyuncu Transfer Tüzüğü'nün 21. Maddesi gereğince anlaşmayı ihlal edip etmediğidir. Aslında ilgili tüzüğün 42. Maddesi gereğince sporcunun yerel mahkeme öncesi tahkim şartını kabul etme zorunluluğu yoktur. Ancak Mutu, zorunluluk olmamasına rağmen tahkim şartını imzalamıştır. 20 Nisan 2005 tarihinde Komite, sporcunun sözleşmeyi ihlal ettiği kararına varmıştır.

Bunun üzerine Mutu, CAS'a temyiz başvurusunda bulunmuştur. 15 Aralık 2005 tarihinde kurul, Alman hukukçu D.-R. M. Başkanlığında toplanmıştır. CAS, Adrian Mutu'nun, Chelsea futbol takımı ile imzaladığı sözleşmeyi ihlal ettiği kararına varmıştır. Chelsea ayrıca FIFA'nın Uyuşmazlık Çözüm Dairesi'ne (Dispute Resolution Chamber (DRC)) başvurarak sporcunun sebep olduğu zararın tazmini istemiştir.

Chelsea, bu züre zarfında Mutu ile ilgili başka başvurular da yapmıştır. FIFA'nın Uyuşmazlık Çözüm Dairesi, Mutu'nun 17.173.999 Avro tazminat ödemesi gerektiğini İngiliz Hukuku esaslarına göre hükmetmiştir.

2 Eylül 2008 tarihinde Mutu, Mr J.-J. B.'yi hakem olarak bildirerek ICAS'a başvurmuştur. Mutu'nun başvurusunun konusu ise Futbol Federasyonu Promiyer Lig Temyiz Kurulu'nda kendisi ile ilgili toplanan temyiz kuruluna başkanlık eden Alman Hukukukçu Mr D-R M ile ilgilidir. İtirazın konusu ise 15 Aralık 2005 tarihli CAS temyiz kuruluna başkanlık eden Alman Hukukukçu Mr D-R M'yi Chelsea'nin seçmiş olmasıdır. ICAS, 13 Ocak 2009 tarihinde Mutu'nun yapmış olduğu bu başvuruyu reddetmiştir.

14 Ocak 2009 tarihinde de CAS, tarafları J.-J. B., D.-R. M. Ve Professor L.F. den oluşan kurulun toplanacağını bildirmiştir. 31 Temmuz 2009 tarihinde de CAS, başvurucunun talebini reddetmiştir.

CAS'ta toplanan kurula göre uyuşmazlık konusu tek konu vardır; o da tazminatın miktarıdır.

Bu karar üzerine Mutu, CAS'ın İsviçre'de faaliyet göstermesinden dolayı CAS'ın İsviçre Hukuku'na tabi olmasından dolayı 14 Eylül 2009 tarihinde İsviçre Federal Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mutu, İsviçre Federal Mahkemesi'ne yapmış olduğu başvuruda; CAS yargılamalarının bağımsız ve tarafsız olmadığını ve hakem L. F. ve D.-R. M. 'nin kurulda yer almamaları gerektiğini belirtmiştir. Mutu bu iddiaları için isimsiz bir maili delil olarak göstermiştir. Mutu'nun delil olarak sunduğu isimsiz mailde yer alan hakem L.F.'nin Chelsea'nin hukuki işlerinde geçmişte danışmanlık yaptığı bilgisi yer almaktadır. Ayrıca isimsiz mailde ikinci hakem D.-R. M.'nin de 15 Aralık 2005 tarihinde Mutu'nun sözleşmeyi ihlal ettiği kararına varan kurulda yer aldığını belirtmiştir. Mutu ek olarak özel yaşama saygı hakkının ve diğer hakların ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Federal Mahkeme, Mutu'nun 10 Haziran 2010 tarihinde başvuruçunun Tahkim Kurulu'nun tarafsız ve bağımsız olmadığı konusundaki iddialarını reddetmiş, diğer iddialarını da açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Adrian Mutu, AİHM'e başvurmuş; İsviçre'nin AİHS'in, adil yargılanmaya ilişkin 6. maddesini; özel hayata saygıya ilişkin 8. maddesini ve 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesini ihlal ettiğini öne sürmüştür.

Mutu ve Pechstein başvurusu olarak birleştirilen dosyadaki ikinci başvuruçucu ise Alman vatandaşı Claudie Pechstein'dır. Pechstein bir sürat patencisidir. Pechstein, merkezi İsviçre'nin Lozan şehrinde olan Uluslararası Paten Federasyonu (International Skating Union (ISU))'nun üyesi olan Alman Sürat Pateni Federasyonu (Deutsche Eisschnelllauf-Gemeinschaft (DESG))'na bağlı olarak sportif faaliyet göstermekteydi. Pechstein, ISU'ya üye olmak için öncelikle çıkacak uyuşmazlıkların çözümü için mahkemeler yerine spor tahkiminde çözülmesi için bir tahkim anlaşması imzalamak zorunda kalmıştır. Pechstein, Dünya Sürat Pateni Şampiyonası için 2009 yılında antidoping testlerine tabi tutulmuştur. Pechstein, 18 Şubat 2009 tarihinde yapılan testte kanından bulunan bir maddeden dolayı ISU, disiplin süreci için başvuruda bulunmuştur. ISU'nun başvurusu üzerine Komite, 1 Temmuz 2009

tarihinde Bern’de yapılan bir duruşma sonrası 9 Şubat 2009 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde iki yıl men cezası almıştır. 21 Temmuz 2009 tarihinde Alman Sürat Pateni Federasyonu ve Pechstein, CAS’a temyiz başvurusunda bulunmuştur. Lozan kentinde iki gün süren duruşmalarda Pechstein tarafından aleni yargılanma hakkı için açık duruşma talep edilmiştir. Duruşma, aleni yapılmamış ancak kayıt altına alınmıştır. Taraflar 12 tane uzmanı çağırmış ve uzmanlar taraflara serbestce sorular sormuşlardır. 25 Kasım 2009 tarihlerinde ise başvuru süreci tekrar başlatmak istemiştir. Ancak CAS, başvuru istemini reddetmiş ve başvuru hakkındaki men kararın da onamıştır. 7 Aralık 2009 tarihinde başvuru, İsviçre Federal Mahkeme’sine başvuruda bulunmuştur. Pechstein, CAS başkanının doping konusunda son derece şedit bir tutum aldığını, genel sekreterin hakem kararına sonradan müdahale ettiğini, CAS’ın bağımsız ve tarafsız olmadığını, açık duruşma talep ettiği halde reddedildiğini ve daha pek çok hak ihlali iddiasında bulunmuştur.

10 şubat 2020 tarihinde Federal Mahkeme istekleri reddetmiştir. Bunun üzerine Pechstein AİHM’ne başvurmuştur. Ayrıca Münih Bölge Mahkemesi’ne ISU, DESG, CAS aleyhine iki yıl müsabakalardan men hakkı yaptırımından dolayı 4 milyon Avro zarara uğradığı iddiasıyla başvurmuştur. Münih Mahkemesi, Pechstein’in 2014 yılında tahkim itirazını kabul etmiş ve CAS ile ilgili yetkisizlik kararı vermiştir. Daha sonra Münih İstinaf Mahkemesi de yapılan itiraz üzerine tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu, Alman mahkemelerinin yargı yetkisinin kaldırılmaması gerektiğine hükmetmiştir. Bu karar, Spor Hukuku’nda da Avrupa Birliği Rekabet Hukuku’nda da yeri olan *“hakim durumun kötüye kullanılması”* olarak adlandırılan yaklaşımın uygulanabileceğini göstermektedir.³⁴ Münih İstinaf Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararı, 7 Haziran 2016 tarihinde ise Alman Federal Adalet Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Pechstein da son hukuki yol olarak AİHM’ne başvurmuştur. Pechstein, AİHM’ne yaptığı başvuruda ISU Disiplin Komitesi ve CAS’ın tarafsız ve bağımsız olmadığını belirtmiştir. Başvuru ayrıca hakem

³⁴ Mutu ve Pechstein Kararı (Başvuru no. 40575/10 and 67474/10), n.24. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için Candan, Avrupa Birliği’nin Spor Alanında Düzenleme Yapma Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları, s.238-239.

heyeti başkanının kamuoyunca bilinen anti doping yaklaşımı, CAS Genel Sekreteri'nin sonradan hakem heyeti kararına müdahale etmesi, duruşmanın açık olmaması, İsviçre Federal Mahkemesi'nin sınırlı yetkisinin olması, CAS süreci karşısında sporcuların güçsüz kalışı gibi iddialarla 6. maddenin 1 numaralı ve 2 numaralı fıkralarından dolayı adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

AİHM, insan hakları temelli spor adaleti yaklaşımı için oldukça önemli iki başvuruyu birleştirerek incelemiş ve karara bağlamıştır. AİHM, öncelikle kabul edilebilirlik incelemesi yapmıştır. Daha sonra AİHM, başvuru bağlamında oy birliği ile mahkemelerin tarafsız ve bağımsız olmadığı ve aleni yargılanma hakkı ile ilgili iddialarını kabul edilebilir bulmuştur. Mahkeme, esasa ilişkin incelemede ise beşe iki oy ile mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı iddialarında ihlal iddialarını reddetmiştir. Mahkeme, Pechstein'in aleni duruşma hakkının Sözleşme'nin 6. Maddenin 1 numaralı fıkrasına göre ise oybirliği ile ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde ihlal kararı ve karşı oy gerekçeleri; spor hukukunda "*Avrupa İnsan hakları Standardı ne olmalıdır?*" tartışmasına ışık tutmaktadır. Bu karar, Avrupa Konseyi'nin üç sütunu olan "*hukukun üstünlüğü*", "*insan hakları*", "*demokrasi*" penceresinden Avrupa Birliği Hukuku'nda "*lehim ve tutkal*" benzetmesi yapılan rekabet hukuku ilkeleri arasında bir köprü işlevi görmektedir.

Avrupa Konseyi'nin üç sütununu Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ilkeleriyle buluşturan bu karardaki üye hakimlerin karşı oy ve kısmi katılma gerekçeleri; Avrupa İnsan Hakları Standardı kavramını açıklığa kavuşturmaktadır. Nihai gerekçeli karardaki üye iki hakimin savları, sadece Avrupa İnsan Hakları Standardı tartışmaları ya da spor tahkimi için değil alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yaygınlaştığı günümüzde daha da önem kazanmaktadır.

AİHM ile bazı konularda aynı görüşte olmayan ya da aynı görüşte olup gerekçelerde ayrışan iki üye olan Serghides ve Keller'in

³⁵ Mutu ve Pechstein'in AİHM'ne başvurusu öncesi süreç, Mutu ve Pechstein v. İsviçre Kararı'ndan özetlenmiştir. "Mutu ve Pechstein Kararı (Başvuru no. 40575/10 and 67474/10)", n. 1-17,18-25.

görüşleri “*lex sportiva*”da “*Avrupa İnsan Hakları Standardı*”nın mevcut durumu ve geleceği için önemlidir. İki hakim, Mahkeme’nin gözardı ettiği bazı konuları gündeme getirerek bir anlamda spor hukukunda ve aslında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında insan haklarının dinamik kontrol sistemine sahip olması gerektiği konusunda da hatırlatıcı olmuşlardır.

Her iki başvuru da “*mahkemelerin ve tarafsızlığı*” şartının gerçekleşmediğini konusunda birleşmektedir. Yıllar içinde “*mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı*” konusunda AİHM, çeşitli ölçütler geliştirmiştir. Üye Serghides ve Keller; aleni yargılama hakkının ihlali konusunda heyete katılmıştır. Ancak her iki üye hakim, Pechstein tarafından dile getirilen CAS’ın tarafsızlığı ve bağımsızlığı kriterinde AİHM ile ayrılmışlardır. Daha doğru bir deyişle AİHM’nde ilk kez spor tahkimiyile ilgili bir inceleme olduğu için gördükleri sorunları, mevcut AİHM ölçütlerine göre tartışmaya açmış ve AİHM kriterlerine göre tartışmışlardır.³⁶

AİHM nihai kararında, -CAS’ın tahkim kurulunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusundaki değerlendirmede- yargılama yapan makamın kanunla kurulup kurulmadığı konusu üzerine, kendi özerk ölçütlerine göre bir tartışma ve değerlendirme yapmamıştır.³⁷

AİHM’ndeki “*Mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı*” konusundaki ilk tartışmayı, tahkim yargılaması yapan oluşumun kanunla kurulup kurulmadığı noktasından başlatmak mümkündür. Çünkü iki üye hakime göre yargılamayı yapan bir makamın tarafsızlığını irdelemeden önce ilgili yargılama yapan makamın “*kanunla kurulmuş bir mahkeme*” olup olmadığı incelenmelidir. ³⁸ İki üye hakim, AİHM’nde ayrıştıkları çoğunluk görüşünün aksine öncelikle tahkim kurulunun kanunla kurulup kurulmaması ölçütünün gözetilmesi

³⁶ Mutu ve Pechstein Kararı (Başvuru no. 40575/10 and 67474/10), JOINT PARTLY DISSENTING, PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGES KELLER AND SERGHIDES, n. 4.

³⁷ Mutu ve Pechstein Kararı, n.150-157.

³⁸ Mutu ve Pechstein Kararı, JOINT PARTLY DISSENTING, PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGES KELLER AND SERGHIDES, n.18-19.

gerektiğini belirtmişlerdir.³⁹ Mahkeme’de daha önceki tarihlerde incelenen başvurularda isteğe bağlı ihtiyari tahkim uygulaması ile ilgili başvurular olmuştur. AİHM, bu başvurularda isteğe bağlı tahkim anlaşmasının adil olmadığını, hakukuka aykırı olduğunu kabul etmiştir. Ancak AİHM, bu başvurularda tahkim kurulunun kanunla kurulup kurulmadığını tartışmamıştır. Çünkü ilgili başvurucular kanunla kurulmuş bir ulusal mahkemeye erişim hakkından feragat etmişlerdir.⁴⁰

Oysa Suda v. Çek Cumhuriyeti Kararı’nda, başvuru tahkim yargılamasına rıza gösterse dahi AİHM, “*kanunla kurulmuş bir mahkeme*” olma ölçütünü incelemiştir. İlgili Karar’daki başvuru, AİHM’ne göre tahkim şartını özgür iradesiyle kabul etmemiştir. Çünkü hukuki ilişkinin başında başvurucuya tahkim şartı konulmuştur. Ayrıca tahkim sürecini yöneten hakemlerin de önceden belirlendiği için tarafsız ve bağımsız olamayacak bir mahkemenin kanunla da kurulmuş sayılmayacağı kanaatine varmıştır. Bu durumda da AİHM, kendi ölçütlerine göre “*kanunla kurulmuş bir mahkeme*” olma ölçütü konusunda bir değerlendirme yapmıştır.⁴¹

Serghides ve Keller, AİHM’ne göre sözkonusu tahkim kurulunun İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kanunla kurulma şartını incelese dahi Mahkeme’nin de bu konuyu tartışması gerektiği kanaatindedirler.⁴² Hatta iki yargıç, kanunla kurulup kurulmamanın AİHM’in kendi özerk incelenmesi gerektiğini belirtmektedir.⁴³

³⁹ Mutu ve Pechstein Kararı, JOINT PARTLY DISSENTING, PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGES KELLER AND SERGHIDES, n.19.

⁴⁰ İlgili tartışma için bakınız; Mutu ve Pechstein Kararı, JOINT PARTLY DISSENTING, PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGES KELLER AND SERGHIDES, n. 18-20.

⁴¹ Mutu ve Pechstein Kararı, JOINT PARTLY DISSENTING, PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGES KELLER AND SERGHIDES, n.20.

⁴² Yürütmeye verilen kararname çıkarma yetkisine göre kurulmuş bir yargılama makamı bile CAS’ın şu anki tahkim kurulundan daha çok “*kanunla kurulmuş olma*” özelliğine sahiptir.

⁴³ İlgili tartışma için bakınız Mutu ve Pechstein Kararı, JOINT PARTLY DISSENTING, PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGES KELLER AND SERGHIDES, n. 18-20.

İki üye hakim, tahkim yargılamasını yapan oluşumun, Sözleşme ve Mahkeme içtihatlarınca oluşan gereklilikleri karşılamadığı görüşündedirler.⁴⁴ Özellikle tahkim yargılaması yapan makamın kanunla kurulup kurulmadığı, hakem heyetinin oluşumu, heyetin çoğunluğunu meydana getiren üyelerin iştigalleri, başkanın geçmişi; tarafsızlık ve bağımsızlık kriterini oluşturan ölçütlerle bağdaşmadığı kanaatindeyler. Aslında iki hakim, ihlal çıkmayacak olsa dahi AİHM'nin kanunla kurulmuş olma ölçütünün kendi özerk yaklaşımıyla değerlendirmesi gerektiğini düşünmektedir.

İki hakimin yaptığı tartışma sadece spor uyuşmazlıkları için değil alternatif uyuşmazlık çözüm yolları için de ileriye yönelik bir tartışmadır. İki hakimin yaklaşımı gözönüne alındığında yargılama yapan makamın kanunla kurulmuş olma ölçütü daha dinamik bir değerlendirmeyi gerektirmektedir.

CAS, ICAS'a bağlı bir yapıdır. ICAS ise İsviçre Özel Hukuku'na göre kurulmuş, faaliyet gösteren bir özel hukuk oluşumdur.⁴⁵ Bir makama yargılama yapma yetkisi yasayla verilir. Yasa da parlamentolar tarafından çıkarılan genel, emredici, düzenleyici bir işlemdir. Dolayısıyla ICAS'a bağlı CAS tahkim kurulunun kanunla kurulup kurulmadığı incelenmelidir. Bu konu aynı zamanda "*rationae materie*" ve "*ratione loci*" açısından da önemlidir. Yargılama yapma yetkisine haiz bir makamın konu ve yer bakımından yargılama yetkisi de parlamentodan çıkan yasayla belirlenmiş olması gerekmektedir. Oysa sözü edilen karardaki CAS'taki tahkim kurulu, kanunla kurulmuş olma, yer ve konu bakımından kanunla yetkilendirilmiş olma ölçütlerinden uzaktır. Dolayısıyla da CAS tahkim kurulu, AİHS 6. Maddenin 1 numaralı fıkrasının ilk ölçütündeki "*kanunla kurulmuş bir mahkeme*" olma ilkesini karşılamaktan uzak olduğu açıktır. Ayrıca tahkim kurulu üyeleri de iş dünyasından kimselerdir. Yargılama makamında görev alan kimselerin

⁴⁴ İlgili tartışma için bakınız Mutu ve Pechstein Kararı, JOINT PARTLY DISSENTING, PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGES KELLER AND SERGHIDES, n. 18-20.

⁴⁵ İlgili tartışma için bakınız Mutu ve Pechstein Kararı, JOINT PARTLY DISSENTING, PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGES KELLER AND SERGHIDES, n. 18-20.

iştigalleri, bağları, geçmişleri; kanunla kurulmuş olma ölçütünün meşruluğu açısından da önem arz etmektedir.

İki hakim için diğer bir konu ise ihtiyari görünümlü tahkim şartını imzalamak “zorunda” kalmış olma durumudur. Her iki başvuru da tahkim zorunlu olmasa da tahkim şartını görüntüde “*ihtiyari*” ancak profesyonel yaşamlarını sürdürebilmek için kabul etmişlerdir. Bir anlamda yasaya dayanıp daynamadığı belirlenmemiş, üyeleri iş dünyasından olan konu ve yer yönünden yargılama yetkisi kanunla açık ve kesin, tartışmasız konumda olmayan bir makamı yargılama yeri kabul etmek; “*mahkemeye erişim hakkı*” açısından da önemli bir bağlama noktasıdır.

CAS’taki tahkim kurulu, İsviçre Özel Hukukuna tabi ICAS’a bağlı görev yapmaktadır. İlgili kanunla hatta yürütmeye hasredilmiş bir kararnameye dayanarak dahi kurulmamıştır. Yasayla kurulmamış olma, yer ve konu yönünden yasayla belirlenmeme bile başlı başına CAS’ın bağımsız ve tarafsızlığına gölge düşürecek bir konudur. Oysa AİHM, bunu tartışmamıştır. Konuyu irdelemeden başvuruçuların iddialarına bağlı kalarak CAS’ın üyelerinin oluşumu üzerinden tarafsızlık ve bağımsızlık ölçütüne göre bir tartışmaya gitmiştir. Oysa AİHM, bir çok kararında daha önceden kanunla kurulmuş olma ölçütüne göre değerlendirmeyi, kendiliğinden ve kendi özerk yaklaşımıyla bu kararda uygulamamıştır.

Hakim Serghides ve Hakim Keller’in belirttiği diğer konu ise; zorunlu olmadığı halde tahkim şartını kabul etmenin başvuruçuya karşı kullanılmış olmasıdır.⁴⁶ Mahkeme’nin Mutu’nun tahkim şartını “*özgür iradeyle*”, “*hukuka uygun*”, “*açık bir şekilde, tartışmasız*” kabul edip etmediğinin irdelememiş olmasını tartışmaya açılmaktadır. Aslında kapalı bir yargılama dahi yargılamayı yapan makam, bağımsız ve tarafsızlık şartlarını karşılıyorsa tarafsız olabilme ihtimali vardır. Oldukça şaşırtıcıdır ki AİHM, yıllar içinde kendi oluşturduğu ölçütlere

⁴⁶ İlgili tartışma için bakınız Mutu ve Pechstein Kararı, JOINT PARTLY DISSENTING, PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGES KELLER AND SERGHIDES, n. 26-27.

uygun inceleme sistematliğini spor tahkimiyle ilgili bu kararda bırakmış olmasıdır.

Gerekçeli nihai karardaki kısmen katılma görüşünde ise tartışmaya açılan; CAS'ın tarafsızlığı ve bağımsızlığıdır. İki hakim de AİHM'nin bağımsızlık ve tarafsızlık konusunda kendi özerk ölçütlerine göre yeniden bir değerlendirme yapması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁷ Bu tespit ve vurgu oldukça önemlidir. Çünkü hakemler, tahkim kurulunda başvurucuya karşı tek bir cephede birleşmektedirler. CAS süreci öncesi profesyonel spor yaşamında iş ilişkisi içinde olan spor oragnizasyonları CAS'ta sporcunun karşısında bir arada hareket etmektedirler.⁴⁸ ICAS ve CAS'ın temsilcileri tahkim sürecinde kuruldaki çoğunluğu elde etmektedirler. Ayrıca kurul üyelerinin seçimi ve ICAS ve CAS'ın temsilcileri tahkim kurulunda çoğunluğu oluşturabilmektedirler. Tahkim kurulunun seçimi, üyelerin çağırılması da yine tarafsızlığa ve bağımsızlığa gölge düşürdüğü tartışmasını açmaktadır. Çünkü CAS üyeleri, ICAS tarafından rahatlıkla, hukuki, nesnel gerekçeler olmaksızın görevden alınabilmektedirler. Görev süreleri ICAS'a bağlı olan CAS üyelerinin, tahkim kurulundaki bağımsız ve tarafsızlık konumları tartışmaya açık olmaktadır. Kurula başkanlık edecek kişinin ICAS üyesi olması ise yine AİHM'nin gözden kaçırdığı başka bir noktadır. CAS, tahkim sürecinde sporculara hakemleri seçme şansı tanıdığını iddia etmektedir. Oysa kapalı listeden hakem seçmek, şeffaflık konusunda çekinceleri beraberinde getirmektedir.

AİHM, bu kararda Avrupa Konseyi sütunlarına aykırı olarak, kendi özerk ölçütlerini bir kenara bırakmış; adil yargılanma hakkının bağlama noktalarını incelemeyen sadece tahkim kurulunun üye oluşumu üzerinden CAS için bağımsız bir mahkeme kriterlerine uygun olduğunu da belirtmiştir. Mahkeme, tahkim kurul üyelerinin özel hukuk kişileri arasında seçilebileceğinin mümkün olduğunu kabul etmektedir. Bu durumda da CAS için bağımsız bir mahkeme kriterlerine uygun olduğu AİHM tarafından kabul edilmektedir. AİHM,

⁴⁷ İlgili tartışma için bakınız Mutu ve Pechstein Kararı, JOINT PARTLY DISSENTING, PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGES KELLER AND SERGHIDES, n.5-17.

⁴⁸ Mutu ve Pechstein Kararı, n.154.

sadece 6. maddenin 1 numaralı fıkrası güvence altına aldığı açık yargılama için ihlal kararı vermiştir.

Mutu ve Pechstein başvurusu ile spor uygulamalarında zorunlu tahkim ya da disiplin gibi süreçlerde zayıf tarafın mağdur olabilme, profesyonel sporcunun meslek yaşamının riske girebilme gibi konular tartışılmıştır. Hatta disiplin ve tahkim kararının sadece yaptırımını değil cezai bir sonucu getirmesi gibi konular tartışılmıştır. Bu içtihat, ülkemiz için verilen kararları da etkilemiştir.⁴⁹ Mutu ve Pechstein Kararı, tahkim yargılamalarının ve disiplin süreçlerinin adil yargılanma hakkıyla ne kadar bağlantılı olduğunu göstermiştir. Türkiye Cumhuriyeti için verilen birçok kararda da spor tahkim yargılaması konusunda adil yargılanma hakkı irdelenmiştir. Bunun yanı sıra ülkemiz için sadece adil yargılanma hakkı değil bununla bağlantılı olarak ifade özgürlüğü ve özel yaşama saygı hakkıyla ilgili ihlal kararları çıkmıştır.

İki hâkimin yürüttüğü bu tartışma aslında AİHM'nin alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla ilgili başvurularda yeni bir mecraya girdiğini gözler önüne sermektedir. Bu tip uyuşmazlıklarda hukuki bir garanti durumuna gelen mahkemenin kanunla kurulup kurulmama ölçütünü terketme konusunda bir yol ayrımında olduğunu işaret etmektedir.

Aslında bu karar Avrupa İnsan Hakları Standardı'nda yeni bir konumlanmayı ve tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Bu tartışma Covid 19 zamanı devlet destekleri konusunda Avrupa Birliği'nde " *soft law versus hard law*" ya da " *adhockism versus hard law*" şeklinde dile getirilmiştir. Şimdi de bu tartışma, Avrupa Konseyi düzleminde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının sebep olduğu hak ihlali iddialarında da devam edecek gibi durmaktadır. Bunu da " *arbitrariness versus rule of law*" şeklinde ifade edebilmek mümkündür. Mutu ve Pechstein v. İsviçre Kararı'nda iki yargıcın AİHM içtihatları üzerinden yaptığı tartışma sayesinde " *hukukun üstünlüğü*", " *demokrasi*", " *insan hakları*" kavramlarının değişen ve karmaşılaşan hukuk sisteminde gözardı edilmemesi ve " *Keyfiliğin hukukun üstünlüğü karşısında galip*

⁴⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Bölüm Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye Davası, Başvuru no. 30226/10 ve diğer 4 başvuru.

çıkması"na sebebiyet verilmemesi için tarihi ve hukuki bir şerh niteliği de mevcuttur.

C. Türkiye Cumhuriyeti'ndeki Spor Disiplin ve Tahkim Sürecine AİHM'nin Yaklaşımı

Spor faaliyetlerinin ve disiplin kurullarının verdiği kararların uyuşmazlık çözüm yeri olarak belirtilen tahkim yargılamasında ihlallerin ilk sırasında adil yargılanma hakkı yer almaktadır. Adil yargılanma hakkının açılımı olan "mahkemenin tarafsızlığı ve bağımsızlığı", "silahların eşitliği", "alenî yargılanma hakkı"yla ilgili ölçütler Mutu ve Pechstein Kararı'nda Serghides ve Keller tarafından gündeme getirilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti ile ilgili başvurularda da ilk olarak spor tahkimi yargılamasını yapan makamın bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili olan 6. maddenin 1 numaralı fıkrası üzerine bir kümelenme söz konusudur. Ayrıca 10. maddede düzenlenen "İfade Özgürlüğü" ve 8. maddede düzenlenen "Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı"nın ihlalleri de dikkat çekici iki konudur.⁵⁰ Bu ihlaller, Türkiye Cumhuriyeti'nde

⁵⁰ Adil Yargılanma Hakkı Madde 6: 1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde ve yahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir. 2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır. 3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar

spor yönetim organlarının spor faaliyetlerinin yönetiminden, disipline ve tahkime kadarki süreçleri kapsamaktadır. Bu bağlamda tarafsız, bağımsız, demokratik toplum gereklerine uygun kararlar verebilen, kanuni, şeffaf, insan haklarına saygılı bir yapının olması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu ihlaller spor adaletinde adil yargılanma, ifade özgürlüğü ve özel yaşama saygı haklarıyla ilgili sorunlara ilişkin görünebilir. Ancak bu ihlaller, yönetsel ve yargısal anlamda Türkiye Cumhuriyeti'ndeki sorunların izdüşümünü de yansıtmaktadırlar.

Usule ve esasa ilişkin pozitif yükümlülükler, spor uyuşmazlık süreçleri için de oldukça önemlidir. Tahkim yargılaması, spor faaliyetlerinin yönetimiyle ilgili ve spor disiplin kurullarının kararları sonrası çıkan uyuşmazlıklarda spor kulüplerinin hazırladığı düzenlemeler, sözleşmeler üzerinden yürür. Bu durumda da insan hakları sadece disiplin süreciyle ya da tahkim kısmıyla sınırlı değildir. İnsan haklarının spor hukukuna ilişkin spor hukuku ilişkisinin başlangıcından itibaren etkili olması gerekir. Adil yargılanma hakkı uluslararası insan hakları hukuku için reddedilemeyecek bir öneme sahiptir. AİHM kararlarının yaklaşık %40'ı adil yargılanma hakkıyla ilgili ihalelerle ilgilidir.⁵¹

Bir sporcunun profesyonel ve ekonomik yaşamını yakından ilgilendiren bu süreç AİHS'nin sağladığı korumanın sağlandığı bir akış

altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak. İfade Özgürlüğü Madde 10: 1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir. 2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.

⁵¹ Council of Europe, *Overview 1959-202, ECHR*, Strasbourg, Şubat 2022, s.6-7.

içinde zayıf tarafın da gözetildiği biçimde olması gerekir. Adil yargılanma hakkının önemini, AİHM yargıçlarının görüşlerini şu şekilde ifade etmek mümkündür. Schatschaschwili v. Almanya kararında Hâkim Kjølbro “*adil yargılanma hakkının güvenilirlik ve meşruluk açısından önemli olduğunu*” vurgulamıştır. Yine Regner v. Çek Cumhuriyeti kararında Hâkim Serghides “*adil yargılanmanın sadece ulus üstü hukuk için değil; aynı zamanda ulusal hukuk düzeyindeki insan hakları için de oldukça önemli bir konu olduğunu*” belirtmiştir.⁵² Nitekim CAS gibi ulus üstü bağımsız makamlar da AİHM kararları sonrası bu yaklaşımı yerleşik hale getirmeye çalışmaktadır. Hâkim Sergides ve Hakim Keller, Mutu ve Pechstein kararının 173-185. paragrafları arasındaki gerekçelere kısmen karşı çıkmış ancak aynı fikirde oldukları kısımlarda da farklı gerekçeli görüş bildirmişlerdir. Bunlar önceki bölümde ayrıntılı bir şekilde tartışılmış ve değerlendirilmiştir. Toplamak gerekirse; yargılama yetkisinin yer ve konu yönünden kanunla verilip verilmediği, yargılama makamının kanunla kurulup kurulmadığı, ihtiyari kabul edilen ama ihtiyari olduğuna dair emare olmayan tahkim anlaşmasının mahkemeye erişim hakkını engelleyip engellemediğini, CAS’ın oluşumu, bağlı olduğu kuruluş açısından mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı iki üye hâkimin kararda ayrıştıkları noktalardır.⁵³

AİHS’nde 6. maddenin 1 numaralı fıkrasının güvenceleri; bağımsız ve tarafsız mahkeme, aleni yargılama, makul sürede ne ile suçlandığını bilmek ve adil bir yargı sürecidir. Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılamanın yapılması talebi, spor kaynaklı uyuşmazlık çözümünde de AİHM tarafından irdelenmiş bir ölçüttür. AİHM, ulusal hukuka göre “*mahkeme*” olarak anılan bir makamı şart görmemekte kanunla kurulmuş yargılama yapan bir makamı (*tribunal established by law*) 6. maddenin 1 numaralı fıkrası kapsamında mahkeme işlevi gören bir yapı olarak kabul etmektedir.⁵⁴ Ancak Mahkeme, bu

⁵² Schatchactwili Kararı (Başvuru no. 9154/10), n. 1-34, Regner Kararı (Başvuru no. 35289/11), n. 1-120.

⁵³ Mutu ve Pechstein Kararı (Başvuru no. 40575/10 and 67474/10), s. 53-59.

⁵⁴ Rolf Gustafson v. İsviçre Kararı, n. 45. Lithgow and Others v. Birleşik Krallık Kararı n. 201.

yerleşmiş görüşüne rağmen Mutu ve Pechstein Kararında bu değerlendirmeyi bile yapmaya gerek görmemiştir.⁵⁵

AİHM'ne göre adil yargılanma hakkı, medeni hak ve yükümlülükler ya da suç isnadı gibi durumlarda farklılıklar göstererek uygulanmaktadır. Suç isnadı söz konusu olduğunda 6. maddenin diğer fıkralarının da uygulanma alanı olmaktadır. Ancak medeni hak ve yükümlülükler konusunda genelde 6. Maddenin 1 numaralı fıkrasının uygulanması yönünde bir eğilim vardır. Bu özellikle de spor uyuşmazlıklarında da belirgindir. Ancak doğaldır ki bu konuda akademik tartışmalar devam etmektedir. *Lex Sportiva*'da disiplin ve tahkim süreçlerinde AİHS'nin 6. Maddenin 1 numaralı fıkrasından dolayı ve sınırlı olarak uygulanması gerektiği konusunda görüşler vardır.⁵⁶ Elbette AİHM bir içtihat hukuku oluşturduğu için bu yaklaşım mutlak değildir. İleride yapılması muhtemel başvurularda başvurunun yapısına göre 6. maddenin diğer hükümleri de belli şartlarda medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin bir hak ihlali tespitinde dahi uygulanabilmesi mümkün olabilir. AİHM, Mosturoğlu ve Eksioğlu'nun başvurusunda disiplin süreci ve ceza yargılaması süreci beraber devam ettiği için 6. Maddenin 2 numaralı fıkrasının ihlal iddiasını, AİHS 35. madde gereğince kabul edilebilir bulmuştur.

Adil Yargılanma Hakkı bağlamında cezai ve medeni süreçlerde herkes adil ve aleni yargılanma, makul sürede bağımsız ve tarafsız yargılama yapan makamı talep hakkına sahiptir. AİHM'nin disiplin süreci ya da tahkim işleyişini 6. madde ile nasıl eşleştirebileceği önemli

⁵⁵ AİHM yerleşik içtihatlarına göre oluşturduğu karinesinin askine kanunla kurulup kurulmadığı noktasını incelemese de kanunla kurulup kurulmamanın yanısıra ilgili makamın kanunla kurulmuş makamın yargılama yapabilme ve karar verme yetkisine tek başına sahip olması gerekmektedir. Dahası söz konusu makamın kararlarının uygulanma kabiliyetinin olması, kanuni dayanağı sayesinde yargı yetkisi ve çerçevesinin kanun ile belirlenmesi ölçütleri de mahkeme işlevi için diğer ölçütlerdir.

⁵⁶ Mesela CAS Court of Sports 'da böyle bir eğilim vardır. Ruxandra Argăseală " (In)Applicability of Article 6 of the European Convention on Human Rights in Sports Disciplinary and Arbitration Procedures".

bir konudur. AİHM, 6. maddenin 1 numaralı fıkrasını hem medeni hak ve yükümlülüklerle hem de cezai boyutlu yargılamalarda uygulamaktadır.⁵⁷

AİHM, disiplin ve tahkim kurullarını mahkeme olarak kabul ettiği için 6. maddenin 1 numaralı fıkrasının garantisinden yararlanılması gerektiğini belirttiği için bu kurulların tarafsız ve bağımsız olması gerektiğini düşünmektedir. AİHM içtihatları, Sözleşme, ek protokollerin oluşturduğu karinelerin aksine Mutu ve Pechstein Kararı'nda sözü edilen CAS'taki tahkim kurulu yasayla kurulmamıştır. Mutu ve Pechstein Kararı'ndaki görüşler daha çok tarafsızlık ve bağımsızlıkla ilgili bir yol göstermiştir.⁵⁸ Bağımsızlık ve tarafsızlık hala spor hukuku yargılamaları için temel sorunlardan biridir. Bağımsız ve tarafsız olmayan bir kurul ekonomik, politik etkiye çok açık olacağı da aşikârdır. Mutu ve Pechstein Kararı'nda bu duruma karşı oy gerekçesinde değinilmiştir.⁵⁹ Ali Rıza ve Diğerleri Kararı'nda da buna değinilmiştir.⁶⁰ Ali Rıza ve Serkan Akal başvuruları için verilmiş

⁵⁷ European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Guide on Article 6: Right to a fair trial (civil limb)*, 2013, ECHR, Strasbourg, s. 5-12., *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Guide on Article 6: Right to a fair trial (criminal limb)*, ECHR, 2024, Strasbourg, s. 5-9.

⁵⁸ CAS ve ICAS'ın yapısı, CAS hakemlerinin seçimi ICAS'ın kontrolü elinde tutması, oransız ve adil olmayan bir etki sisteminin tespiti, aslında ileriki kararlar için bir yol açmış olması gerekmektedir. Bu konuda Mutu ve Pechstein Kararında CAS ile ilgili bağımsızlık ve tarafsızlık açısından bir tartışma yapılmıştır. CAS, Mutu ve Pechstein Kararı sonrasında bir dizi değişikliğe gitmiştir. Şu anda Mahkeme ile paralel bir durumda çalışmaktadır. Uygulamada çok sayıda spor uyuşmazlıkları, münhasır kurallar ve düzenlemeleri olan tahkimle çözülmeye çalışılır. Tahkim sonrasında da CAS bir anlamda temyiz (itiraz) makamı işlevi görmektedir. Mutu ve Pechstein Kararı ,n. 5-17.

⁵⁹ Mutu ve Pechstein Kararı, n. 5-25.

⁶⁰ Ali Rıza Kararı, n. 194 -196. Ali Rıza ve Serkan Akal için verilen ihlal kararı bir pilot karardır. Mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili çok sayıda ihlalde atıf yapılmıştır. Naki ve Amedspor Kararında n. 25, NAKI AND AMED SPORTIF FAALİYETLER KULÜBÜ DERNEĞİ v. TURKEY -

kararlarda bu ölçüte atıfta bulunulmuştur. Kararda, Tahkim Kurulu'nun bağımsız ve tarafsız olmaması, dış baskılara karşı üyelerinin korumaması ile ilgili bir garantinin bulunmamasından dolayı 6. maddenin 1 numaralı fıkrasının ihlal kararı vermiştir.

AIHM, Ali Rıza ve diğerlerinde Mutu ve Pechstein Kararına atıf yaparak disiplin ve tahkimin özel yargılama türü olması, spor uyuşmazlıklarının özel bir alan olması 6. maddenin 1 numaralı fıkrasından yararlanılmaması anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.⁶¹ Çünkü bazı disiplin ceza çeşitleri, yaptırımları, tahkim kurulunun kararları çok büyük, yaşamsal etki gösterir.⁶²

AIHM'nin tahkim konusundaki ölçütü; tahkim şartının zoraki ya da ihtiyari yapılp yapılmadığıdır.⁶³ Ancak Mutu ve Pechstein Kararı'nda bu konu yerel mahkemenin yaklaşımının ötesine geçilmemiştir. Dolayısıyla da AIHM kendi özerk tespitlerini yapmamıştır. Yerel mahkemenin değerlendirmesi çerçeve olmuştur.

AIHM'e göre zoraki bir tahkim anlaşması varsa 6. maddenin sağladığı hukuki koruma mutlaka tahkim sürecinde gözetilmesi gerekmektedir.⁶⁴ Ancak Mutu ve Pechstein Kararı'nda sporcu tarafından tahkim yargılamasına onay vermenin zorunlu olup olmadığı ; *“özgür iradeyle”, “hukuka uygun”, “açık bir şekilde, tartışmasız”* kabul edip etmediğinin irdelenmemiştir.

AIHM, tahkim kurullarının oluşumunu, çalışma usulünü, tahkim şartını mahkemeye erişim hakkı içinde değerlendirmektedir.⁶⁵ Mutu ve

[Turkish Translation] by the Turkish Ministry of Justice (coe.int)., Eksioğlu ve Mosturoğlu, n. 39-41 EKŞİOĞLU AND MOSTUROĞLU v. TURKEY - [Turkish Translation] by the Turkish Ministry of Justice (coe.int) İbrahim Tokmak, n. 2-21.

⁶¹ Ali Rıza Kararı, n.180-181., Eksioğlu ve Mosturoğlu Kararı, n. 39.

⁶² Mesela bir atletin para kazanamaması, yarışmalara katılamaması profesyonel yaşamı için oldukça büyük ve ciddi bir etkidir

⁶³ Mutu ve Pechstein Kararı paragraf 42'de bu konu tartışılmıştır.

⁶⁴ Nathalie Voser ve Benjamin Gottlieb, “How the European Court for Human Rights Interferes in (Sports) Arbitration”, 2018, *Kluwer Arbitration Blog*.

⁶⁵ Ali Rıza Kararı, n. 173.

Pechstein Kararı sonrası zoraki tahkim şartı konulan sözleşmelerden kaynaklı hak ihlali iddialarında tartışılmaya başlanmasıyla 6. maddenin 1 numaralı fıkrası önem kazanmıştır. ⁶⁶ AİHM, aynı içtihadını Ali Rıza ve Diğerleri Kararı'nda da sürdürmüştür. Yani zorunlu tahkim uygulaması söz konusu ise 6. maddenin 1 numaralı fıkrası güvencesinin sağlanması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁷

Ulusal mevzuatlarda spor federasyonlarının yapı olarak bağımsız bir disiplin sistemleri olduğu öngörülmektedir. Bu yapılarda da uyuşmazlık çözümü, disiplin süreci ve karar verme süreci gibi durumlarda yargılama yapan ve itiraz makamı vardır. Bir anlamda spor federasyonları ve örgütleri verilen kararların görüleceği, inceleneceği, itiraz edileceği iki dereceli bir yargılama yapısı barındırır. Bu durumda da adı mahkeme olmasa da kanunla kurulmuş ve iki dereceli yargılama yapan bir disiplin sistemi öngörülmektedir.⁶⁸ Spor yargılaması yapan makamlar için görünüşte de olsa yapılanma olarak bağımsız bir disiplin süreci ve iki aşamalı bir disiplin işleyişi öngörülmüştür. Ancak bu düşünüldüğünden kolay değildir.⁶⁹ Çünkü düzenlemeler olsa da, hak ihlalleri yaşanmakta ve bu iddialar bir şekilde daha farklı makamlarda iddia edilmektedirler. Şunu da gözden kaçırmamak gerekir ki, bağımsızlık ve tarafsızlığın olmadığı iddia edilen spor disiplin kurulları ve tahkim salt spor yargılamalarına özgü bir sorun değildir. Bu devlet mahkemelerinde ya da bağımsız ve tarafsızmış gibi kurulan tahkim

⁶⁶ Tsubasa Shinohara, s.233.

⁶⁷ Ali Rıza Kararı, n. 174.

⁶⁸ UEFA, disiplin sürecinin bağımsız olmasına oldukça önem verir. Buna Disiplin Tüzüğü'nde de yer vermiştir. Avrupa Konseyi de anti doping gibi önemli bir konuda T-DO/Rec (2017) 01 numaralı bir tavsiye yayınlamıştır. Bu düzenleme ülkelerin doping ile ilgili yargılamalarda ulusal spor federasyonlarından bağımsız bir bağımsız ve tarafsız yargılama yapılmasını ister. Council of Europe, *T-DO/Rec (2017) 01 Recommendation on ensuring the independence of hearing panels (bodies) and promoting fair trial in anti-doping cases*, Council of Europe, Strasbourg, 2017, s.1-5. TFF (Türkiye Futbol Federasyonu) ikili bir disiplin süreci yapısına sahiptir. TFF; çift yapılı, ilk derece hukuk kurulları ve itiraz makamı olarak Tahkim Kurulu şeklinde bir yapılanmayı öngörmüştür.

⁶⁹ "justice must not only be done, it must also be seen to be done"

heyetlerinde de bir sorun olarak ortaya çıkar. Hatta uluslararası kuruluşlarda da bir sorun olabilmektedir.⁷⁰

Disiplin süreçlerinde 6. maddenin 2 numaralı fıkrası veya 6. maddenin 3 numaralı fıkrasının uygulanıp uygulanmayacağı mevzuu da Engel ve Diğerleri Kararı'ndaki ölçüte göre yapılması gerektiğidir. AİHM'nin ölçütleri şu şekildedir; yaptırımın ulusal hukukta ceza olarak tanımlanması, cezanın derecesi, getireceği risk ve kişinin yaşayacağı tehliktir.⁷¹ İlk ölçüt; AİHS'ne göre yaptırımın ulusal hukukta bir ceza olarak tanımlanıp tanımlanmadığıdır. İkinci ve üçüncü ölçüt, 6. maddeyi uygulamak için alternatif ve kümülatif anlamda gerekli olmamakla birlikte bazı durumlarda önemlidir.⁷² Bu durumda da 6. maddenin 2 numaralı fıkrası ve 6. maddenin 3 numaralı fıkrası disiplin süreçlerinde uygulanabilmektedir.⁷³ Örnek olarak anti doping yaklaşımından dolayı bir atletin profesyonel hayatı tehlikeye giriyorsa, 6. maddenin 2 numaralı fıkrası ve 6. maddenin 3 numaralı fıkrasının sağladığı hukuki garantiler önem kazanır. Sivil bir yargılama dahi olsa

⁷⁰ CAS, 1984 yılında Lozan kentinde IOC tarafından üst derece çözüm yolu olarak kurulmuştur. Çoğu federasyon uyuşmazlıkları özgün kuralları ve düzenlemeleri olan tahkimle çözmeye çalışılır. Sonrasında da CAS bir anlamda temyiz (itiraz) makamı işlevi görür. CAS'nin AİHS ile uyumlu olması gerekir. CAS şu anda AİHM ile paralel bir durumda çalışmaktadır. CAS'nın kuruluşundan beri bağımsızlık, tarafsızlık, şeffaflıkla ilgili çok tartışma konusu olmuştur. CAS ve Olimpik Komite arasında bağ da bir başka tartışma konusudur. Giulio Palermo (Archipel) / Anna Sokolovskaya, "Independence of CAS vis-à-vis its Funders and Repeat Users of its Services", *Kluwer Arbitration Blog*.

⁷¹ Engel and Others v. Hollanda Kararı, n. 82-83.

⁷² Engel and Others v. Hollanda Kararı, n. 82-83, Burak Gemalmaz, "TFF Tahkim Kurulunun Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye Kararı", *Lexpera Blog*, Güncellenme Tarihi 3 Şubat 2020.

⁷³ Çünkü bazı disiplin cezası çeşitlerinin ve yaptırımlarının sporcu üzerinde olumsuz etkisi vardır. Mesela bir atletin para kazanamaması, yarışmalara katılamaması profesyonel yaşamı için oldukça büyük ve ciddi bir sonuçtur. Lutz v. Almanya Kararı, n. 55. Öztürk v. Almanya, n. 54.

disiplin ve tahkim süreçlerinin cezai yönü asla dışlanmaması gerekmektedir.⁷⁴

AIHM'nin yaklaşımına göre tahkim kararı ve disiplin yaptırımı madeni hak ve yükümlülüklerle eşdeğerse 6. maddenin 2 ve 3 numaralı fıkralarının uygulanmasına gerek olmadığı yönünde bir yaklaşım sergilemektedir. AIHM, her ölçütün ayrı ayrı değerlendirildiği ve cezai bir süreç hakkında tam bir netlik sağlayamıyorsa üçünün birlikte değerlendirilmesi yapılması gerektiğini belirtmektedir.⁷⁵ Tahkim süreçlerinde de eğer dolaylı dahi olsa bir yaptırım varsa 6. maddenin 2 ve 3 numaralı fıkralarının uygulanması gerekmektedir.⁷⁶

Aleni yargılanma hakkı demokratik toplumlarda oldukça önemlidir. Sadece devlet organları değil; disiplin ve tahkim kurulları da bu hakka saygı göstermelidir.⁷⁷ Yargılamada taraflar dinlenmeli, etkin ve adil bir yargılama yapılmalıdır. Taraflar dökümanlara, iddialara eşit bir biçimde ulaşmalıdır.⁷⁸ İlk ve üst derece mahkemelere nasıl güven sağlanması gerekirse spor faaliyetlerinin yönetiminde de disiplin kurulları ve tahkim kurullarına da güven duygusu sağlanmalıdır. Spor disiplin süreçlerinde açık yargılama her ne kadar özel bir yargılama türü

⁷⁴ CAS sisteminde AIHS'nin cezai garantileri hala tartışılabilir bir boyuttadır. Bazı spor eleştirmenleri, 6. maddenin 2 ve 3 numaralı fıkralarının da uygulanabilirliğini savunurken; bazıları da bunu sadece dar anlamda ceza hukukuna ilişkin olarak düşünmektedirler. Ayrıca bakınız Mosturoğlu ve Eksioğlu Kararı, n. 31-33.

⁷⁵ Mosturoğlu ve Eksioğlu Kararı, n.31-33.

⁷⁶ Aslında AIHM'de spor disiplin ve anti doping süreçleri 6. Maddenin 2 ve 3 numaralı fıkralarını da kapsamı gerekmektedir. Çünkü anti doping süreci, bir atletin mesleki alanı ve geleceğiyle ilgilidir. Mosturoğlu ve Eksioğlu Kararı, n. 31-33.

⁷⁷ Airey v. İrlanda Kararı, n. 24. Stanev v. Bulgaristan n. 231.

⁷⁸ WADC (Anti Doping Yasası- World Anti-doping Code) da adil duruşma ve açık duruşma hakkını korumaktadır. World Anti Doping Agency, *World Anti-doping Code 2021 (madde 8.1.)*, s.61-62.

olmasından dolayı tercih edilmese de Mahkeme, Pechstein Kararı'nda bu konuda net bir karar vermiştir.⁷⁹

Yargılama ile ilgili 6. maddenin 1 numaralı fıkrası bağlamında Pechstein Kararı'yla CAS'ın tahkim sürecinde açık yargılama konusunda değişiklik yapmasına sebep olmuştur.⁸⁰ Çünkü Pechstein, profesyonel yaşamını sürdürülebilmek için hem zoraki tahkimi kabul etmek zorunda kalmış, hem de açıkça talep ettiği halde hiçbir aşamada yargılamaya katılamamıştır. Mahkeme "zoraki" tahkim şartını kabul etmek zorunda kalmış sporcular için 6. maddenin 1 numaralı fıkrası uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁸¹ Ayrıca zoraki tahkim şartını kabul etmiş bir sporcunun tahkim yargılamasında açık duruşma talebinde bulunması ve talebi kabul edilmemesinden dolayı ihlal kararı verilmiştir. Mahkeme, aleni duruşmanın yapılması ve duruşmaya katılmanın gerekliliğine vurgu yapmıştır.⁸² Aleni duruşma hakkı sadece mahkemeleri değil etik ya da disiplin sebebiyle oluşturulmuş yargılama yetkisi olan özerk yapılarda da tanınmaktadır.⁸³ AİHS'nin 6. Maddesinin 1 numaralı fıkrasının özü ve ruhu bireyleri aleni duruşmadan alıkoyamaz. Çünkü tahkim anlaşması, "zorunlu" olduğu için Pechstein'in duruşmaya katılma ve aleni duruşma talepleri haklıdır. Hakkında çok sayıda uzman görüşü bulunan başvuru, aleni yargılama ve açık duruşmada bilme ve görme hakkına sahiptir. Başvuru, doping suçlamasıyla ceza alarak profesyonel yaşamı ve ekonomik durumu tehlike altındadır. Federal Mahkeme de aleni

⁷⁹ Pechstein CAS'nden duruşmaya katılmayı, aleni yargılanmayı talep ettiği halde duruşmaya alınmamıştır. Bu karar üzerine CAS, 1 Ocak 2019'da yeni bir düzenleme yapmıştır. Bu düzenlemeye göre duruşmalar, taraflar aksini kararlaştırmadıkça kamera ile kayıt altına alınacaktır. Ayrıca bu düzenlemeye duruşma disiplini sürecine ilişkin ise; talebi de varsa duruşmaya katılabileceği eklenmiştir. CAS bu karar sonrasında çok sayıda değişiklik yapmıştır. Ancak Bakanlar Kurulu Komitesi, CAS'taki yeni değişiklikte, birçok alanın net ve tutarlı olmadığını belirtmiştir.

⁸⁰ Aleni duruşma ve duruşmaya katılım hakkının sadece disiplin süreci ile sınırlı olması; bir eksiklik olduğunu düşündürmektedir.

⁸¹ Mutu ve Pechstein Kararı, n.181.

⁸² Mutu ve Pechstein Kararı, n. 23 ve n. 178.

⁸³ Mutu ve Pechstein Kararı, n.179.

yargılanma ve duruşmaya katılım hakkını “*obiter dictum*” olarak belirtmiştir.⁸⁴

AIHS 6. maddenin diğer fıkralarına girmeden önce son dönemde tahkim yargılamalarında ortaya çıkan ve ülkemizi de ilgilendiren ikinci konu da 6. Maddenin 1 numaralı fıkrası ile beraber ortaya çıkan 10. madde (*ifade özgürlüğü*) ihlali durumudur. AİHM’nin İbrahim Tokmak, Deniz Naki, Serkan Akal kararlarında bağımsız ve tarafsız olmayan bir tahkim yargılama süreci sonucu başvuru sahiplerinin ifade özgürlüklerinin de ihlal edildiğine karar verilmiştir. Özellikle ülkemiz için çıkan kararlarda tahkim kurulunun yapısı ve oluşum şekli baştan sorunlu bulunmaktadır. Bundan dolayı Tahkim Kurulu’nun verdiği kararlarda; gerekçelendirme, demokratik toplum için gereklilik, yeterlilik gibi ölçütler konusunda 10. maddeyle ilgili ihlal kararları çıkmaktadır.⁸⁵ Tarafsız ve bağımsız olmayan yargılama ile 6. maddenin 1 numaralı fıkrası ile ilgili ihlal kararı verilen Türk Spor Tahkim yapısı ifade özgürlüğü ile de ilgili gereken ölçütleri gözetememiştir.

Özel yaşama saygı hakkının (8. madde) ihlali kararı; tarafsız ve bağımsız olmayan yargılama makamıyla ilgili bir sonuçtur. Türkiye Cumhuriyeti hukuk tarihindeki olağanüstü yargılama dönemlerine ait 2011 Türk Futbolu Şike Davası adıyla geçen süreçte özel yaşama saygı hakkının (8. madde) ihlaliyle ilgili kararlar olmuştur. AİHM’ne başvuru yapan Mosturoğlu ve Ekşioğlu hakkında verilen karar, hem ülkemizdeki olağanüstü yargılama dönemlerine ışık tutmuş hem de devam eden yapısal sorunlara da ışık tutmuştur. Fenerbahçe Spor Kulübü başkanı Aziz Yıldırım’ın ve diğer Fenerbahçe Kulübü yöneticilerinin yargılandığı davada Fenerbahçe Spor Kulübü yöneticisi olan İlhan Ekşioğlu ve Şekip Mosturoğlu hakkında TFF (Türkiye Futbol Federasyonu) nezdinde disiplin soruşturmaları yürütülmüştür. Disiplin soruşturmaları o dönemde henüz karara bağlanmayan ceza davasında kullanılan konuşma kayıtlarına dayanılarak açılmış ve karar verilmiştir. Mosturoğlu ve Ekşioğlu kesinleşen tahkim kararı sonrası, AİHM’ne

⁸⁴ Mutu ve Pechstein Kararı, n.182.

⁸⁵ Naki Kararı, n. 30-36., Tokmak Kararı, n. 34-36., Sedat Doğan Kararı, n. 34-40.

bireysel başvuru yapmışlardır. Yapılan başvuruda mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin 6. maddenin 1 numaralı fıkrası ve “*masumiyet karinesi*” gereği 6. maddenin 2 numaralı fıkrası “*suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar herkesin masum sayılması*” açısından incelenmiştir. İki fıkra da AİHS’nin 35. maddesini karşıladığı için kabul edilebilir bulunmuşlardır. AİHM, ceza yargılaması ile disiplin yargılaması arasında kuvvetli bir bağ olması nedeniyle başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.⁸⁶ Bu başvuruda bir diğer konu ise özel yaşama saygı hakkının ihlalidir. Disiplin soruşturmasına konu olan telefon kayıtlarının dinlenmesinin kanuni dayanağı olmamasından dolayı 8. maddenin 2 numaralı fıkrasının ihlali kararı verilmiştir. Bu ihlal kararı kanunda düzenlenmediği halde telefon kayıtlarına ya da kanunda düzenlenmediği halde elde edilen delillerden yapılan yargılamalar için de oldukça önemli bir ihlal kararıdır.⁸⁷

AİHS 6. maddenin 1 numaralı fıkrası diğer konusu ise, makul sürede dava hakkında bilgi sahibi olmaktır. Makul sürede dava hakkında bilgi sahibi olunamaması durumunda AİHM’ne göre 6. maddenin 1 numaralı fıkrası açısından adaletin eksik yönetimi güvenilirlik ve etkinlik açısından sorun teşkil edecektir. Yargısal sürecin uzunluğu ya da aşırı kısalığı da makul süre açısından irdelenmelidir.⁸⁸

⁸⁶ AİHM, 6. maddenin 1 numaralı fıkrasından ihlal kararı verdiği için 6. maddenin 2 numaralı fıkrasından dolayı Tahkim Kurulu önündeki yargılamaların adilliğine ilişkin şikâyetlerin ve masumiyet karinesine saygı gösterilmesi hakkının ayrıca incelenmesine gerek olmadığını belirtmiştir. Sivil bir yargılama dahi olsa disiplin ve tahkim süreçlerinin cezai yönü asla dışlanmaması gerekmektedir. Mosturoğlu ve Ekşioğlu n. 31-33.

⁸⁷ Strasbourg Observers, “EKŞİOĞLU AND MOSTUROĞLU V TURKEY OR “THE FENERBAHÇE CASE: PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE DISCIPLINARY PROCEEDINGS OF SPORTS GOVERNING BODIES”, *Strasbourg Observers*, 2021.

⁸⁸ Özellikle de Anti-Doping gibi bir konuda atlet; bunu ayrıntılı olarak görgü tanıkları, bulgu, bilirkişi gibi çok sayıda delillerle savunma yapmak isteyebilir. Ayrıca atlet geçici olarak mesleğini ifa konusunda bir yaptırıma maruz kalmışsa, sürecin makul sürede sonuçlanması gerekmektedir

AİHS 'nin 6. maddesinin 2 numaralı fıkrası açısından CAS, masumiyet karinesini anti doping mücadelesi için adil yargılanma hakkını dar tutmaya çalışmıştır. Sebebi ise oluşabilecek hukuki boşluk ile doping kullanımının yaygınlaşacağı endişesidir. Mahkeme de Mutu Pechstein Kararı'nda CAS'ın anti doping ve disiplin sürecinin medeni hak ve yükümlülöklere sokmuştur.⁸⁹ Böylece suç isnadı ve masumiyet karinesine girmeyerek CAS'ın elini diğör başvurularda da güçlendirmiştir.

AİHS'nin 6. maddesinin 2 ve 3 numaralı fıkralarının aynı zamanda Sözleşmenin 7. maddesini de ilgilendirmektedir.⁹⁰ *"Nullum poena sine lege"* kuralı gereğı *"kanunsuz suç ve ceza olmaz"* ilkesi gereğı ve *"nullum crimen sine lege"* *"kanun yoksa suç da yoktur"* ilkesi ve bazı durumda da aynı fiilden dolayı hem disiplin hem de ayrıca tahkim süreci varsa varsa *"ne bis in idem"* *"aynı suçtan iki kez yargılama olmaz"* ilkeleri gereğı 7. madde açısından da irdeleme yapmak gerekir.⁹¹

⁸⁹ Duval, "Lost in Translation", s. 133.

⁹⁰ Kanunsuz ceza olmaz, Madde 7.1. Hiç kimse, işlendiğı zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmıyan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiğı sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. 2. Bu madde, işlendiğı zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.

⁹¹ 6. maddenin 1 numaralı ve 3 numaralı fıkrası birlikte değerlendirildiğinde tercüman desteğı olmadan sürecin işlemesine ilişkin itirazlarda hak ihlali olmadığı görüşündedir. Duval, s.147-148.

Madde 6/3 cezai süreçte adli yardımı ile ilgili bir düzenlemedir. Mahkeme, ilgili kararında madde 6/1'i ilgilendiren bazı davalarda bile eğer adli yardım mahkemeye erişim ile ilgili ise ve davayı etkiliyorsa mutlaka bu hizmetin sunulması gerektiğini belirtmiştir. Bu durumda başvurucuya adli yardım imkânı da sağlanmalıdır. ICAS bu konuda bir fon oluşturmıştır. Ancak burada da çeşitli sorunlar mevcuttur. Bu hak sadece gerçek kişilere verilmektedir. Ayrıca adli yardım talebinin yasal bir dayanağının olması gerekmektedir. Yani ortada bir dava, savunma, temyiz durumu olması gerekmektedir. CAS, "Guidelines on Legal Aid before the Court of Arbitration for Sport (in force as from 1 September 2013; amended on 1 January 2019)". Ayrıca bakınız Airey v.İrlanda Kararı, n. 26.

II. Türkiye Cumhuriyeti'nde İnsan Hakları Eksenli Spor Adaleti

Ömer Kerim, Ali Rıza ve Serkan Akal'ın yaptıkları başvurular sonrası AİHM 28 Ocak 2020 tarihli kararlar, ülkemizdeki spor adaleti ile ilgili önemli bir konunun altını çizmiştir. Bu aslında Mutu ve Pechstein v. İsviçre Kararı'nın bir devamı niteliğindedir. Ülkemizdeki spor uyuşmazlıklarının çözümü konusunda özellikle de adil yargılanma konusunda görüş bildirmiştir. TFF, 6. madde kapsamında bağımsız ve tarafsız bir yapı olmadığına hükmetmiştir. Bunun yanı sıra Mahkeme, Türkiye'ye bu konuda gereken düzenlemeleri yapması için çağrıda bulunmuştur. Mahkeme tarafından AİHS'nin 6. Maddesinin 1 numaralı fıkrasının ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Dahası TFF'nin yürütme organı olan Yönetim Kurulu'nun oluşumunun, Tahkim Kurulu'nun yapılandırılması ve işleyişindeki etkisi vurgulanmıştır. Bu da, Tahkim Kurulu üyelerini bağımsız ve tarafsız olmak konusunda zor duruma düşürdüğünü belirtmiştir. AİHS'nin 6. Maddesinin ve diğer ilgili maddelerin davalarda nasıl uygulandığını önceki bölümlerde aktarmıştık.

AİHM, Serkan Akal ve Ali Rıza başvurusunu ise AİHS'nin 6. madde kapsamında medeni hak boyutunda ele almıştır. Serkan Akal, Merkez Hakem Kurulu tarafından üst seviyede yardımcı hakem sınıfından çıkarılıp, sınıf düşmesi sonucu mesleki kariyeri açısından başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, bu başvuruyu adil yargılanma açısından incelemiştir. Ömer Kerim ve Ali Rıza ise bir spor kulübü ile yaşadığı uyuşmazlıktan dolayı sözleşmesini feshetmiştir. Mahkeme, AİHS 'nin 35. maddesine göre adil yargılanma hakkı açısından uygulanabilir bulmuştur. Sonrasında da Mutu ve Pechstein Kararına atıfta bulunarak sözleşmenin mali tedbirler içermesinden dolayı 6. maddenin medeni hukuk boyutuna girdiğine hükmetmiştir.

Ardından İbrahim Tokmak, Deniz Naki, Sedat Doğan ile ilgili hem tahkim kurullarının bağımsızlığı ve tarafsızlığından dolayı 6.maddesinin 1 numaralı fıkrasından ihlalle birlikte tarafı ve bağımsız olmayan bir yargılama ile demokratik toplum gereklerinden uzak, gerekli ve orantılı olduğunu ispat edemeyen kararlardan dolayı ifade özgürlüğü ihlali kararı verilmiştir.

Yine Ekşioğlu ve Mosturoğlu v. Türkiye kararı da bir diğer önemli karardır. Bu kararda disiplin ve tahkim süreçleriyle ilgili olarak AİHS'nin 6. maddesinin 1 numaralı fıkrası ve 8. maddenin 2 numaralı fıkrasının ihlal edildiği kararı çıkmıştır. Spor yargılaması ile ilgili 6. Maddenin 2 numaralı fıkrasıyla ilgili kabul edilebilirlik kararı ve 8. Maddenin 2 numaralı fıkrasının ihlali tespiti ne yazık ki *Türk Spor Adaleti*'ndeki eksikliklerle ilgili bir başka problemidir.

Mutu ve Pechstein Kararı sonrası Türkiye'deki spor hukuku uygulamaları konusunda üç belirgin özellik çıkmaktadır. Özel bir alan olan *Lex Sportiva* yargılamaları bağımsız ve tarafsız değildir. Ekonomik ve politik etkilere oldukça açıktır. Bağımsız ve tarafsız olmayan *Lex Sportiva* yargılaması ifade özgürlüğü ve özel yaşama saygı hakkına da saygı duymamakta ve ihlal etmektedir. Bu üç ihlal kümelenmesinden önce Türkiye'deki *Lex Sportiva* uygulamalarındaki eksiklikler nelerdir sorusu sorulması gerekmektedir. Sorunun yanıtlarına göre de Türkiye'nin bugüne kadar neler yaptığını tespit edip ve nelerin Türkiye'de eksik olduğu belirlenebilir. Türkiye'deki *Lex Sportiva* uygulamalarındaki eksiklikleri 22 Nisan 2022 tarihine kadar şu şekilde sıralamak mümkündür⁹²:

- Spor yönetimi ve spor yargısında güçler ayrılığı yoktur.⁹³ Yapısal sorunlar yüzünden spor faaliyetlerinin yönetimi, disiplin süreci ve tahkim kurulu ekonomik ve politik etkilere çok açıktır. Spor faaliyetlerinin yönetimi, disiplin yargılaması ve tahkim ki finansal ve politik dalgalanmalardan etkilenmektedir.

- Spor kulüpleri ve federasyonlarının yönetimi ve disiplin sürecine ilişkin uyumsuzlukların çözüm yolunda tahkim zorunludur. Zorunlu tahkim yolu sonrası yargısal denetim sağlanmamaktadır.

- Avrupa Konseyi üyesi ve AİHS'nin imzacısı bir devletin sınırları içinde olmasına rağmen Türkiye'deki spor faaliyetlerinin yönetimi ve spor adaleti insan hakları güvencesinden yoksundur. Dolayısıyla şeffaf, iyi yönetim, hesap verebilirlik yoktur. Bu durum

⁹² 22.04.2022 tarihinde kanun değişikliği yapılmıştır.

⁹³ Ali Rıza Kararı, n. 202-210 ve n. 43-44.

spor faaliyetlerinin yönetiminden en aşama tahkime kadar devam etmektedir.

- Başta bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı, masumiyet karinesinin ihlalinin yansıra bağımsız ve tarafsız olmayan bir yargılamadan dolayı ifade özgürlüğü ve özel yaşama saygı hakları ihlal edilmektedir.

- Spor hukukuyla ilgili uyuşmazlıklarda hala net bir sınır çizilememektedir. Hangi uyuşmazlıkların tahkim sürecinde değerlendirilmesi gerektiği, hangilerinin özel hukuk uyuşmazlığı şeklinde tespit edilip dava yoluna gidilmesine ilişkin netlik, belirsizlik yoktur.

Ali Rıza ve Sedat Doğan ile ilgili ihlal kararı sonrası verilen İbrahim Tokmak, Serkan Akal, Deniz Naki, İlhan Ekşioğlu ve Şekip Mosturoğlu gibi başvuruçular için verilen ihlal kararları için Avrupa Konseyi takip etmeye başlamıştır. Avrupa Konseyi'nin icra kurulu olan Bakanlar Komitesi'nce bu ihlal kararlarıyla ilgili uygulama, yeniden yapılanma sürecinde Türkiye Cumhuriyeti ile sürekli iletişim halinde olmuştur.

Söz konusu ihlal kararları sonrasında Türkiye Cumhuriyeti neler yapmıştır sorusu akla gelmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Konseyi üyesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi imzacısı olup AİHS 1. maddedeki taahhütlere karşılıksız uymakla yükümlüdür.⁹⁴ Kaldı ki Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. Maddenin 5 numaralı fıkrası da AİHS'nin 1. maddenin bir iç hukuk yansımasıdır.⁹⁵

⁹⁴ Madde 1: “İnsan haklarına saygı yükümlülüğü Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.”

⁹⁵ Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma Madde 90 – “Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine

AİHM kararlarının icrası ise bir başka sorunlu alandır. İhlal kararları sonrası Avrupa Konseyi'nin icra organı olan Bakanlar Kurulu Komitesi, bu süreci takip etmektedir. Türkiye Cumhuriyeti, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Komitesi'nde topluca takip edilen bu süreçte neler yapmıştır?

Bütün başvurular, tarafsız ve bağımsız mahkemeye erişim hakkının ihlali üzerinde toplanmıştır. Adil yargılanma hakkından önce, iyi yönetim ilkesi gereği spor faaliyetlerinin yönetiminden itibaren demokratik, hesap verebilir, şeffaf olması gerekmektedir. Kaldı ki disiplin ve tahkim yargılamalarında adil yargılanma hakkı tesis edilebilir.

TFF Hakem Heyeti'nin oluşumunda ve işleyişindeki yapısal sorunların yanı sıra tüm yetki ve güç Yönetim Kurulu'ndadır. Bu da hakem heyeti üyelerini dış baskılardan koruyamaz hale getirmektedir. Ayrıca hakem heyetindeki üyelerin yeminsiz göreve başlamaları, federasyon içindeki karmaşık ilişkilerden dolayı bağımsızlık ve tarafsızlık sorunu olduğu açıktır.

AİHM, hakem heyetinin, yönetim kurulunun ve kulüplerin yapısından dolayı, sporcuların faaliyetlere katılmalarının engellendiğini belirtmektedir. Bu da “iyi yönetim” ilkesi için oldukça önemli bir engeldir. Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Konseyi üyesidir. Taraf olduğu ve uymakla yükümlü olduğu AİHS ve AİHM kararlarına uymak

sunulur. Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkra göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz. Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” Türkiye Cumhuriyeti Anayasası.

zorundadır. Futbol kulüpleri, Türkiye Futbol Federasyonu, özerk yapıda olsa bile AİHS'nin yetki alanı içinde olduğu için muaf tutulmaları mümkün değildir. Bu durumda da iyi yönetim ilkesi hayata geçirilmesi gerekmektedir. Türkiye Cumhuriyeti bireysel olarak tazminatları ödemek, başvuru olduğu takdirde yeniden yargılama yaparak AİHM'ne uygun karar vermek gibi gereken tedbirleri almıştır. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti, 6. madde adil yargılanma hakkına istinaden mevzuat değişikliğine gidilmiştir. Oldukça yeni olan mevzuat değişikliğinin sonuçları ileride görülecektir. Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda 22.05.02022 tarihinde değişiklik yapılmıştır.⁹⁶ AİHM kararları doğrultusunda yapılan değişikliklerle ilk derece hukuk kurullarına ve Tahkim Kuruluna yeni düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelerle, ilk derece kurullarına yapılan itiraz süresi, görev süresi, yapılması, görev usul ve esaslarının talimat ve yönetmeliklere bağlanması gibi değişiklikler yapılmıştır. Dahası ilk derece hukuk kurullarına bağımsızlık ve tarafsızlık vurgusu, görevleri boyunca her tür finansal ve politik etkiden uzak kalmaları için çalışamayacakları alanlar dahi düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra kurullarda göreve başlama usulü ve görev yapma usulü belirlenmiştir. Ayrıca adil yargılanma hakkına uygun adil ve tarafsız, tarafların eşitliği ve hukuki dinlenilme esaslarına göre yargılama yapılacağı düzenlenmiştir⁹⁷.

Tahkim Kurulu ile ilgili düzenlemede ise Kurul'un bağımsız ve tarafsız bir kurul olduğu belirtilmiş ve nihai karar organı olduğu belirtilmiştir. Kurul üyelerinin seçim usulü ve göreve nasıl başlayacakları, yemin etme, göreve başlama konusunda bir engellerinin olmadığına dair belli bir süre içinde yazılı beyanda bulunma kuralı getirilmiştir. Tahkim Kurullarının seçilme istifa ve çekilme konusu düzenlenmiştir. Kurullar için bağımsızlık ve tarafsızlık vurgusu yapılmıştır. Tahkim Kuruluna başvuru süresi şeklen ve süre olarak

⁹⁶ 22.05.2022 Tarihli. 7405 sayılı Kanun ile Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5. Ve 6. Maddesinde yapılan değişiklikler (Kanun Numarası: 5894 Kabul Tarihi: 5/5/2009 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 16/5/2009 Sayı: 27230 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 48).

⁹⁷ "TÜRKİYE FUTBOL FEDERASYONU KURULUŞ VE GÖREVLERİ HAKKINDA KANUN", MADDE 5.

düzenlenmiştir. Tahkim Kuruluna hangi konuda başvuru yapılacağı netleşmiş, belirlenmiştir. Tahkim Kurulunun hangi kararlarına karşı yargı denetimi yapılacağı belirtilmiştir. TFF'nin yetkili organları ile kurullarının futbol faaliyetlerinin yönetimi ve disiplinine ilişkin düzenlemeleri ve kararlarına karşı başvurularda nihai makam olduğu belirtilmiştir. Bu konulara ilişkin kararlar kesindir. Tahkim Kurulu üyelerine, görevleri süresince bağımsız ve tarafsız kalabilmeleri için, TFF'nin başka kurumlarında ya da TFF kurullarındaki kişilerin doğrudan bağlantılı olduğu özel hukuk tüzel kişilerinde dahi görev alamayacakları belirtilmiştir. Bu kurulun görevi de talimat ve yönetmelikle çerçevelenmiştir.⁹⁸

Hükûmet bunun dışında gerek disiplin gerekse tahkim aşamasında artık oldukça dikkatli davranıldığını gerek 6. madde gerekse 10. madde ve 8. maddeye ilişkin titiz bir yaklaşım içinde olduğu vurgulamıştır.⁹⁹ Bu durumda Türkiye Cumhuriyeti, gerek ihlal kararlarıyla ilgili bireysel tedbirler gerekse genel tedbirler almışlardır. Özellikle bu açıdan mevzuat düzenlemesi oldukça önemlidir.

Türkiye Cumhuriyeti, Ali Rıza ve Serkan Akal'ın başvurularının topluca görüldüğü dosya ve diğer ihlal kararı verilen dosyalardan sonra spor adaletinde özellikle AİHS 6. madde konusunda ciddi adımlar atmıştır. Mevzuatın 2022 yılında değiştirilerek en azından 6. madde konusundaki ihlallerin azalacağını öngörebiliriz. Ancak Türk Adalet'inin bir yansıması olan İfade Özgürlüğü ve Özel Yaşama Saygı Hakkı gibi konulardaki eksikliklerin giderilmesi gerekmektedir. Spor Adaleti içerisinde yapılanların yansırı nelerin yapılması gerektiğini şu şekilde sıralamak mümkün olabilir.

⁹⁸ "TÜRKİYE FUTBOL FEDERASYONU KURULUŞ VE GÖREVLERİ HAKKINDA KANUN", Madde 6.

⁹⁹ "ACTION REPORT Ali Rıza and Others v. Türkiye (30226/10) Judgment of 28 January 2020, final on 22 June 2020 Ekşioğlu and Mosturoğlu v. Türkiye (2006/13, 10857/13) Judgment of 15 June 2021, final on 15 June 2021 İbrahim Tokmak v. Türkiye (54540/16) Judgment of 18 May 2021, final on 6 September 2021 Naki and Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği v. Türkiye (48924/16) Judgment of 18 May 2021, final on 6 September 2021 Sedat Doğan v. Türkiye (48909/14) Judgment of 18 May 2021.

Spor yönetimi ve spor yargısında güçler ayrılığı için mevzuat anlamında gerekenler yapılmış olsa da bunların etkin bir şekilde sürdürülmesi gerekmektedir. Demokratik toplum için gereklilik, oranlılık, kanunilik, tarafsızlık ve bağımsızlık spor adalet sisteminin spor hukuku ilişkisi kurulduktan itibaren sürdürebilirlik hedefi olmak zorundadır. Spor adaletinde sorun yaşanmaması için tahkim denetimi dışında kalan spor kaynaklı uyuşmazlıklar için Spor mahkemelerinin kurulması gerekmektedir. AİHS, spor faaliyetlerinin yönetiminde Sözleşme'nin yatay etkisinden dolayı uygulanmalıdır. Yaşanacak hak kayıplarının önlenmesi "*Justice delayed is justice denied*" önermesi dikkate alındığında zorunlu tahkim sonrası Anayasa mahkemesine bireysel başvuru yolu açılmalıdır.¹⁰⁰

SONUÇ

Türkiye Cumhuriyeti taraf ülke olarak AİHS ve taraf olduğumuz ek protokollere uymakla yükümlü olduğumuz halde spor uyuşmazlıklarındaki tahkim yargılamasının bağımsız ve tarafsız olmayan Tahkim Kurulu tarafından yapılması bir tesadüf müdür? Yoksa bu hak ihlali Türk Yargısının ve Türk Usulü Yönetişimin genel yapısı mıdır? Ceza davasında delil olarak sunulan telefon dinlemelerinin disiplin yargılamasında kanuni bir dayanağı olmadığı halde ceza yargılamasında delil olarak sunulmasına ilişkin özel yaşamın ihlal edilmesi yönündeki AİHM kararı ülkemizde hangi yapısal sorunlara işaret etmektedir? Bu soruları spor adaletine ilişkin insan hakları sorunları Türkiye Cumhuriyeti'nin yaşadığı politik ve ekonomik dalgalanmaların yargı dünyasına yansımalarıdır önermesiyle yanıtlamak mümkündür.

Buna rağmen hala Avrupa Konseyi'ne üye olan Türkiye Cumhuriyeti için spor adaletinde insan hakları yaklaşımını geliştirmesi

¹⁰⁰ RFC Seraing adlı Belçika ikinci ligi kulübü bir tartışma başlatmıştır. Kararda Belçika sivil mahkemeleri tahkim şartını hukuk dışı ve geçersiz kabul etmektedir. Brüksel temyiz mahkemesi futbol kulüplerinin CAS öncesi uyuşmazlıkları tahkim ile çözüm zorunluluğunun getirilmesini Belçika hukuku açısından hukuk dışı olarak görmüştür. Majdie Hajjar, "Is FIFA's forced arbitration clause invalid?," Güncellenme Tarihi: 12 Ekim 2019, *Norton Rose Fullbright*. Antoine Duval, "Seraing vs. FIFA: Why the rumours of CAS's death have been greatly exaggerated".

konusunda umutlu olmak gerekir. Sözü edilen ihlal kararları sonrası Türkiye Cumhuriyeti, ihlallerin temeli olan bağımsız ve tarafsız spor yargısı konusunda adımlar atmıştır. Bağımsız ve tarafsız olamayan her türlü ekonomik ve politik dalgalanmaya maruz kalan disiplin ve tahkim yargısından, özel yaşam saygı ve ifade özgürlüğü açısından adil karar beklemek olanaksızdır.

Kaldı ki Avrupa Konseyi için de, spor adaletinde insan hakları yaklaşımının ölçütlere bağlanması oldukça yeni bir yönelimdir.¹⁰¹ AİHM, 2018 yılında vermiş olduğu Mutu ve Pechstein Kararı'yla *lex sportiva* yargısında insan hakları konusunda asgari bir standart belirlenmesi için tartışma başlamıştır. Mutu ve Pechstein Kararı da Ali Rıza ve Serkan Akal isimli başvuruçular için verilen ihlal kararlarını tetiklemiştir. Ali Rıza ve Serkan Akal için verilen ihlal kararları da sonraki kararlar için referans niteliği kazanmıştır. Özellikle AİHS'nin 6. maddesinde kümelenen çok sayıda ihlal kararı sonrası kanun değişikliğine gidilmiştir. Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da Nisan 2022'de yapılan yasal değişiklikle ilk derece hukuk kurullarının ve tahkim kurulunun oluşumu, üye seçimi, üyelerin görev süresince yapmayacakları işler, usul açısından AİHM standartları oluşturulması sağlanmıştır. Bundan sonra ne olacağı ve Avrupa İnsan Hakları Standartının sürdürülebilirliği önümüzdeki zamanda görülecektir. Şimdilik özel yaşama saygı ve ifade özgürlüğü haklarının ihlalleri en azından bağımsız ve tarafsız bir spor yargılamasında azalacağına dair öngöründe bulunmak mümkündür. Ancak mevzuat değişikliğinin şeklen ve esasen uygulanması, sürdürülebilir olması ve denetlenebilir olması bu öngörüğü gerçek kılabilecektir.

Spor faaliyetlerinin yönetimine, spor hukuku ilişkisinin kurulması anından itibaren Avrupa İnsan Hakları Standartlarının uygulanması gerekir. Sadece 2021 yılında Avrupa Birliği ile üyelik müzakereleri dondurulmuş dahi olsa Avrupa Birliği'nde spor hukukuyla ilgili Birlik, düzenleme yapma yetkisini kullanarak Birlik

¹⁰¹ Sadece Avrupa Konseyi değil Avrupa Birliği de bu spor hukukuyla ilgili önemli adımlar atmaktadır. Bknz. Candan, "Avrupa Birliği'nin Spor Alanında Düzenleme Yapma Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları", s.237-258.

üyeleri arasında uyum ve yakınlaştırmayı hedeflemektedir. Bu sayede bu standardın Türkiye Cumhuriyet’inde *lex sportiva* yargısında usuli ve esas haklar açısından uygulanabilmesi sağlanabilir.

Şu an için Türkiye Cumhuriyeti oldukça önemli adımlar atmasına rağmen hala yapılması gerekenler not düşülmelidir. Zorunlu tahkime tabi olmayan spor uyuşmazlıkları için ihtisaslaşmış spor mahkemeleri kurulmalıdır. Bu konuda Adalet Bakanlığı nezdinde de uzman hukukçu eğitimi gereklidir.

En önemli yapılması gereken bir düzenleme ise Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında yer alan 59’uncu maddede düzenlenen spor faaliyetlerinin yönetimi ve disiplin süreci uyuşmazlıklarında zorunlu tahkim yargılaması sonucunda verilen kararın kesin niteliği değişmek zorundadır. Bu konu, ülkemizde etkin ve sürdürülebilir kılınmak istenen ulusal insan hakları içtihadı açısından da önemlidir.

Bağımsız ve tarafsız bir yargı, insan haklarına saygı ve insan haklarının korunması salt spor hukuku için değil Türkiye Cumhuriyeti hukuk sistemi için de yaşamsal bir konudur. Ülkesel bazda idarede ve yargıdaki yapısal sorunlar çözülmedikçe devletin usule ve esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerinde bitmeyen ihlallerin oluşması kaçınılmazdır.

Spor adaletinde insan haklarının egemen kılınması ve yeni ihlallerin yaşanmaması için Avrupa İnsan Hakları Standartlarının ulusal insan hakları standardı olarak kabul edilmesine bağlıdır.

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.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

EXTENDED SUMMARY

Is it a coincidence that the disciplinary and arbitration process in sports law are not independent and impartial even though as a signatory state the Republic of Türkiye is obliged to comply with the ECHR and the additional protocols that we have signed? Or are these violations of the rights the general structure of the Turkish Judiciary and “Turkish Style” Governance? What structural problems do the ECtHR judgements point to in our country?

It is possible to answer these questions with the determination or proposition that human rights problems related to sports justice are the reflection of the political and economic fluctuations tackled by the Republic of Türkiye in the judicial world.

Nevertheless, it is necessary to be hopeful for the Republic of Türkiye, which is still a member state of the Council of Europe, for developing a human rights approach in sports justice. After the decisions of violations of related rights, the Republic of Türkiye has taken steps towards an independent and impartial sports judiciary, which is the basis of the violations. It is impossible to expect fair judgements in terms of respect for private life and freedom of expression if the sports governing bodies, disciplinary bodies and arbitration committee are not independent and impartial and is subject to all kinds of economic and political fluctuations.

However, although existence of many impeding sports governing bodies, disciplinary and arbitration process across the Council of Europe zone it has been tried to settle a fairly new orientation for the human rights approach in sports justice. With the Mutu and Pechstein judgement of the ECtHR in 2018, a minimum standard on human rights in lex sportiva jurisdiction has been set. The Mutu and Pechstein judgement also triggered the judgements for the applicants named Ali Rıza and Serkan Akal. The violation judgements for Ali Rıza and Serkan Akal became a legal elaborated reference for subsequent applications as well applications brought against Türkiye.

As for Türkiye, following a large number of violation judgements clustered under Article 6 of the ECHR, therefore the law was amended. With the legal amendment made to the Law on Regarding the Establishment and Duty of Turkish Football Federation in April 2022; ECtHR standards were established in terms of the composition of the first instance judicial bodies, the

arbitration comitee of the election of the two bodies's members, the duties of the members during their term of Office and the procedure.

What will happen next for the sustainability of the European Human Rights Standard, remains to be seen. As of the new amendment, it is possible to predict that violations of the rights to respect for private life and freedom of expression will at least decrease due the existance of an independent and impartial sports bodies's judgements. However, the implementation of the legislative amendment in substantive and procedural law, its sustainability and auditability will make this prediction real.

European Human Rights Standards should be applied to the management of sports activities from the moment of the establishment of the legal relationship in sports law. In this way, it can be ensured that this standard can be applied in the Republic of Türkiye in terms of procedural and substantive rights in lex sportiva jurisdiction.

Although the Republic of Türkiye has taken important steps as of the ECHR judgments, in addition it should be noted that much remains to be done. Specialised sports courts should be established for the disputes related sports law that are not subject to mandatory arbitration. In this regard, specialised lawyers, judges, prosecutors should be trained by the Ministry of Justice.

Furthermore the most significant step is Article 59 of the Constitution of the Republic of Türkiye are to be changed because of the fact that the finality of the decision rendered as a result of compulsory arbitration proceedings in disputes regarding the issue is regulated in Article 59 of the Constitution of the Republic of Türkiye. Moreover, this issue is important in terms of the national human rights jurisprudence that is to be made effective and sustainable in our country.

An independent and impartial judiciary, respect for human rights and protection of human rights is a vital issue not only for sports law but also for the legal system of the Republic of Türkiye.

Unless the structural problems in the governing and judiciary are solved on a national basis, it is inevitable that endless violations of the state's positive obligations regarding procedural and substantive law will occur.

In order to make human rights effective in sports justice and to prevent new violations, the European Human Rights Standards must be accepted as the national human rights standard.

KISALTMALAR

AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
CAS	: Court of Arbitration for Sport
DRC	: Dispute Resolution Chamber
FAPLAC	: Football Association Premier League Appeals Committee
FIFA	: Fédération Internationale de Football Association
ICAS	: The International Council of Sport for Sport
IOC	: International Olympic Comitee
ISU	: International Skating Union
m.	: Madde
par.	: Paragraf
TFF	: Türkiye Futbol Federasyonu
UEFA	: Union of European Football Associations
v.	: Versus
WADA	: World Anti Doping Agency
WADC	: World Anti Doping Code

KAYNAKÇA

- AKANDJI-KOMBE Jean-Francois, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında pozitif yükümlülükler*, Council of Europe, 1. Baskı, Belçika, 2008.
- ARCHIPEL Giulio Palermo/ SOKOLOVSKAYA Anna, “Independence of CAS vis-à-vis its Funders and Repeat Users of its Services”, *Kluwer Arbitration Blog*, Güncellenme Tarihi: 25 Mayıs 2018, (Çevrimiçi) <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/25/independence-cas-vis-vis-funders-repeat-users-services/> , (Erişim Tarihi:18/08/2024).
- ARGASEALA Ruxandra, “(In)Applicability of Article 6 of the European Convention on Human Rights in Sports Disciplinary and Arbitration Procedures”, 25/11/2021, *Romanian Lawyers Week*, (Çevrimiçi) (In)Applicability of Article 6 of the European Convention on Human Rights in Sports Disciplinary and Arbitration Procedures | Romanian Lawyers Week (juridice.ro) (Erişim Tarihi: 28/08/2024).
- BADDALEY Margarate, “The extraordinary autonomy of sports bodies under Swiss law: lessons to be drawn”, *The International Sports Law Journal*, Aralık 2020, Volume 20, 3–17.
- CANDAN Tolga, “Briç Kart Oyunu Bir Spor Dalı mıdır? Avrupa Birliği Açısından Bir Değerlendirme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Dergisi*, Yıl 2021, Cilt: 25 Sayı: 1, 99 – 133.
- CANDAN Tolga, “Avrupa Birliği’nin Spor Alanında Düzenleme Yapma Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları”, Yıl 2018, Cilt: 9 Sayı: 2, 237 – 258.
- Centre for Sport and Human Rights MSE PLATFORM TASK, *CHAMPIONING HUMAN RIGHTS IN THE GOVERNANCE OF SPORTS BODIES*, 2018.

- CORNU Pierre/ SABRINA Robert-Cuendet /LAURENT Vidal, *Human Rights Protection in the Context of Sports Organisations' Disciplinary and Arbitration Procedures* Ağustos 2018.
- CORNU Pierre/ SABRINA Robert-Cuendet /LAURENT Vidal, *Disciplinary and arbitration procedures of the sport movement* , 2017.
- Council of Europe, *Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights* , ECHR, Strasbourg, 2024.
- Council of Europe, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights(civil rights)*, ECHR, Strasbourg, 2014.
- Council of Europe, *Promotion of Good Governance Sport*, Council of Europe, Strasbourg, 2018.
- Council of Europe, *T-DO/Rec (2017) 01 Recommendation on ensuring the independence of hearing panels (bodies) and promoting fair trial in anti-doping cases*, Council of Europe, Strasbourg, 2017.
- Council of Europe, “The evolution of human rights”, Council of Europe Portal (Çevrimiçi) The evolution of human rights - Manual for Human Rights Education with Young people (Erişim Tarihi: 20/09/2024).
- Council of Europe, *Overview 1959-2021 ECHR*,Strasbourg, Şubat 2022.
- Court of Arbitration for Sport, *Guidelines on Legal Aid before the Court of Arbitration for Sport (in force as from 1 September 2013; amended on 1 January 2019)*, CAS (Court of Arbitration for Sport) Guidelines on Legal Aid (2023), (Erişim Tarihi: 20/03/2025).
- Court of Arbitration for Sport, *Sport and Human Rights Overview from A CAS Perspective*, (Çevrimiçi) https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Human_Rights_in_sport__CAS_report_updated_31_03_2021_.pdf (Erişim Tarihi: 09/08/2024).
- Court of Arbitration for Sport, *Code: Procedural rules A. General Provisions*, (Çevrimiçi) <https://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html> (Erişim Tarihi:20/09/2024).
- DUVAL Antoine, “Seraing vs. FIFA: Why the rumours of CAS’s death have been greatly exaggerated”, (Çevrimiçi) *Asser International*

Sports Law Blog | Seraing vs. FIFA: Why the rumours of CAS's death have been greatly exaggerated (Erişim Tarihi: 12/08/2024).

DUVAL Antoine, "Lost in translation? The European Convention on Human Rights at the Court of Arbitration for Sport", *The International Sports Law Journal*, 2022, 132-152.

European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 - Right to a fair trial (criminal limb)*, ECHR, Strasbourg, 2014.

European Parliament, "Good governance in sport", (Çevrimiçi) Good governance in sport | Think Tank | European Parliament (europa.eu) (Erişim Tarihi:12/08/2024).

FLORCZAK-VATOR Monika, "The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State", 39-53.

GEMALMAZ Burak, "TFF Tahkim Kurulunun Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye Kararı", (Çevrimiçi) TFF Tahkim Kurulunun Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye Kararı (lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi:12/07/2024).

GREVEMBERG David / RUTHERFORD David, "Championing Human Rights in the Governance of Sports Bodies", (Çevrimiçi) https://www.ihrb.org/uploads/reports/Championing_Human_Rights_in_the_Governance_of_Sports_Bodies%2C_MSE_Platform.pdf (Erişim Tarihi:12/09/2024).

GÜNDOĞDU Fatih, "TFF Tahkim Kurulunun Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, sayı 140, 141-170.

HAJJAR Majdie, "Is FIFA's forced arbitration clause invalid?", (Çevrimiçi) Is FIFA's forced arbitration clause invalid? | Inside Sports Law | Global law firm | Norton Rose Fulbright (Erişim Tarihi: 20/09/2024).

LANE Lotie, "The Horizontal Effect of International Human Rights Law in Practice", *European Journal of Comparative Law and Governance*, 22 Mar 2018, (5/1), 5-88.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pecshtein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı", *Public and Private International Law Bulletin*, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, 2020, 40(1), 79-123.

PALERMO (ARCHIPEL) Gulio/SOKOLOVSKAYA Anna, "Independence of CAS vis-à-vis its Funders and Repeat Users of its Services", (Çevrimiçi) Independence of CAS vis-à-vis its Funders and Repeat Users of its Services - Kluwer Arbitration (Erişim Tarihi: 18/08/2024).

SARIKAYA GÜLER Tuğba, "Positive Obligations' Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure?" *European Journal of Multidisciplinary Studies* September-December 2017 Volume 2, Issue 6, 359-365.

SHINOHARA Tsubasa, "Which states parties should be held responsible for the implementation of positive obligations under the ECHR in sports-related disputes?", (Çevrimiçi) *The International Sports Law Journal*, 2022, 332-342.

Strasbourg Observers, "EKŞİOĞLU AND MOSTUROĞLU V TURKEY OR "THE FENERBAHÇE CASE": PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE DISCIPLINARY PROCEEDINGS OF SPORTS GOVERNING BODIES", *STRASBOURG OBSERVERS*, <https://strasbourgobservers.com/2021/09/17/eksioglu-and-mosturoglu-v-turkey-or-the-fenerbahce-case-presumption-of-innocence-and-the-disciplinary-proceedings-of-sports-governing-bodies/> (Erişim Tarihi: 22/07/2024).

Turkish Ministry of Justice, *ACTION REPORT Ali Rıza and Others v. Türkiye* (30226/10) Judgment of 28 January 2020, final on 22 June 2020 *Ekşioğlu and Mosturoğlu v. Türkiye* (2006/13, 10857/13) Judgment of 15 June 2021, final on 15 June 2021 *İbrahim Tokmak v. Türkiye* (54540/16) Judgment of 18 May 2021, final on 6 September 2021 *Naki and Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği v. Türkiye*

(48924/16) *Judgment of 18 May 2021, final on 6 September 2021 Sedat Doğan v. Türkiye* (48909/14) *Judgment of 18 May 2021*, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/0900001680a7fc65> (Erişim Tarihi: 30/08/2024).

VOSER Nathalie /GOTTlieb Benjamin, “How the European Court for Human Rights Interferes in (Sports) Arbitration”, (Çevrimiçi) Kluwer Arbitration BlogHow the European Court for Human Rights Interferes in (Sports) Arbitration - Kluwer Arbitration Blog (Erişim Tarihi:20/08/2024).

VOSER Nathalie /GOTTlieb Benjamin, Schlenberg Wittmer Ltd., “CAS procedures compatible with right to a fair trial except for refusal of public hearing (European Court of Human Rights)”, CAS procedures compatible with right to a fair trial except..., Practical Law UK..., 2018, 1-6, (Çevrimiçi) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2ff0457a-cfb2-4db9-bf7e-fd3ec2991ca7> (Erişim Tarihi: 20/08/2024).

World Anti Doping Agency, *World Anti-doping Code 2021 (madde 8.1.)*, 2021, Montreal.

United Nations, “UNODC and IOC: Strengthening integrity and good governance in sport”, Office on Drugs and Crime, 2017 (Çevrimiçi) UNODC and IOC: Strengthening integrity and good governance in sport. (Erişim Tarihi: 08/08/2024).

United Nations, “Centre puts human rights and sports on same team”, United Nations Office Human Rights Office of the High Commissioner, 2018 (Çevrimiçi)

Centre puts human rights and sports on same team | OHCHR (Erişim Tarihi:01/09/2024).

United Nations, “Sport and the Olympic ideal”, United Nations Human Rights Council 2022, (Çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/advisory-committee/human-rights-through-sport> (Erişim Tarihi:31/08/2024).

BELGELER/YARGI KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İkinci Bölüm Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye Davası, Başvuru no.30226/10 ve diğer 4 başvuru [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2230226/10%22\],%22itemid%22:\[%22001-204729%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2230226/10%22],%22itemid%22:[%22001-204729%22]}) (Erişim Tarihi:28.08.2024).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Schatchactwili Kararı (Başvuru no. 9154/10). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%229154/10%22\],%22itemid%22:\[%22001-159566%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%229154/10%22],%22itemid%22:[%22001-159566%22]}) (Erişim Tarihi: 28/08/2024).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Regner Kararı (Başvuru no. 35289/11). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2235289/11%22\],%22itemid%22:\[%22001-177299%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2235289/11%22],%22itemid%22:[%22001-177299%22]}) (Erişim Tarihi: 28/08/2024).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mutu ve Pechstein Kararı (Başvuru no. 40575/10 and 67474/10). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2240575/10%22\],%22itemid%22:\[%22001-186828%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2240575/10%22],%22itemid%22:[%22001-186828%22]}) (Erişim Tarihi:28/08/2024).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Rolf Gustafson v. İsviçre Kararı. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Rolf%20Gustafson%22\],%22itemid%22:\[%22001-58051%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Rolf%20Gustafson%22],%22itemid%22:[%22001-58051%22]}) (Erişim Tarihi: 28.08.2024).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Lithgow and Others v. Birleşik Krallık Kararı. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Lithgow%20and%20Others%22\],%22itemid%22:\[%22001-57526%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Lithgow%20and%20Others%22],%22itemid%22:[%22001-57526%22]}) (Erişim Tarihi: 28.08.2024).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Naki ve Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği Kararı. NAKI AND AMED SPORTIF FAALİYETLER KULÜBÜ DERNEĞİ v. TURKEY - [Turkish Translation] by the Turkish Ministry of Justice (coe.int) (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ekşioğlu ve Mosturoğlu Kararı. EKŞİOĞLU AND MOSTUROĞLU v. TURKEY - [Turkish

Translation] by the Turkish Ministry of Justice (coe.int) (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İbrahim Tokmak Kararı. İBRAHİM TOKMAK v. TURKEY - [Turkish Translation] by the Turkish Ministry of Justice (coe.int) (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Engel and Others v. Hollanda Kararı. ENGEL AND OTHERS v. THE NETHERLANDS (coe.int) (Erişim Tarihi:28.09.2024).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Lutz v. Almanya Kararı. LUTZ v. GERMANY (coe.int) (Erişim Tarihi:28.08.2024).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Öztürk v. Almanya Kararı. ÖZTÜRK v. GERMANY (coe.int) (Erişim Tarihi:28.08.2024).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Airey v. İrlanda Kararı, AIREY v. IRELAND (coe.int) (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Stanev v. Bulgaristan Kararı. STANEV v. BULGARIA (coe.int) (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (icisleri.gov.tr) (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

“TÜRKİYE FUTBOL FEDERASYONU KURULUŞ VE GÖREVLERİ HAKKINDA KANUN”, (Kanun Numarası : 5894 Kabul Tarihi : 5/5/2009 Yayımlandığı Resmî Gazete : Tarih : 16/5/2009 Sayı : 27230 Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 48), 1.5.5894.pdf (mevzuat.gov.tr) (Erişim Tarihi: 29.09.2024).

Türk Ticaret Kanunu M. 493/5 Hükmü Çerçevesinde Anonim Şirket Paylarının Gerçek Değerinin Belirlenmesinin Hukukî Niteliği ve Esasları

Rechtsnatur und Grundsätze der Feststellung des Wirklichen Wertes von Aktiengesellschaftsanteilen im Rahmen der Bestimmungen des türkischen Handelsgesetzes Art. 493/5

Doç. Dr. Cemil Simil*

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Emin Alpaslan**

ÖZ

Türk Ticaret Kanunu ("TTK") m. 493/5 hükmü çerçevesinde anonim şirket paylarının gerçek değerinin saptanması usûlî yönden birçok meselenin çözümünü gerektirmektedir. Öncelikle değer tespiti talebi bir çekişmesiz yargı işidir. Bu nedenle değer tespitine ilişkin müracaat üzerine mahkemece verilecek karar tespit veya eda hükmü niteliğinde değildir.

TTK m. 493/5 hükmü çerçevesinde mahkemece tespit edilecek değer, pay sahibi bakımından bağlayıcı değildir. Pay sahibi değer tespiti üzerine bir ay içerisinde, mahkemece gerçek değer olarak tespit edilen değeri ve dolayısıyla şirketin devralma önerisini reddetme hakkına sahiptir. Bu nedenle mahkemenin kararı bir tespit hükmü olmayıp maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmemektedir.

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (c.simil@iku.edu.tr). ORCID: 0000-0002-5353-7624.

** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (mehmetemin.alpaslan@yeditepe.edu.tr). ORCID: 0000-0002-0821-9192.



Değer tespitine ilişkin süreç neticesinde verilecek karar, bir edaya mahkûmiyet de içermediği için eda hükmü değildir. Bu nedenle değer tespitine ilişkin karar, ilâmlı icra yoluyla doğrudan icra edilebilecek bir karar da değildir. Pay sahibi tespit edilen değeri kabul eder veya kabul etmiş sayılırsa, ancak buna rağmen şirket ödemesi gereken tutarı ödemezse ilâmlı icra takibi yapabilmek için ayrı bir alacak davası açması gerekir. Pay sahibi dava açmadan ilâmsız icra yoluna da başvurabilir. Ancak ilâmsız icra yoluyla takibe itiraz hâlinde de pay sahibinin takibe devam edebilmesi için yine mahkemeye müracaat etmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: *Anonim şirket, anonim şirket payı, gerçek değer tespiti, çekişmesiz yargı, kaçış klozu*

Legal Nature and Principles of Determining the Real Value of Joint Stock Company Shares Within the Provisions of the Turkish Commercial Code Art. 493/5

ABSTRACT

According to the provision of Article 493/5 of the Turkish Commercial Code, the determination of the real value of the shares of a joint stock company requires the resolution of many procedural issues. The decision to be given by the court upon the application for the determination of value is not a performance judgment and cannot be subject to enforcement proceedings with judgement.

According to the provision of Article 493/5 of the Turkish Commercial Code, the value to be determined by the court is not binding on the shareholder. The shareholder has the right to reject the value determined by the court and the company's takeover proposal within one month after the value determination. Therefore, the court's decision is not a declaratory judgment and does not constitute a res judicata in the material sense. For these reasons, its legal nature is similar to non-contentious proceeding.

The decision to be made as a result of the process regarding the determination of value is not a decision that can be directly enforced through enforcement proceedings with judgement. Therefore, if the shareholder accepts or is deemed to have accepted the determined value, but the company does not pay the amount it is required to pay, it is necessary to file a separate debt case in order to pursue enforcement proceedings with judgement. The shareholder can also apply to the non-judgmental enforcement method without filing a lawsuit. However, in case of objection to the non-judgmental enforcement process, the shareholder must still apply to the court in order to continue the enforcement.

Keywords: Joint stock company, joint stock company share, determination of real value, non-contentious jurisdiction, escape clause

Giriş

Anonim şirketlerde pay devri prensip olarak serbest olmakla birlikte, Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) m. 493 hükmü çerçevesinde borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar bakımından şirketin pay geçişine izin vermemesi mümkün olabilmektedir¹. Bu çalışmanın temel

¹ Anonim şirketlerde bağlam hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012; Tamer Bozkurt, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) – Die Vinkulierung-*, Yetkin Yayınları, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2023. Pay devrinin serbestliği ilkesi ve istisnaları hakkında ayrıca bkz. Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, Beta Yayıncılık, 17. Bası, İstanbul 2024, s. 237 vd.; Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 55 vd. Ayrıca bkz. Rifat Cankat, “Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Kanuni İktisabına İlişkin Yapılan Tartışmalar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016/1, s. 180 vd.; Zeynep Çalık, *Anonim Şirketlerin TTK m. 493 Uyarınca Satın Alma Önerisinde Bulunma Hakkı*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020, s. 26 vd.; Lerzan Yılmaz, “İsviçre Borçlar Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Nama Yazılı Pay Senetlerinde Bağlamın Sınırlandırılması Sorunu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 81, S. 4 (2007), s. 1571 vd. Özel olarak payın miras yoluyla

amacı nama yazılı payların devrine ilişkin sınırlamaları genel olarak incelemek olmayıp, TTK m. 493/5 hükmü uyarınca, payların gerçek değerinin tespitinin mahkemeden talep edilmesi ile ilgili çerçevenin çizilmesi ile sınırlıdır. Yine belirtilmelidir ki, özel iktisap hâllerini düzenleyen TTK m. 493/4 hükmü dışında, TTK m. 493/1 hükmü bakımından da TTK m. 493/5 hükmünün uygulama alanı bulup bulamayacağı başta olmak üzere, asıl olarak şirketler hukukunu ilgilendirecek meseleler üzerinde de özel olarak durulmayacaktır². Burada temel olarak TTK m. 493/5 sisteminin medenî usûl hukuku perspektifinden incelenmesine odaklanılacaktır.

TTK m. 493 hükmünün çok farklı iktisap hâlleri düzenlemesi ve tüm bunların ayrı ayrı incelenmesinin bu çalışmanın kapsamını aşacak olması karşısında, incelenmesi arzu edilen merkez konu olan “gerçek değer tespiti” prosedürünü kompakt şekilde incelemeye elverişli olması yanında özel iktisap hâllerine dair usûlî sorunları da incelemeyi mümkün kılması nedeniyle temel olarak miras sebebiyle intikaller esas alınarak mesele incelenecek; diğer intikal hâllerinden de gerekli olduğu ölçüde istifade edilecektir. Bu tercih ile çalışmanın merkezindeki konuya odaklanma imkânı bulunabilecektir.

Türk Ticaret Kanunu m. 493/5 hükmü çerçevesinde anonim şirket paylarının gerçek değerinin saptanması sürecinde, usûlî yönden birçok meselenin çözümü gerekmektedir. TTK m. 493/5 hükmünün doğru şekilde analiz edilebilmesi için evvelâ bu hükümde öngörülen

geçişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ecrin Baydak, *Sermaye Şirketlerinde Payın Miras Yoluyla Geçmesi*, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2024, s. 59 vd.

- ² Bu konuda bir değerlendirme için bkz. Bozkurt, Bağlam, s. 184-185. Gerçek değer teklif edilerek pay devrine onay verilmesinden kaçınılması (kaçış klotunun kullanılması) için de önemli bir sebep bulunması gerekip gerekmediği hususunda bkz. Esra Ceneci, “Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde Kaçış Klotuna Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 79 (2), s. 390 vd.; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, Schulthess, 5. Auflage, Zürich 2022, § 5, Rn. 13, Rn. 232 (Swisslex).

sürecin hukukî niteliğinin doğru bir şekilde saptanması gerekir. Hukukî niteliğin saptanması ile bağlantılı olarak, süreç sonunda verilecek kararın etkilerinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Yine TTK m. 493/5 hükmü çerçevesinde yapılacak yargılamanın esasları da üzerinde durulması gereken bir diğer konudur.

I. TTK m. 493/5 Hükmü Çerçevesinde Değer Tespitinin Hukukî Niteliği

Şirketin gerçek (gerçek değer olduğunu iddia ettiği) değeri teklif etmek suretiyle pay devrine onay vermemesi hâllerinde pay sahibi öneriyi doğrudan kabul veya ret edebileceği gibi, şirketin teklif ettiği değer gerçek değerle örtüşmediğini düşünmesi durumunda TTK m. 493/5 hükmünden istifade ederek payların gerçek değerinin mahkeme tarafından saptanmasını sağlayabilir³.

TTK m. 493/5 hükmünde düzenlenen hukukî prosedür neticesinde payların gerçek değerinin saptanması hedeflenmektedir. Bu prosedür neticesinde payların değerinin tespitine ilişkin verilen karar oldukça özelliklidir. Zira bu prosedür sonucunda tespit edilen değer, pay sahibi bakımından bağlayıcı değildir⁴. Bu çerçevede TTK m. 493/6

³ “Dava tarihinde yürürlükte olan 6102 Sayılı TTK’nın 493/5. maddesinin de somut olaya uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Zira bu hüküm şirketin devre onay vermemesi halinde devre konu payların gerçek değerinin tespitiyle ilgilidir. Henüz şirket onayına sunulmuş bir pay devri olmadığı için zaten bu hüküm uygulanamaz. Davalı ortaklar o tarihte yürürlükte olan ana sözleşme hükmünü yerine getirmek amacıyla davacıya ihtarname göndermiş olup gerçek iradeleri hisselerini davalılara devretmek olmadığı gibi hisse değeri mahkemece belirlense bile devrin şirket onayına sunulması gerektiğinden şirketin karşı çıkması halinde TTK’nın 493/5 maddesi uyarınca tekrar hisse değerinin tespiti gerektiğinden davacıların hukuki yararı bulunmayıp mahkemece verilen red kararı sonucu itibarıyla doğru bulunmuştur.” İzmir BAM 11. HD., 22.06.2021, 206/755 (Kazancı). Ayrıca bkz. ve karşı. Bahaeddin Berber, “Anonim Şirketler Hukukunda Kaçış Kızuna İlişkin Bazı Sorunların Değerlendirilmesi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024/1, s. 297.

⁴ Böckli, § 5, Rn. 165, Rn. 258-259; Sinan Hüdayi Yüksel, “Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Kızı)”, *Galatasaray*

hükmü pay sahiplerine bir güvence tanımıştır⁵. Bu hükme göre; devralan, gerçek değeri öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde bu fiyatı reddetmezse, şirketin devralma önerisini kabul etmiş sayılır. Bu hükmünde pay sahibine bir ay içerisinde, mahkemece gerçek değer olarak tespit edilen değeri ve dolayısıyla şirketin devralma önerisini reddetme imkânı açıkça tanınmıştır.

Doktrinde TTK m. 493/5 hükmü çerçevesinde işletilen sürecin zaman zaman dava olarak anıldığı görülmektedir⁶. Yine yargı kararlarında da TTK m. 493/5 hükmündeki prosedürün “dava” olarak zikredildiği örnekler vardır⁷. Ancak tüm bu kullanımların bilinçli bir tercihi yansıttığını söylemek güç olup, medenî yargıda hemen her prosedürün dava olarak adlandırılması şeklindeki hatalı ve yaygın yaklaşımın bir yansıması olması muhtemeldir⁸. Bu hatalı temayül doktrinde eleştirilmekte ve sakıncalarına dikkat çekilmektedir⁹.

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2, s. 210-211; Bozkurt, Bağlam, s. 163; Baydak, s. 153 vd. Ayrıca bkz. Çalık, s. 91 vd. Karş.ERCÜMENT ERDEM, “Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK’nın Çözümleri”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2012, s. 121-122; Berber, s. 301.

⁵ Bozkurt, Bağlam, s. 189; Böckli, § 5, Rn. 165, Rn. 258-259.

⁶ Tolga Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 151-152; Tamer Bozkurt, “Yargıtay Kararları Ekseninde Anonim Şirketlerde Bağlı Nama Yazılı Paylarla İlgili Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2021, s. 148, dn. 77; Berber, s. 299; Baydak, s. 117 vd., 138-139. Ayrıca bkz. Yasemin Mildon, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Korporatif Düzlem ile Bağlantılı Paralel Yargılamalar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 29; Çalık, s. 90.

⁷ İstanbul BAM, 13. HD., 02.07.2020, 398/743 (Lexpera); Bursa 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, 02.02.2022 T., 497/103 (Lexpera).

⁸ Örneğin bkz. Bursa BAM, 5. HD., 26.01.2023, 2035/87 (Lexpera); Bursa BAM, 5. HD., 26.01.2023, 2025/86 (Lexpera).

⁹ Genel olarak medenî yargıdaki bu hatalı temayülün eleştirisi ve sakıncaları hakkında bkz. Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medenî*

TTK m. 493 hükmü, İsviçre Borçlar Kanunu ("İBK") m. 685/b hükmünden hukukumuzda aktarılmıştır. Bu çerçevede, İBK m. 685/b-6 hükmü bakımından öngörülen esaslar TTK m. 493 hükmüne paraleldir. Daha açık bir ifadeyle, İsviçre hukukunda da mahkemece saptanan değer, pay sahibi bakımından bağlayıcı olmayıp, pay sahibi mahkemenin hisselerin gerçek değerine ilişkin tespitini öğrendikten sonra bir ay içinde şirketin devralma önerisini reddedebilmektedir¹⁰.

Miras sebebiyle iktisaplarda pay sahibi şirketin devralma önerisini kabul etmediği takdirde, zaten hâlihazırda TTK m. 494/2 hükmü çerçevesinde genel kurula katılma hakkı ve oy hakkı haricinde kendisine intikal etmiş olan hakları muhafaza etmeye devam eder¹¹. Bu durumda pay sahibi, oydan yoksun pay sahibi statüsündedir (TTK m. 497/3, İBK m. 685/f, 3 kıyasen)¹². Şüphesiz ki bu durum, pay sahibinin haklı bir neden olmaksızın devralma önerisini reddinde uygulama alanı bulabilir. Şirketin onay vermemesinin haksız olduğu (TTK m. 493 hükmünde tanınan hakkın¹³ gereklerine uyulmadığı) hâllerde mezkûr yönetsel hakların (genel kurula katılma hakkı ve oy hakkının) da pay sahibine geçmesi gerekmektedir¹⁴.

Değer tespiti prosedürü sonucunda tespit edilen değer pay sahibi bakımından bağlayıcı olmaması nedeniyle, TTK m. 493/5 hükmündeki prosedürün bir tespit davası olarak tavsifi zordur. Zira, HMK m. 106 hükmü gereğince tespit davası yoluyla mahkemeden bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun belirlenmesi

Usûl Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, 12. Bası, İstanbul 2024, s. 34; Mine Akkan, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 103 vd.

¹⁰ Lukas Handschin, *Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre*, Art. 660 - 697m OR, ZK - Zürcher Kommentar, Schulthess, 2. Auflage, Zürich 2021, Rn. 69 (Swisslex); Böckli, § 5, Rn. 165, Rn. 258-259.

¹¹ Bozkurt, Bağlam, s. 248; Böckli, § 5, Rn. 258; Baydak, s. 256 vd. Karş. Erdem, s. 121-122; Berber, s. 301.

¹² Böckli, § 5, Rn. 258-259; Baydak, s. 256 vd.; Bozkurt, Bağlam, s. 248.

¹³ Bu hakkın hukukî niteliğine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşlere toplu bir bakış için bkz. Baydak, s. 87 vd.

¹⁴ Benzer bir değerlendirme için bkz. Baydak, s. 137 vd.

talep edilebilmekte olup, inceleme konusu hukukî prosedür de bu tanıma tam olarak uymamaktadır. Keza bu süreç, inşâî dava veya eda davası olarak da vasıflandırılmaya elverişli değildir¹⁵. O hâlde inceleme konusu süreç, genel itibarıyla “dava” olarak vasıflandırılmaya da uygun görünmemektedir. Bu noktada, mezkûr prosedürün hukukî tavsifinde “çekişmesiz yargı işi” müessesesinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

HMK sistemi incelendiğinde, çekişmesiz yargı işleri HMK m. 382/2 hükmünde tahdidî olarak değil örnek kabilinden (tadadî olarak) sayılmıştır¹⁶. Öte yandan HMK m. 382/2 hükmünde sayılmamış olmakla birlikte, HMK m. 382/1 hükmünde sayılan ölçütlerden biri veya birkaçını taşıyan çareler de çekişmesiz yargı işidir. Bu hükümde sayılan ölçütler ilgililer arasında uyuşmazlık bulunmaması, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkının (sübjektif hakkın) bulunmaması ve hâkimin re’sen harekete geçebilmesidir¹⁷.

Özellikle gerçek anlamda bir uyuşmazlığın bulunmaması, varılan sonucun pay sahibi bakımından bağlayıcı olmaması ve bu süreçte pay sahibi başvurduğunda da değerlendirme giderlerinin şirket tarafından karşılanması (TTK m. 493/5), incelemeye konu sürecin bir tespit davasından ziyade çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmesini zorunlu kılmaktadır.

¹⁵ Bkz. aşa. III.

¹⁶ Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, C. II, s. 1824; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 33; Akkan, Pekcanıtez Usûl, s. 102; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2024, s. 803; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, C. I, 4. Bası, Ankara 2021, s. 117; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, 7. Bası, Ankara 2024, s. 618. Çekişmesiz yargı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Baki Kuru, *Nizasız Kaza*, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961, s. 1 vd.

¹⁷ Kuru, Usul, C. II, s. 1825 vd.; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2021, C. 4, s. 5208, Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 33 vd.; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, *Medenî Usûl Hukuku*, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul 2021, s. 377-378.

TTK m. 493/5 hükmünde gerçek değerin tespitini devralanın talep edebileceği düzenlenmişse de, payın değeri üzerinde bir mutabakat olmaması durumunda, bu hususta yoğun menfaati olan şirkete de mahkemeye müracaat hakkı tanınmasının uygun olacağı ifade edilmektedir¹⁸. Keza, özel iktisap hâllerini düzenleyen TTK m. 493/4 hükmü dışında, TTK m. 493/1 hükmü bakımından da TTK m. 493/5 hükmünün uygulama alanı bulacağı ve devredene de gerçek değerin tespitini talep etme hakkının tanınması gerektiği belirtilmektedir¹⁹. Bu husus da söz konusu sürecin hukukî niteliğinin çekişmeli yargıdan ziyade, tüm ilgililerin müracaat edebileceği çekişmesiz yargı işi olduğunu göstermektedir. Netice olarak, TTK m. 493/5 hükmündeki prosedür bir çekişmesiz yargı işi olup, çekişmesiz yargıya ilişkin esaslar çerçevesinde bu prosedürün değerlendirilmesi gerekmektedir.

II. TTK m. 493/5 Hükmü Çerçevesinde Değer Tespiti Yapılırken Uyulması Gereken Esaslar ve Ortaya Çıkabilecek Usûlî Sorunlar

Uygulamada TTK m. 493/5 hükmü çerçevesinde şirketin gerçek değeri tespit edilirken, usûle ve esasa ilişkin olarak çok çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Görevli ve yetkili mahkemenin tespiti gibi tipik ve görece basit usûlî sorunlar yanında, değer tespitini talep edebilecek kişilerin saptanması, geçici hukukî koruma ve ispat sorunları gibi özellikli bazı usûlî meselelerin de irdelenmesi gerekmektedir.

Esasen bir maddî hukuk meselesi olmakla birlikte, TTK m. 493/5 hükmünde merkez konumda olan “gerçek değer” kavramının da saptanması önem arz etmektedir. Bu kavramın saptanması, mezkûr prosedürün amacının ve işleyişinin anlaşılması yanında, ispat sorunları başta olmak üzere diğer bazı karmaşık usûlî meselelerin de irdelenmesinde yol gösterici olacaktır.

A. Görevli ve Yetkili Mahkemenin Tespiti

TTK m. 493/5 hükmü uyarınca; devralan, paylarının gerçek değerinin belirlenmesini, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye

¹⁸ Bozkurt, Bağlam, s. 185.

¹⁹ Bozkurt, Bağlam, s. 184-185.

ticaret mahkemesinden isteyebilir. TTK m. 493/5 hükmü çerçevesinde başlatılacak süreçlerde görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevrelerinde, asliye hukuk mahkemesi asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla bu süreci neticelendirir²⁰.

Yetkili asliye ticaret mahkemesi ise şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir. Bu noktada şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin yetkisi kesin yetki olarak kabul edilmelidir²¹. TTK m. 493/5 ve HMK m. 384 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi neticesinde ulaşılmaması gereken sonuç budur.

Söz konusu süreç bir çekişmesiz yargı işi olduğundan ve konusu bir miktar para olan bir dava olmadığından, TTK m. 5/A hükmü uyarınca dava şartı arabuluculuğa tâbi değildir. Zira bu hüküm uyarınca yalnızca; ticarî davalardan, konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır²². Bu çerçevede, değer tespiti için öncesinde arabulucuya müracaat etme zorunluluğu olmadan doğrudan mahkemeye başvurulabilir.

B. Değer Tespitini Talep Edebilecek Kişiler

Değer tespitinin hukukî niteliği incelenirken de belirtildiği üzere²³, TTK m. 493/5 hükmünün lafzına bakıldığında değer tespitinin “devralan” tarafından istenebileceği belirtilmiştir. Çalışmamız bakımından esas alınan miras nedeniyle iktisap faraziyesinde, gerçek değer tespiti mirasçılar tarafından talep edilebileceği tereddütsüzdür.

Mirasçılar arasında elbirliği mülkiyetinin devam ettiği hâllerde dahi mirasçılardan yalnız birinin talebiyle de değer tespiti süreci işletilebilmelidir. Zira burada paylar üzerinde tüm mirasçıların birlikte

²⁰ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 38.

²¹ Ayrıca bkz. Bozkurt, Bağlam, s. 184, dn. 668.

²² Ticarî uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk hakkında detaylı bilgi için bkz. Ömer Ekmekçi/Muhammet Özekes/Murat Atalı/Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2018, s. 285 vd.

²³ Bkz. yuk. I ve özellikle dn. 18 ve dn. 19.

tasarruf yetkisi olsa da, ilgili sıfatıyla her bir pay sahibinin bu talebi yöneltmesine bir engel olmamalıdır. Keza bu süreçte gerçekleştirilecek bir temel hak ihlâlî hâlinde mirasçılar birbirlerinden bağımsız olarak bireysel başvuru yoluna müracaat edebilirler²⁴.

TTK m. 493/5 düzenlemesi, genel olarak özel iktisap hâlleri bakımından ve çalışmada esas alınan miras nedeniyle iktisap hâli bakımından önemli bir sorun yaratmasa da, TTK m. 493/1 hükmündeki hâllerde “devreden” bakımından ve genel olarak şirket bakımından tereddüt yaratabilecek mahiyettedir. Doktrinde payın değeri üzerinde bir mutabakat olmaması durumunda, bu hususta yoğun menfaati olan şirkete de mahkemeye müracaat hakkı tanınmasının uygun olacağı ifade edilmektedir²⁵. Kanaatimizce de hukukî nitelik itibarıyla bir çekişmesiz

²⁴ Mehmet Emin Alpaslan, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru ve Kararların Medenî Usûl Hukukuna Etkileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 185 vd.

²⁵ Bozkurt, Bağlam, s. 185. Aksi yönde bkz. Berber, s. 299. “TTK 493/5 maddesi yalnızca devralanın payların gerçek değerinin belirlenmesini mahkemeden isteyebileceğini öngörmesine rağmen devreden pay sahibinin ve hatta ortaklığın dahi pay bedelinin tespiti amacıyla mahkemeye başvurusu mümkündür. Bu halde değerlendirme giderlerini ortaklık karşılar. (Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, Necdet Uzel, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., Nisan 2013 1. Baskı)” İstanbul BAM 43. HD., 12.11.2020, 1551/295 (Kazancı). Karş. “TTK 493/5.maddesinde öngörülen hak devralana aittir. Davacı ise devredendir. Davalı şirket, hisseleri 1 TL’den almayı önerdiği için davacının hisselerin değerini tespit ettirmekte hukuki menfaati olup olmadığı, böyle bir davayı açıp açamayacağı belirlenmelidir. Devralanlar tarafından hisse değerinin tespiti yönünde ayrı bir dava açıldığı anlaşılmakla, davacının amaçladığı husus (hisse değerlerinin tespiti) esasen devralanların davasında belirlenebilecek bir husustur. Bu durumda devreden bu davayı açması TTK’nın 493/5.maddesine açıkça aykırıdır.” İstanbul BAM 13. HD., 20.11.2019, 367/1639 (Kazancı); “TTK’nın 493/5. maddesinde de gerçek değer tespiti mahkemeden talep etme hakkı sadece nama yazılı payları kanunen edinmiş olana tanınmış bir hak olup diğer pay devri işlemlerinde taraflara mahkemeden payın gerçek değerinin tespitini talep etme imkanı tanınmamıştır. Davacı şirketin nama yazılı payların gerçek değerinin tespitini istemesine yasal olanak bulunmamaktadır.” İstanbul BAM 13. HD., 02.07.2020, 398/743 (Lexpera).

yargı işi olan değer tespit sürecinin, ilgili konumundaki şirket tarafından da başlatılabilmesi mümkündür.

Keza, özel iktisap hâllerini düzenleyen TTK m. 493/4 hükmü dışında, TTK m. 493/1 hükmü bakımından da TTK m. 493/5 hükmünün uygulama alanı bulması ve devredene de gerçek değer tespiti talep etme hakkının tanınması gerekmektedir²⁶. Zira, değer tespiti süreci bir çekişmesiz yargı işi olup, tüm ilgililerin müracaat etmesi mümkündür.

C. Geçici Hukukî Koruma İhtiyacı

TTK m. 493/5 hükmüne ilişkin yürütülen süreçlerde şirketin pay sahibinin haklarını ihlâl etme tehlikesi bulunması durumunda, bu tehlikeyi önlemeye yönelik olarak geçici hukukî koruma kararı

²⁶ Bozkurt, Bağlam, s. 184-185. Karş. “TTK’ nın 493/5 maddesi gereğince anonim şirkette payların gerçek değerinin belirlenmesine yönelik olarak devralana dava hakkı tanınması ,henüz devredilmemiş ve mülkiyeti TTK 494 maddesi uyarınca devredende olan şirket hisseleri yönünden pay sahibinin şirketteki payının gerçek değerinin tespiti yönünden bulunan dava hakkını ortadan kaldırmayacağı gibi yargılama sonucunda belirlenen değer üzerinden TTK 493/1 maddesi uyarınca önerinin devredene yapılacağı gözetildiğinde şirket hisselerini devreden konumunda olan davacının iş bu davada taraf sıfatı bulunmaktadır.” İstanbul BAM 12. HD., 13.02.2020, 2305/197 (Kazancı). Yargıtay, pay devrine onay vermeme hakkının şirkete, değer tespiti hakkının ise devralana tanındığı tespitinde bulunan ve şirkete azınlık payı ile ortak olanlarla yönetim kurulu üyelerinin değer tespiti talebinde bulunmakta hukukî yararlarının bulunmadığı yönündeki bölge adliye mahkemesi kararını onamıştır: “Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile şirket esas sözleşmesinde pay devrini şirket onayına tabi kılan bir bağlam kuralı öngörülmediği, 6102 sayılı Kanun 493 üncü maddesinde ise tanımlanan pay devrine onay vermeme hakkı şirkete, değer tespiti hakkının ise devralana tanındığı, öte yandan, somut olayda şirket ana sözleşmesinde, pay devirlerinde ortaklara önalım hakkı da tanınmadığından, münhasıran devir konusu payların değerinin tespitinin istenmesinde davacı tarafın hukuki yararı bulunmadığı gerekçesi ile davalılar vekilinin istinaf başvurunun kabulü ile İlk Derece Mahkemesi hükmünün kaldırılmasına, yeniden esas hakkında hüküm kurulmasına, davanın reddine karar verilmiştir....Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının 6100 sayılı Kanun’un 370 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ONANMASINA,” 11. HD., 09.07.2024, 2969/5693 (Lexpera).

verilebilir. HMK m. 389/1 hükmü uyarınca; mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyatî tedbir kararı verilebilir. HMK m. 389/2 hükmü uyarınca ise, HMK m. 389/1 hükmü niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanır. O hâlde koşulları bulunduğu takdirde çekişmesiz yargı işlerinde de geçici hukukî koruma kararı verilebilir²⁷.

HMK m. 389/2 hükmündeki atıf yalnızca geçici hukukî korumanın koşullarına ilişkin olup, çekişmesiz yargı işlerinde verilen geçici hukukî koruma önlemlerinin “ihtiyatî tedbir” niteliğinde olduğuna ilişkin değildir²⁸. Bu çerçevede örneğin, payların devrinin önlenmesine ilişkin geçici hukukî koruma kararı²⁹ ve payların değerinin korunmasını

²⁷ Aslı Aras, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 166 vd.

²⁸ Aras, s. 166 vd.

²⁹ “Dava, TTK 493/5 maddesi uyarınca şirket payının gerçek değerinin tespiti istemine dair olup, davacı taraf aynı zamanda muris paylarının devrinin önlenmesi ve şirkete denetim kayyımı atanması yönünde ihtiyatî tedbir kararı verilmesini istemiştir. Davacılar, davalı şirketin hissedarı olan murisin vefatından sonra davalı şirkete ihtarname gönderilerek payların kendileri adına devrinin sağlanmasını talep ettiklerini, davalı şirketin payları gerçek değeri ile devralmayı önerdiğini, ancak teklif edilen bedelin gerçek değer çok altında olması sebebiyle teklifin reddedildiğini ileri sürerek payların gerçek değerinin tespitini talep etmişler, davalı ise payların gerçek değerinden devralma önerisi ile paylarının mülkiyetinin kendisine geçtiğini, önalım hakkı doğduğunu, davacıların ancak alacak talebinde bulunabileceklerini savunmuştur. İlk Derece Mahkemesi 16/04/2018 tarihli ara kararı ile muris paylarının devrinin önlenmesi yönünde takdiren teminatsız olarak ihtiyatî tedbir kararı vermiş, davalı şirkete denetim kayyımı atanması talebini ise reddetmiştir, 24/05/2018 tarihli ara kararı ile de davalı vekilinin pay devrinin önlenmesine dair ihtiyatî tedbir kararına itirazının reddine karar vermiştir. HMK’nın 389. maddesi, “Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme sebebiyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkansız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyat tedbir kararı verilebilir. “şeklinde dir. Aynı Kanun’un 390/3 maddesi,” Tedbir talep eden

amaçlayan geçici hukukî koruma kararları³⁰ da dâhil olmak üzere uygun geçici hukukî korumalara hükmedilebilir. Miras sebepli intikallerde, esasen bu faraziyede paylar mirasçıların elbirliği mülkiyetinde ise de, uygulamada karşılaşmakta olan bazı örnekler nazara alındığında, geçici hukukî koruma kararının önem derecesi ve buna duyulabilecek ihtiyaç daha iyi saptanabilecektir. Bu çerçevede, mirasçılara ait olan payların, usûlsüz şekilde ve herhangi bir bedel ödenmeksizin şirketlere ve sonrasında başka kişilere devredildiği iddiasıyla mahkemeye müracaat edilen örnekler vardır. Örneğin;

“... davalı Sicil Müdürlüğü tarafından bu işlemlere açık bir şüphe duyularak yaklaşılması gerekmekte iken; anlaşılması güç biçimde davalı yanca işlemler hiçbir şekilde kanun koyucunun verdiği denetim yükümlülüğüne uygun şekilde irdelenmeksizin hukuka aykırı şekilde ve aynı zamanda dava dışı şirket yetkililerinin suça konu işlemlerinin hukuken vücut bulmasına imkan

taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkca belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır’’ düzenlemesini içermektedir. Somut olayda, tarafların iddia ve savunmaları ile dosyaya yansıyan deliller karşısında dosyanın geldiği aşama itibariyle murisin davalı şirketteki paylarının mülkiyetinin ve değerinin çekişmeli olduğu, dolayısıyla yaklaşık ispat olgusunun gerçekleşmiş olduğu, payların devrinin önlenmesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmemesi halinde davacıların haklarını elde etmelerinin önemli ölçüde zorlaşabileceği sonuç ve kanaatine varılmış olup, Mahkemece teminat alınmamasında da usul ve yasaya aykırılık görülmüştür. Diğer taraftan, davacı tarafça ileri sürülen iddialar karşısında şirkete denetim kayyımı atanmasını gerektirecek bir durum olmadığı yönündeki İlk derece Mahkemesi’nin takdirinde de bir isabetsizlik görülmemiştir.”, İstanbul BAM 12. HD., 01.10.2018, 1530/1123 (Kazancı). “Somut olayda, TTK’nın 493/5. maddesi uyarınca nama yazılı payların gerçek değerinin tespiti istemli davada tensiben pay devrini önleyici ihtiyati tedbir kararı verilmiş olup nama yazılı payların davaya konu olması, şirket hisselerinin el değiştirmesi halinde hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı hususunda yaklaşık ispat koşulunun yerine getirilmiş bulunması ve yine değişen şartlara göre gerektiğinde teminat yatırılmasının yargılamanın ilerleyen aşamalarında değerlendirilmesinin mümkün bulunması karşısında ihtiyati tedbire itiraz eden davalılar vekilinin tüm istinaf itirazlarının reddi gerekmiştir.” İzmir BAM 11. HD., 04.10.2017, 1612/1012 (Kazancı). Aynı yönde bkz. Bursa BAM, 5. HD., 26.01.2023, 2035/87 (Lexpera).

³⁰ Baydak, s. 128.

verecek şekilde gerçekleştirildiğini, bu sebeple, davalı yanca yapılan tescil işlemi, aynı zamanda TTK'nın emredici hükümlerine aykırı olması sebebiyle esasen yokluk ve butlan niteliğindeki batıl yani hukuken tamamen geçersiz işlemlerin de hukuka aykırı şekilde tescil edilmesi sonucunu da doğurduğunu, nitekim müvekkiline yapılan herhangi bir hisse bedeli ödemesi yahut hisse devrine dair kesinleşmiş herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın mülkiyeti müvekkile ait hisseler bu tescil işlemi ile dava dışı şirketlere ve sonrasında gerçekleştirilen işlemlerle dava dışı şirketin diğer hissedarı ve ortağı olan müvekkilin öz amcalarının hakim hissedarı oldukları diğer şirketlerine devredilerek, hisseler bu şekilde ketmedilmiştir.”³¹.

Şüphesiz ki, gerçek değerın tespiti süreçlerinde de geçici hukukî korumaya ilişkin genel esaslara uyulmalıdır. HMK m. 391/2 hükmünün atfıyla kıyasen uygulama alanı bulacak HMK m. 391/1 hükmü uyarınca; geçici hukukî koruma sebebinin (gecikmesinde sakınca bulunan hâlin) bulunması ve yaklaşık ispat ölçüsünün sağlanması gerekir³². Bu çerçevede, hakka ve geçici hukukî koruma sebebine ilişkin olarak yaklaşık ispat aranması gerekir³³. Örneğin;

“Ancak davalı tarafça teklif edilen ve davacı mirasçılarca düşük bulunan pay değerlerinin gerçek değerler olup olmadığının yapılacak yargılama neticesinde açıklığa kavuşacağı, dolayısıyla somut olayda yaklaşık ispatın gerçekleşmediğinden bahisle HMK'nın 389. maddesindeki şartlar bulunmadığından ihtiyati tedbir talebinin reddine dair verilen kararda bir isabetsizlik görülmemiştir.”³⁴.

Vurgulamak gerekir ki, gerçek değerın tespiti süreçlerinde de geçici hukukî koruma kararlarında menfaat dengesinin gözetilmesi önemlidir. Yine bu süreçte ispat ölçüsünün doğru anlaşılması

³¹ Bursa 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, 15.02.2023, 710/165 (Lexpera). Benzer bir karar için bkz. Bursa 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, 15.02.2023, 709/164 (Lexpera).

³² Aras, s. 166.

³³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 367, s. 593-594; Muhammet Özekes, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2476 vd.; Hakan Albayrak, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 70.

³⁴ İzmir BAM, 11. HD., 23.11.2022, 1532/1702 (Kazancı).

gerekmekte ve görünüşte “yaklaşık ispat” ifadesi zikredilerek, gerçekte “tam ispat” ölçüsü aranmamalıdır. Zira bu tarz bir temayül, geçici hukukî koruma kararını olanaksızlaştırma noktasına varabilecektir. Hemen yukarıda alıntılanan karar çerçevesinden değerlendirildiğinde, her hâlde mücerret bir iddianın geçici hukukî koruma kararı vermek için yeterli olmadığı açık ise de, gerçek değerın yargılama sonrasında belli olması, geçici hukukî koruma talebinin reddi bakımından kabul edilebilir ve yeterli bir gerekçe değildir.

İhtiyatî tedbir, koşulları bulunması hâlinde teminatsız olarak da verilebilir (HMK m. 392/1). Teminata ilişkin düzenleme de, gerçek değerın tespiti süreçlerinde talep edilebilecek geçici hukukî korumalar bakımından da uygulama alanı bulur. Örneğin;

“Bu kapsamda; davaya konu kurul kararları ile devri gerçekleştirilen paylar üzerindeki hak sahipliğinin ihtilaf konusu olmasına, sunulan kanıtlara, davacı tarafından ileri sürülen dava konusu olaylara ve iddialara göre, davacının davanın esası yönünden haklılığını yasaya uygun şekilde ve yaklaşık olarak ispat ettiği, verilen tedbir kararının yönetim kurulu kararlarının icrasına yönelik olmayıp uyuşmazlığa konu payların devir ve temlikinin önlenmesine yönelik olması ve söz konusu tedbirin hukuka aykırılığı ileri sürülen yönetim kurulu kararlarına yönelik işin esasını çözer niteliğinin de bulunmaması ve ayrıca mahkemece 6100 sayılı HMK’nın 392. maddesi kapsamında tedbirin teminatsız olarak verilmesinde de yasaya aykırılık bulunmaması nedeniyle davalıların istinaf sebeplerinin yerinde olmadığı değerlendirilmiştir.”³⁵.

TTK m. 493/4 ve TTK m. 494/2 sistemi, temelde ortağın genel kurula katılma ve oy haklarını kullanmasına engel olabilmektedir. Bu çerçevede örneğin, şirketin gerçek değerın tespitine engel olması veya tespit edilecek gerçek değeri ödemeye yanaşmaması hâllerinde ortağın mezkûr yönetsel haklarının korunması ve kullanılması bakımından uygun bir geçici hukukî korumaya karar verilebilir. HMK m. 391/1 hükmünde verilebilecek ihtiyatî tedbir kararları bakımından hâkime geniş bir alan bırakılması da bu sonucu desteklemektedir.

D. “Gerçek Değer” Kavramı ile Anlaşılması Gereken

³⁵ Bursa BAM, 5. HD., 26.01.2023, 2035/87 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Bursa BAM, 5. HD., 26.01.2023, 2025/86 (Lexpera).

Gerçek değer ile kastedilen, doktrinde de isabetle işaret edildiği üzere tasfiye değeri değildir; zira şirketin devam eden bir teşebbüs olarak değeri tasfiye değerinin üzerinde olabilir³⁶. Bu nedenle gerçek değerın saptanmasında şirketin net aktif değerinin yanında payın iç değerinin saptanması açısından önemli olması itibarıyla işletmenin verimlilik değerinin de dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir³⁷.

Borsaya kote şirketlerde, borsa rayıcı de değerlemede dikkate alınır³⁸. TTK'nın ilgili madde gerekçesinde de gerçek değerin tanımlanmamasının tercih edildiği ifade edilirken, burada “yaşayan bir şirket” söz konusu olduğuna vurgu yapılmıştır. Bu çerçevede değerlendirme yapılırken menfaat dengesine uygun olacak şekilde gerçek değerin tespitini sağlamaya elverişli ölçütler kullanılmalıdır³⁹.

TTK m. 493/5 hükmünün iktibas edildiği İBK m. 685/b hükmünde öngörülen sistem de bunu gerektirmektedir. Zira gerçek değer ile kastedilen hakiki değer olup bu değerin hesabında sadece esas değer ve kârlar değil hisse paketinin büyüklüğü ve geleceğe yönelik beklentiler vb. başta olmak üzere diğer faktörler esas alınır⁴⁰. Bu çerçevede İsviçre hukukunda da gerçek değerin tespitinde özkaynak

³⁶ Erdem, s. 121. Gerçek değerin hesabına ilişkin olarak ayrıca bkz. Necdet Uzel, *Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam*, On İki Levha Yayıncılık, 12. Bası, İstanbul 2024, s. 318 vd.

³⁷ Erdem, s. 121.

³⁸ Erdem, s. 121. Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrine ilişkin olarak ayrıca bkz. Özlem Ata, “Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Devri”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, 2019/2, s. 1 vd.

³⁹ Bozkurt, Bağlam, s. 176 vd. TTK m. 493/5 hükmünde şirketin karar tarihine en yakın tarihteki değerinin esas alınması gerektiği belirtilmişse de, değerlemeye esas alınacak an ile ilgili olarak ticaret hukuku doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Değerlemeye esas alınacak an ile tartışmalara ve doktrindeki görüşlere toplu bir bakış için bkz. Baydak, s. 126 vd.

⁴⁰ C. Schmid/M. Walter, *Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530–771 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Hrsg. Roberto V./Trüeb H. R.), Schulthess, 4. Auflage, Zürich 2024, Art. 685/b, Rn. 6 (Swisslex).

tutarının tespiti ile yetinilmemesi gerektiği ve geleceğe dönük beklentilerin de dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir⁴¹.

E. İspat Sorunları

Şirketin malvarlığına ilişkin bilgiler şirketin kontrolündedir. Bu noktada özellikle miras yoluyla payları iktisap eden pay sahibinin ispat bakımından dezavantajlı bir pozisyonda olduğu açıktır. Gerçek değer tespiti için şirketin gerekli bilgileri ve belgeleri paylaşmamasının neticelerinin üzerinde durulması gerekmektedir.

Uygulamada, şirketin defter, kayıt ve belgelerini bilirkişi incelemesine açmadığı süreçlere rastlanmaktadır. Örneğin;

“Dava dilekçesinde davacılar vekilinin talebi sadece davacıların hisselerinin değerinin tespiti olduğu için mahkemece taleple bağlı kalınarak inceleme yapılmış ve davalı taraf şirket defter/kayıt ve belgelerini bilirkişi incelemesine açmadığı için davacıların hisselerinin değeri tespit edilemediğinden değer tespiti davasının reddine karar verilmiştir. Her ne kadar dava rededilmiş ise de, davalının davacıların ortaklığını pay defterine kaydetmediği için değer tespiti için dava açılmasına sebebiyet verdiği gibi TMK2 maddesi bağlamında iyi niyetli davranmayarak değer tespitine de engel olduğundan davalının vekalet ücreti ve tüm yargılama giderlerinden sorumlu tutulmasına karar verilmiştir.”⁴².

Bu kararda yerel mahkeme, şirketin defter, kayıt ve belgelerini bilirkişi incelemesine açmaması üzerine, gerçek değer tespiti talebini reddetmiş, ancak kötü niyetli bulduğu şirketi yargılama giderleri ve vekâlet ücretinden sorumlu tutmuştur. Esasen değerlendirme giderlerini zaten kanun gereği (TTK m. 493/5) şirket karşılamak zorundadır. Burada ayrıca kötü niyetli şirketin, talepte bulunan pay sahibi ile avukatı arasında kararlaştırılan akdî vekâlet ücretini dahi üstlenmesine karar verilmesi de mümkündür (HMK m. 329).

Şirketin, gerçek değer saptanması için gerekli bilgi ve belgeleri paylaşmaması durumunda, gerçek değer tespit edilememesi nedeniyle talebin hemen reddedilmemesi, evvela belgelerin ibrazı mecburiyeti

⁴¹ Schmid/Walter, Art. 685/b, Rn. 6.

⁴² Bursa 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, 02.02.2022, 497/103 (Lexpera).

çerçevesinde bir değerlendirme yapılması da bir seçenektir⁴³. HMK m. 219 hükmü uyarınca taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. Belgelerin ibrazı mecburiyetinin yerine getirilmemesinin sonuçları da HMK m. 220 hükmünde düzenlenmiş olup, bu hükümlerden kıyasen⁴⁴ istifade edilerek bir değerlendirme yapılması mümkündür⁴⁵. Bu durumda şirketin haksız yere pay devrine onay vermediği kabul edilmelidir (TTK m. 494/3).

Şirketin defter, kayıt ve belgelerini bilirkişi incelemesine açmaması üzerine, gerçek değerın tespiti talebinin reddi hâlinde ise,

⁴³ Belgelerin ibrazı mecburiyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güray Erdönmez, *Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 1 vd.

⁴⁴ Gerçek değerın tespiti bir dava olmayıp çekişmesiz yargı işidir. Bu süreçte “taraf” kavramına yer yoktur. Bu konuda genel olarak bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 34. Ayrıca bkz. yuk. I.

⁴⁵ Bu nedenle bölge adliye mahkemesinin şu kararına katılmamız mümkün değildir: “Davacı vekilince; şirket pay değerlemesinde kullanılacak yöntemlere ilişkin bilimsel görüşler ile dava öncesi taraflarınca ... şirketinden alınan değerlendirme raporu dosyaya sunulmuş olup, şirketin değerlemesinde kullanılan öz varlık yönteminin gerçek değeri vermeyeceği, davalının gerekli bilgi ve belgeleri sunmaktan kaçınması nedeniyle HMK’nın 220. maddesi kapsamında kendi sundukları ... değerlendirme raporu esas alınarak karar verilmesi talep edilmiştir. Ancak şirketin tek varlığının yurt dışı iştiraki olması ve iştirakin değer tespiti bakımından yurt dışı istinabe girişiminden sonuç alınamaması dikkate alındığında, somut olayı özelliklerine göre öz varlık yöntemine göre yapılan hesaplama itibar edilmesinde isabetsizlik görülmemiştir. Davacının sunduğu ... şirketince düzenlenen değerlendirme raporunun yönetici özetinde ise, şirketlerden herhangi bir bilgi alınamaması nedeniyle davacının sunduğu kısıtlı bilgi ve belge ile 2015 ve 2016 yıllarında ... şirketinin hazırlamış olduğu taslak değerlendirme raporları ve ve alt çalışmalarından elde edilen verilerle değerlendirme yapıldığı anlaşılmakla, söz konusu raporun gerçek değeri yansıttığından söz edilemez. Yine TTK’nın 493/5. maddesinde açıkça mahkemece şirketin karar tarihine en yakın tarihteki değerinin esas alınacağı düzenlenmiş olmakla, 2015-2016 yıllarına ait verilere dayalı hesaplama itibar edilmesi mümkün olmadığı gibi, HMK’nın 220. maddesine dayalı olarak da bu değerlendirme raporunun esas alınması mümkün değildir.” İstanbul BAM 12. HD., 31.12.2024, 562/2004 (Kazancı).

aslında şirketin haksız yere pay devrine onay vermediği ortaya çıkmış olacaktır (TTK m. 494/3). Bu durumda mirasçılarının ve TTK m. 494/2 hükmünde belirtilen diğer kişilerin, malvarlıksal haklarının yanında genel kurula katılma hakları ile oy haklarını da kullanabilmeleri gerekir (TTK m. 494). Bu hakların kullanılmasına izin verilmemesi durumunda, payları miras yoluyla edinen pay sahiplerinin devre haksız olarak onay verilmediğine (şirketin TTK m. 493 hükmünde tanınan imkânı usûlüne uygun olarak kullanmadığına) ilişkin (dolayısıyla malvarlıksal haklar yanında ayrıca genel kurula katılmaya ve oy kullanmaya hakları olduğu yönünde) bir tespit davası açması mümkündür. Devre haksız olarak izin verilmeyen diğer hâllerde de (bu çerçevede TTK m. 493/1 hükmü kapsamına giren hâllerde), HMK m. 105 hükmü çerçevesinde bir eda davası açılarak, payları iktisap eden kişinin pay sahibi olarak tanınması ve pay defterine kaydı talep edilebilecektir⁴⁶. Yine yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılması başta olmak üzere, şirketler hukukunda pay sahibini korumaya dönük diğer mekanizmaların işletilmesi de mümkündür⁴⁷.

F. Diğer Usûlî Sorunlar

Miras kaynaklı pay geçişlerinde, değer tespiti süreci devam ederken mirasçılar arasında da elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüşmesi talepli dava açılabilir. Bu ihtimalde, değer tespiti talebinin sonuçlanması için bu davaların beklenmesine gerek yoktur⁴⁸. Zira gerçek değer tespiti sürecinin neticelendirilmesi bakımından, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüşmesi talepli davanın sonucu önem arz etmeyecektir.

Değer tespiti süreçlerinde, bu süreçle doğrudan veya dolaylı bağlantılı olarak; genel kurulun ve yönetim kurulunun iptali davaları veya sorumluluk davaları ile karşılaşılabilir. Şirketin gerçek değerinin

⁴⁶ Bu konuda bkz. Bozkurt, Bağlam, s. 346-349.

⁴⁷ Bozkurt, Bağlam, s. 346. Ayrıca bkz. aşağıda III.

⁴⁸ Bekletici sorun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanıtez, Bekletici Sorun (Meselei Müstehire), *Makaleler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, C. I, s. 1 vd.; İbrahim Aşık, *Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 17 vd.

tespitini etkileyebilecek davaların varlığı hâlinde bu davaların değer tespitine yönelik çekişmesiz yargı işinde bekletici mesele yapılması gerekir. Bu noktada davada bekletici mesele saymaya ilişkin HMK m. 165 hükmü kıyasen uygulanabilecektir⁴⁹.

TTK m. 493/5 çerçevesinde başlatılan değer tespit süreçlerine ilişkin yargılama giderlerini her hâlde şirketin karşılaması gerekir. Bununla birlikte değerleme sonucunda şirketin teklif ettiği değer veya daha aşağı bir değer ortaya çıkarsa bu senaryoda değerleme giderlerinin talepte bulunan pay sahibine tahmili de düşünülebilir. Ancak TTK m. 493/5 hükmünün açık lafzı karşısında bu istisnaî duruma ihtiyatla yaklaşılmalıdır. Bu noktada dürüstlük kuralı temelli olan HMK m. 29 ve HMK m. 329 hükümleri çerçevesinde, yalnızca dürüstlük kuralına⁵⁰ aykırı olarak kötü niyetle bu sürecin işletilmesi hâlinde, yargılama giderlerinin pay sahibine yüklenmesi değerlendirilebilir⁵¹. Özellikle kötü niyetle gerçekçi olmayan bir değerde ısrar edilmesi (örneğin gerçek değerın iki katının talep edilmesi) bu kapsamda değerlendirilebilir⁵².

Hemen yukarıda da üzerinde durulduğu üzere⁵³; şirketin defter, kayıt ve belgelerini bilirkişi incelemesine açmaması üzerine, gerçek değerın tespiti talebi reddedildiği takdirde, değerleme giderlerinin yanında ayrıca; HMK m. 329 hükmü uyarınca kötü niyetli şirketin, talepte bulunan ile avukatı arasında kararlaştırılan akdî vekâlet ücretini üstlenmesine karar verilmesi uygun olacaktır.

III. Değer Tespitine İlişkin Verilen Kararın Etkileri

Mahkemenin değer tespitine ilişkin kararı şirket bakımından bağlayıcı olmakla birlikte, pay sahibi bakımından bağlayıcı değildir; pay sahibinin mahkemece tespit edilen değeri kabul etmemesi

⁴⁹ Medenî usûl hukukunda bekletici mesele hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanıtez, Bekletici Sorun, s. 1 vd.; Aşık, s. 17 vd.

⁵⁰ Medenî usûl hukukunda dürüstlük kuralı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Arslan, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Sevinç Matbaası, Ankara 1989, s. 2 vd.

⁵¹ Böckli, § 5, Rn. 209.

⁵² Böckli, § 5, Rn. 209.

⁵³ Bkz. yuk. II, E.

mümkündür⁵⁴. TTK m. 493/1 hükmündeki hâllerde pay sahibi bir aylık sürede teklifi reddetmek suretiyle, paylarını aynı şekilde muhafaza etmeye devam edebilecektir⁵⁵. Miras nedeniyle iktisaplarda ise, pay sahibi (mirasçı) yalnızca paylara ilişkin malvarlıksal hakları muhafaza etmeye devam edecektir⁵⁶.

Şirket mahkemenin tespit ettiği değer ile bağlıdır⁵⁷; zira kaçış klotuna müracaat eden şirketin, mahkemece tespit edilecek değeri de (hatta beklentisinden çok yüksek bir saptama olsa bile) ödemeyi taahhüt ettiği kabul edilir⁵⁸. O hâlde mahkemenin gerçek değeri saptamasından sonra, bu değerın şirket tarafından yeniden kabul edilmesi beklenmemelidir⁵⁹. Zira şirket hâlihazırda sürecin başlangıcında gerçek değeri ödeyeceğini taahhüt etmiştir⁶⁰. TTK m. 493/4 ve TTK m. 493/6

⁵⁴ Bkz. yuk. dn. 4.

⁵⁵ Böckli, § 5, Rn. 165.

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Baydak, s. 156 vd.

⁵⁷ “Dava, davacıya miras yolu ile intikal eden hisselerin TTK’nın 493. maddesi gereğince davalı şirketçe devralınması teklifi üzerine şirket hisselerinin gerçek değerinin tespiti istemine ilişkindir.... Somut olayda ise davacıya intikal eden hisselerin değeri karşılığında alınması teklif edilmiş, davacının şirket hisselerinin kendi adına kaydı talebi reddedilmiştir. Bu durumda davalı şirket tarafından davacının tescil talebi reddedilerek TTK m.493/4 hükmünde düzenlenen hak kullanıldığından, davacının da hissenin gerçek değerinin belirlenmesi için eldeki davayı açtığından davacının davalı şirkette ortak sıfatını kazanıp kazanmadığı ile ilgili askı hali meydana gelmiştir. Bu doğrultuda davacının ortak sıfatını kazanıp kazanmadığının henüz belirlenmediği, askıda bulunan pay intikali işleminin sonuçlanmadığı aşamada davacı tarafından dava dışı hissedar ...’a yapılan pay devrinin geçerli olup olmadığı değerlendirilmeden davanın konusuz kaldığı kabul edilerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır. Bu durumda, dava dışı hissedar ...’a yapılan pay devrinin geçerli olup olmadığı değerlendirilip, davacının davayı takip etmek isteyip istemediği hususu da açıklığa kavuşturularak, davalının davacıya yaptığı teklifinde belirttiği bedelle bağlı olduğu hususu da göz önünde bulundurularak sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir.” İstanbul BAM 12. HD., 29.05.2023, 2111/858 (Kazancı).

⁵⁸ Böckli, § 5, Rn. 165.

⁵⁹ Böckli, § 5, Rn. 165.

⁶⁰ Böckli, § 5, Rn. 165.

hükümleri uyarınca da gerçek değeri kabul etme inisiyatifi devralandır.

TTK m. 493/5 hükmü çerçevesinde verilen değer tespitine ilişkin kararlar ilâmlı icranın konusunu oluşturmaz. Zira, Türk hukukunda bir mahkeme hükmünün, icra takibine konu edilebilmesi için eda hükmü içermesi gerekir⁶¹. Eda hükmü içeren mahkeme kararları, İİK m. 24 vd. hükümlerine göre ilâmlı icra yoluyla icra takibine konu edilebilir. Eda hükmü içermeyen ilâmlar veya ilâmların edaya ilişkin olmayan kısımları, ilâmlı icra konusu olmaz⁶². Zira inşâî hükümler kendiliğinden yeni bir hukukî durum doğurduğundan, (inşâî hükme dayalı edimlere ve yargılama giderlerine ilişkin kısımlar hariç) ayrıca icra organları aracılığıyla icrasına ihtiyaç yoktur⁶³. Tespit hükümleri ise, bir edayı içermediklerinden, icraî nitelikte olmayıp sadece bir hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğunu tespit ettiğinden, (yargılama giderlerine ilişkin kısımları hariç) ilâmlı icra konusu olamazlar⁶⁴.

O hâlde icrası kabil kararlar, eda hükümleridir. TTK m. 493/5 hükmüne göre “Devralan, paylarının gerçek değerinin belirlenmesini, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden isteyebilir; bu hâlde mahkeme şirketin karar tarihine en yakın tarihteki değerini esas alır. Değerleme giderlerini şirket karşılar.” TTK m. 493/5 hükmündeki payların gerçek değerinin belirlenmesi prosedürünün hukukî niteliğinin eda davası olmadığı ve neticesinde verilen kararın eda hükmü içermediği açıktır. Zira TTK m. 493/5 hükmünde; mahkemeden payların gerçek

⁶¹ Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, On İki Levha Yayıncılık, 11. Bası, İstanbul 2024, s. 310; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 892 vd.; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2024, s. 480; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2024, s. 437-438.

⁶² Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 310.

⁶³ Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 308-309.

⁶⁴ Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 308-309; Kuru, *İcra El Kitabı*, s. 894.

değerinin belirlenmesi talep edilmektedir. Ancak burada, tespit edilen gerçek değer pay sahibine ödenmesine hükmedilmemektedir. Oysa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105. maddesine göre eda davaları; davalının bir şeyi yapmaya, bir şey vermeye veya bir şeyi yapmamaya mahkûm edilmesinin istendiği davalardır⁶⁵. Bu çerçevede inceleme konusu hukukî prosedürde; muhatabın bir şeyi yapması, vermesi veya yapmaması talep edilmemektedir. O hâlde inceleme konusu hukukî sürecin bir eda davası olmadığı, neticede verilen hükmün bir eda hükmü olmadığı ve dolayısıyla ilâmlı icraya konu olamayacağı muhakkaktır.

Netice olarak TTK m. 493/5 hükmündeki prosedürün hukukî niteliği eda davası olmayıp verilen karar da eda hükmü içermez. Bu prosedür neticesinde payların gerçek değerinin tespiti yönünde bir karar verilse dahi, yukarıda ifade edilen özellikler nedeniyle bu prosedürün tespit davasından ziyade çekişmesiz yargı işi ile benzeştiği sonucuna varılabilir⁶⁶. Bu süreç tespit davası olarak nitelenseydi dahi, tespit davalarında elde edilen ilâm yalnızca yargılama giderleri bakımından ilâmlı icraya konu olabileceğinden; mahkemenin değer tespiti hakkında vereceği karar, icra edilebilir bir karar olmayıp, kararın gereği yerine getirilmezse ilâmlı icra takibi yapılması mümkün değildir.

Pay sahibi tespit edilen değeri kabul eder veya süresinde reddetmediğinden kabul etmiş sayılırsa, ancak buna rağmen şirket ödemesi gereken miktarı ödemezse bu ihtimalde pay sahibi alacağını tahsil etmek için kural olarak bir eda davası açmak zorundadır. Zira mahkemece TTK m. 493/5 çerçevesinde yapılan tespit, eda hükmü içermemektedir. Dolayısıyla bu noktada pay sahibinin doğrudan ilâmlı icra yoluna müracaat etmesi mümkün değildir. İlâmlı icra takibi yapabilmek için de evvela bir alacak davası açılması gerekecektir. Ancak alacak davasında lehe hüküm alınmasından sonra, bu alacak davasındaki hüküm icra edilebilecektir. Payların gerçek değeri mahkemece saptanmış olduğu için, bu davanın kural olarak belirsiz

⁶⁵ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 222; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, 25. Baskı, Ankara 2014, s. 257.

⁶⁶ Ayrıca bkz. yuk. I.

alacak davası olarak açılması mümkün değildir⁶⁷. Ancak davanın kısmî dava olarak açılmasına bir engel yoktur (HMK m. 109). Yine bu davada karşılıklı edaya mahkûmiyet uygun bir çözüm olacaktır⁶⁸.

Bu noktada mahkeme kararında saptanan ve pay sahibi tarafından kabul edilen (veya süresinde reddedilmediği için kabul edilmiş sayılan) pay bedellerinin tahsili için izlenebilecek bir diğer yol ise ilâmsız icra takibidir. Para alacakları için kabul edilen ilâmsız icra takibi hukukumuzda özgü bir yol olup, alacaklının herhangi bir ilâma ihtiyaç duymadan icra takibi başlatmasına imkân tanımaktadır⁶⁹. Ancak ilâmsız icra takibinde de itiraz üzerine takip durur ve takibe devam edebilmek için mahkemeye müracaat edilmesi gerekir⁷⁰. Bu noktada itirazın bertaraf edilerek takibe devam edilebilmesi için iki seçenek bulunmaktadır. Bunlardan ilki İİK m. 67 hükmü çerçevesinde genel mahkemelerde itirazın iptali davası açılması, ikincisi ise İİK m. 68 hükmü çerçevesinde icra mahkemesinde itirazın kaldırılması prosedürüdür. İşte bu faraziye; mahkemenin değer tespiti, ancak itirazın bertaraf edilmesi için mahkemelere müracaat edildiğinde usûl hukuku çerçevesinde etki doğuracaktır. İlâmsız takipte her ne kadar bir mahkeme kararına ihtiyaç olmadan icra takibi başlatılabiliyorsa da itiraz üzerine icra takibine devam edilebilmesi için bir mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Bu nedenle, mahkemece TTK m. 493/5 çerçevesinde yapılan tespite dayalı ilâmsız icra takibi başlatılması ihtimalinde de itiraz üzerine yine itirazın iptali davasına veya itirazın kaldırılması yoluna müracaat etmek gerekir. TTK m. 493/5 çerçevesinde verilen karar (İİK m. 68 hükmündeki diğer koşulları da taşıması hâlinde), itiraz üzerine icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını sağlayabilir⁷¹. Bu konuda olası ihtimallere işaret edildikten sonra netice olarak

⁶⁷ Hakan Pekcanitez, *Belirsiz Alacak Davası* (HMK m. 107), Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 38 vd.; Cemil Simil, *Belirsiz Alacak Davası*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 209 vd.

⁶⁸ Benzer bir faraziye bakımından bu öneri için bkz. Böckli, § 5, Rn. 164.

⁶⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 96 vd.

⁷⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 117 vd.

⁷¹ İlâm niteliğinde olmayan mahkeme kararları, İİK m. 68 anlamında belge kabul edilebilir (Atalı/Ermenk/Erdoğan, İcra, s. 437).

vurgulanmalıdır ki; TTK m. 493/5 hükmü çerçevesinde verilen kararın ilâmlı icraya konu olması mümkün değildir. İlâmsız icra takibine müracaat durumunda da itiraz hâlinde mesele mutlaka yeniden mahkemeye intikal ettirilmelidir.

Şirketin tespit edilen gerçek değeri ödeyeceği yönünde ayrıca bir beyanda bulunması durumunda, salt bu beyanın ulaşılan sonuca herhangi bir etkisi yoktur. Esasen kaçış klozuna müracaat eden şirketin, mahkemece tespit edilecek değeri de (hatta beklentisinden çok yüksek bir saptama olsa bile) ödemeyi taahhüt ettiği kabul edilir⁷². Hemen yukarıda belirtildiği üzere mahkemece değer tespit edildiği hâllerde mahkeme kararı İİK m. 68 anlamında belge teşkil edebilecektir. Değerin mahkemece saptanmadığı hâllerde ise şirketin ödemeyi gerçekleştireceğine ilişkin bu beyanı diğer koşulları da taşıması kaydıyla İİK m. 68 anlamında bir belgede somutlaşırsa itirazın kaldırılması yoluna gidilmesi imkânı olabilir. Yine eğer ki bu beyan ilâm niteliğinde bir belgede (İİK m. 38) tecessüm ederse bu ihtimalde de ilâmlı icra takibi söz konusu olabilecektir. Bu nitelikte olmayan bir beyan ise, sadece açılan davada veya itirazın bertaraf edilmesi için müracaat edilen hukukî prosedürde tartışılacak bir husus olabilir.

TTK m. 494/2 hükmü uyarınca, payların miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra gereği iktisap edilmeleri hâlinde, bunların mülkiyeti ve bunlardan kaynaklanan malvarlığına ilişkin haklar derhâl; genel kurula katılma haklarıyla oy hakları ise ancak şirketin onayı ile birlikte devralana geçer. Şirket, onaylamaya ilişkin istemi, aldığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde reddetmemişse veya ret haksızsa, onay verilmiş sayılır. TTK m. 494/2 kapsamındaki hâllerde, mahkemece saptanan ve devralan tarafından kabul edilen gerçek değer şirket tarafından ödenmemesi durumunda, pay sahibi icra takibi yapmak veya alacak davası açmak yerine, zaten hâlihazırda malik olduğu ve malvarlıksal hakları kullandığı paylara⁷³ ilişkin genel kurula katılma hakkı ve oy haklarını da kullanmayı tercih edebilecektir. Şirketin buna engel olması durumunda

⁷² Böckli, § 5, Rn. 165.

⁷³ Böckli, § 5, Rn. 258, Baydak, s. 156 vd.

ise, payları miras yoluyla edinen pay sahiplerinin bir tespit davası açması mümkün olduğu gibi, koşulları bulunduğu takdirde yönetim kurulu üyeleri aleyhine TTK m. 553 vd. hükümleri çerçevesinde sorumluluk davası açılması başta olmak üzere⁷⁴, şirketler hukukunda pay sahibini korumaya dönük diğer mekanizmaların işletilmesi de mümkündür⁷⁵.

Değer tespitine ilişkin kararlara karşı istinaf kanun yoluna müracaat edilebilir (HMK m. 341/1-a), ancak çekişmesiz yargı işi olmaları nedeniyle temyiz yoluna müracaat edilemeyecektir (HMK m. 362/1, ç). Bir diğer ifadeyle; TTK m. 493/5 çerçevesinde değer tespiti prosedürünü çekişmesiz yargı işi olarak kabul ettiğimiz için asliye ticaret mahkemesinin verdiği kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün olmasına rağmen, istinaf başvurusu neticesinde verilen bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz kanun yoluna gidilemez (HMK m. 341/1-a; HMK m. 362/1-ç). Bu süreçte

⁷⁴ Bozkurt, Bağlam, s. 346. Sorumluluk davaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Muhammet Özkes/Vural Seven/Nedim Meriç, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası* (TTK m. 549 vd.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 19 vd.; Ersin Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, İstanbul 2010; Hamdi Yasaman, *Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılabilir Sorumluluk Davaları*, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2013/2, s. 97 vd.; Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 2001; Ali Eskiocak, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 19 vd. Ayrıca bkz. S. Anlam Altay, *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Farklılaştırılmış Teselsül, Terazî Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 151, s. 68 vd.; Tolga Ayoğlu, "Pay Sahipleri ile Alacaklıların "Dolayısıyla Zarar" Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamları İcraya Koyma Yetkisi", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl: 2009, S. 73, s. 67 vd.; Mehmet Emin Alpaslan, *Pay Sahiplerinin Şirket Zararı Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açtıkları Sorumluluk Davalarındaki Hukukî Statüsü ve Bu Davalarda Alınan İlâmların İcrası*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2024 (170), s. 223 vd.

⁷⁵ Bkz. ve karşı. Bozkurt, Bağlam, s. 346-349. Ayrıca bkz. yuk. II, E.

gerçekleşebilecek bir temel hak ihlâli durumunda, diğer koşulların da bulunması kaydıyla bireysel başvuru yoluna müracaat edilmesi de mümkündür⁷⁶.

Sonuç

Anonim şirketlerde pay devri prensip olarak serbest olmakla birlikte, TTK m. 493 hükmü çerçevesinde borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar bakımından şirketin pay devrine izin vermemesi mümkün olabilmektedir. Bu noktada Türk Ticaret Kanunu m. 493/5 hükmü çerçevesinde anonim şirket paylarının gerçek değerinin saptanması sürecinde, usûlî yönden birçok meselenin çözümü gerekmektedir.

TTK m. 493/5 hükmünde düzenlenen hukukî prosedür neticesinde payların gerçek değerinin saptanması hedeflenmektedir. TTK m. 493/5 hükmü çerçevesinde mahkemece tespit edilecek değer, pay sahibi bakımından bağlayıcı değildir. Pay sahibi değer tespiti üzerine bir ay içerisinde, mahkemece gerçek değer olarak tespit edilen değeri ve dolayısıyla şirketin devralma önerisini reddetme hakkına sahiptir. İsviçre hukukunda da aynı sonuç kabul edilmektedir. Bu çerçevede, TTK m. 493/5 hükmündeki prosedürün bir tespit davası olarak tavsifi zordur. Bu nedenle mahkemenin kararı bir tespit hükmü de olmayıp maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmemektedir. Özellikle varılan sonucun pay sahibi bakımından bağlayıcı olmaması ve bu süreçte pay sahibi başvurduğunda da değerlendirme giderlerinin şirket tarafından karşılanması, incelemeye konu süreci bir tespit davasından ziyade çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmesini gerekli kılmaktadır.

TTK m. 493/5 hükmü uyarınca; devralan, paylarının gerçek değerinin belirlenmesini, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden isteyebilir. TTK m. 493/5 hükmü çerçevesinde başlatılacak süreçlerde görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Yetkili asliye ticaret mahkemesi ise şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir. Bu noktada şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin yetkisi kesin yetki olarak kabul edilmelidir.

TTK m. 493/5 hükmüne ilişkin yürütülen süreçlerde bir hukukî ihtilaf ortaya çıkması ve şirketin pay sahibinin haklarını ihlâl etme

⁷⁶ Alpaslan, Bireysel Başvuru, s. 124 vd.

tehlikesi bulunması durumunda payların devrinin önlenmesine ilişkin geçici hukukî koruma kararı verilebileceği gibi uygun diğer geçici hukukî koruma kararları da verilebilir.

Gerçek değer ile kastedilen, tasfiye değeri değildir; zira şirketin yaşayan bir teşebbüs olarak değeri tasfiye değerinin çok daha üzerinde olabilir. Gerçek değer ile kastedilen hakiki değer olup bu değer hesabında sadece esas değer ve kârlar değil hisse paketinin büyüklüğü ve geleceğe yönelik beklentiler başta olmak üzere diğer faktörler esas alınır.

Şirketin malvarlığına ilişkin bilgiler şirketin kontrolünde olduğundan, gerçek değer tespiti sürecinde pay sahibi bakımından ortaya çıkabilecek ispat sorunlarının, belgelerin ibrazı mecburiyetine ilişkin sistemin kıyasen uygulanması suretiyle aşılması uygun olacaktır.

Mirasçılar arasında elbirliği mülkiyetinin devam ettiği hâllerde dahi mirasçılardan yalnız birinin talebiyle de değer tespiti süreci işletilebilmelidir. Zira burada paylar üzerinde tüm mirasçıların birlikte tasarruf yetkisi olsa da, ilgili sıfatıyla her bir pay sahibinin bu talebi yöneltmesine bir engel olmamalıdır.

Değer tespiti süreçlerinde, bu süreçle doğrudan veya dolaylı bağlantılı olarak; genel kurulun ve yönetim kurulunun iptali davaları veya sorumluluk davaları ile karşılaşılabılır. Gerekli hâllerde anılan davaların bekletici mesele olarak değerlendirilmesi ihtimal dahilindedir.

TTK m. 493/5 çerçevesinde başlatılan değer tespit süreçlerine ilişkin yargılama giderlerini her hâlde şirketin karşılaması gerekir. Bununla birlikte değerleme sonucunda şirketin teklif ettiği değer veya daha aşağı bir değer ortaya çıkarsa bu senaryoda değerleme giderlerinin kötü niyetle talepte bulunan pay sahibine tahmili de düşünülebilir.

TTK m. 493/5 hükmü çerçevesinde değer tespitine ilişkin müracaat üzerine mahkemece verilecek karar eda hükmü niteliğinde olmayıp, ilâmlı icraya konu edilemez. TTK m. 493/5 hükmü çerçevesinde değer tespitine ilişkin süreç neticesinde verilecek karar, ilâmlı icra yoluyla doğrudan icra edilebilecek bir karar olmadığından; ilgili payların sahibi tespit edilen değeri kabul eder veya süresinde reddetmediğinden kabul etmiş sayılırsa, ancak buna rağmen şirket ödemesi gereken tutarı ödemezse ilâmlı icra takibi yapabilmek için ayrı bir alacak davası açması gerekir. Pay sahibi dava açmadan ilâmsız icra

yoluna da başvurulabilir. Ancak ilâmsız icra yoluyla takibe itiraz hâlinde de pay sahibinin takibe devam edebilmesi için yine mahkemeye müracaat etmesi gerekir. Bu nedenle TTK m. 493/5 hükmü çerçevesinde verilen kararın tek başına icrası mümkün değildir. TTK m. 494/2 kapsamındaki hâllerde mahkemece saptanan ve devralan tarafından kabul edilen gerçek değerın şirket tarafından ödenmemesi durumunda, pay sahibi icra takibi yapmak veya alacak davası açmak yerine, zaten hâlihazırda malik olduğu ve malvarlıksal hakları kullandığı paylara ilişkin genel kurula katılma hakları ile oy haklarını da kullanmayı tercih edebilecektir.

TTK m. 493 sistemi, ticaret hukuku doktrininde işaret edilen eksiklikler ve çelişkiler yanında usûl hukuku açısından da tereddüt yaratmaya elverişli bir yapıya sahiptir. Özellikle mahkemece gerçek değerinin tespitinin hukukî niteliğinin ve usûlünün somutlaştırılması, mahkemece değer tespit edilmesinin sonuçlarının tereddütsüz biçimde ortaya konulması gereklidir. Keza TTK m. 493/1 hükmündeki iradî devir hâlleriyle TTK m. 493/4 hükmündeki özel iktisap hâllerinin aralarındaki farklılıklar da gözetilerek ayrı ayrı düzenlenmesi, ortak düzenleme yönündeki tercih muhafaza edilmeye devam edilecekse de hükmün tüm fıkralarının ilgili hâlleri kapsayıcı (kapsam dışındaki hâlleri ise açıkça dışarıda bırakacak) şekilde düzenlenmesi uygun olacaktır.

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.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Aufsatz mit dem Titel „Die Rechtsnatur und Grundsätze der Feststellung des wirklichen Wertes von Aktiengesellschaftsanteilen im Rahmen der Bestimmungen des türkischen Handelsgesetzes Art. 493/5“ befasst sich mit dem Verfahren und den Problemen zur Feststellung des wirklichen Werts von Aktiengesellschaftsanteilen im Rahmen von Art. 493/5 des türkischen Handelsgesetzbuchs.

Obwohl die Anteilsübertragung bei Aktiengesellschaften grundsätzlich erlaubt ist, ist es für das Unternehmen möglich, im Rahmen von Artikel 493 des türkischen Handelsgesetzbuchs die Anteilsübertragung in Form von Namensaktien, die nicht an der Börse notiert sind, nicht zuzulassen. An dieser Stelle gibt es viele Verfahrensfragen, die bei der Bestimmung des wirklichen Werts von Aktiengesellschaftsanteilen im Rahmen von Artikel 493/5 des türkischen Handelsgesetzbuchs geklärt werden müssen.

Das Ziel des in Artikel 493/5 des türkischen Handelsgesetzbuchs geregelten Rechtsverfahrens besteht darin, den wirklichen Wert der Anteile zu feststellen. Der in diesem Verfahren zu festgestelltem Wert ist für den Aktionär nicht bindend. Der Aktionär hat das Recht, den vom Gericht als wirklichen Wert festgestellten Wert und den Vorschlag der Gesellschaft innerhalb eines Monats abzulehnen. Das gleiche Ergebnis wird im Schweizer Recht akzeptiert. In diesem Zusammenhang ist es schwierig, das Verfahren gemäß Artikel 493/5 des türkischen Handelsgesetzbuchs als Feststellungsklage zu bezeichnen. Daher handelt es sich bei der Entscheidung des Gerichts nicht um ein Feststellungsurteil. Diese Entscheidung hat keine materielle Rechtskraft. Die Tatsache, dass die gerichtliche Entscheidung für den Aktionär nicht bindend ist und die Gesellschaft die Bewertungskosten übernimmt, zeigt, dass die Rechtsnatur des Bewertungsverfahrens „freiwillige Gerichtsbarkeit“ ist.

Für die Feststellung des wirklichen Wertes der Anteile ist das Handelsgericht am Sitz der Gesellschaft zuständig. Hier herrscht eine zwingende örtliche Zuständigkeit.

Besteht die Gefahr, dass die Gesellschaft die Rechte der Aktionäre verletzt, kann eine einstweilige Verfügung zur Verhinderung der

Anteilsübertragung oder eine andere entsprechende einstweilige Verfügung erlassen werden.

Mit wirklichem Wert ist nicht der Liquidationswert gemeint; denn der Wert des Unternehmens als lebendiges Unternehmen kann viel höher sein als sein Liquidationswert. Bei der Berechnung des wirklichen Wertes werden Substanzwert, Ertrags, Größe des Aktienpakets und Zukunftsaussichten berücksichtigt.

Da die Informationen über das Vermögen unter der Kontrolle der Gesellschaft stehen, kann es bei der Feststellung des wirklichen Wertes zu Beweisproblemen kommen. Diese Probleme können durch die Nutzung der Regelungen zur Vorlagepflicht gelöst werden.

Bei Fortbestehen des Miteigentums kann auch einer der Erben die Feststellung des wirklichen Wertes verlangen. Auch wenn alle Erben das Recht haben, gemeinsam über die Anteile zu verfügen, kann jeder Erbe diesen Antrag als „relevante Person“ stellen.

Während der Bewertungsprozess noch andauert, können im Zusammenhang mit diesem Prozess Klagen eingereicht werden. Bei Vorliegen der Voraussetzungen kann das Wertfeststellungsverfahren aufgrund dieser Fälle sistiert werden.

Gegen Wertfeststellungsentscheidungen kann Berufung eingelegt werden. Da es sich jedoch um freiwillige Gerichtsbarkeit handelt, ist die Revision nicht möglich.

Grundsätzlich muss die Gesellschaft die mit den Bewertungsverfahren verbundenen Prozesskosten tragen.

Die Bewertungsentscheidung, ist kein Leistungsurteil. Diese Entscheidung kann nicht wie eine Gerichtsentscheidung vollstreckt werden. Auch wenn der Aktionär den festgestellten Wert akzeptiert, kann der Aktionär eine Forderungsklage einreichen, wenn die Gesellschaft nicht den Betrag zahlt. Der Aktionär kann die Vollstreckung auch ohne Urteil beantragen, ohne eine Klage einzureichen.

KISALTMALAR CETVELİ

Art.	:	Artikel
aşa.	:	Aşağıda
bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
HD.	:	Hukuk Dairesi
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	:	İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	:	İcra ve İflâs Kanunu
m.	:	Madde
Rn.	:	Randnummer
s.	:	Sayfa
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
vd.	:	Ve devamı
yuk.	:	Yukarıda

KAYNAKÇA

- AKKAN Mine, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, İstanbul 2017.
- ALBAYRAK Hakan, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- ALPASLAN Mehmet Emin, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Kararların Medenî Usûl Hukukuna Etkileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023 ("Bireysel Başvuru").
- ALPASLAN Mehmet Emin, Pay Sahiplerinin Şirket Zararı Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açtıkları Sorumluluk Davalarındaki Hukukî Statüsü ve Bu Davalarda Alınan İlâmların İcrası, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2024 (170), s. 223-266 ("Sorumluluk").
- ALTAY S. Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Farklılaştırılmış Teselsül, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 151, s. 68-75.
- ARAS Aslı, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- ARSLAN Ramazan, *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Sevinç Matbaası, Ankara 1989.
- ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2024 ("İcra").
- ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2024 (Usûl).
- AŞIK İbrahim, *Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- ATA Özlem, "Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Devri", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, 2019/2, s. 1-25.

ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2024 (“İcra”).

ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, 7. Bası, Ankara 2024 (“Usûl”).

AYOĞLU Tolga, “Pay Sahipleri ile Alacaklıların “Dolayısıyla Zarar” Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamları İcraya Koyma Yetkisi”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl: 2009, S. 73, s. 67-86 (“Sorumluluk Davası”).

AYOĞLU Tolga, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018 (“Tahkim”).

BAHTİYAR Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, Beta Yayıncılık, 17. Bası, İstanbul 2024.

BAYDAK Ecrin, *Sermaye Şirketlerinde Payın Miras Yoluyla Geçmesi*, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2024.

BERBER Bahaeddin, “Anonim Şirketler Hukukunda Kaçış Kloxuna İlişkin Bazı Sorunların Değerlendirilmesi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024/1, s. 291-304.

BOZKURT Tamer, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) – Die Vinkulierung*, Yetkin Yayınları, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2023 (“Bağlam”).

BOZKURT Tamer, “Yargıtay Kararları Ekseninde Anonim Şirketlerde Bağlı Nama Yazılı Paylarla İlgili Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2021, s. 119-216 (“Öneriler”).

BÖCKLİ Peter, *Schweizer Aktienrecht*, Schulthess, 5. Auflage, Zürich 2022 (Swisslex).

- BUDAK Ali Cem/KARAASLAN Varol, *Medenî Usûl Hukuku*, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul 2021.
- CANKAT Rifat, "Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Kanuni İktisabına İlişkin Yapılan Tartışmalar", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016/1, s. 179-198.
- CENKÇİ Esra, "Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde Kaçış Kızuna Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 79 (2), s. 379-408.
- ÇALIK Zeynep, Anonim Şirketlerin TTK m. 493 Uyarınca Satın Alma Önerisinde Bulunma Hakkı, *Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.
- ÇAMOĞLU Ersin, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, İstanbul 2010.
- EKMEKÇİ Ömer/ÖZEKES Muhammet/ATALI Murat/SEVEN Vural, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2018.
- ERDEM Ercüment, "Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK'nın Çözümleri", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2012, s. 97-130.
- ERDÖNMEZ Güray, *Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2014.
- ESKİOCAK Ali, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- HANDSCHIN Lukas, *Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre*, Art. 660 - 697m OR, ZK - Zürcher Kommentar, Schulthess, 2. Auflage, Zürich 2021 (Swisslex).
- HELVACI Mehmet, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 2001.

KURU Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013 (“İcra”).

KURU Baki, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2020 (“Usûl”).

KURU Baki, *Nizasız Kaza*, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961(“Nizasız Kaza”).

KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, 25. Baskı, Ankara 2014.

MİLDON Yasemin, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Korporatif Düzlem ile Bağlantılı Paralel Yargılamalar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

ÖZEKES Muhammet, *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, İstanbul 2017.

ÖZEKES Muhammet/SEVEN Vural/MERİÇ Nedim, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

PEKCANİTEZ Hakan, Bekletici Sorun (Meselei Müstehire), *Makaleler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, C. I, s. 1-32 (“Bekletici Mesele”).

PEKCANİTEZ Hakan, *Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2011 (“Belirsiz Alacak”).

PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, On İki Levha Yayıncılık, 12. Bası, İstanbul 2024.

PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, On İki Levha Yayıncılık, 11. Bası, İstanbul 2024.

SCHMID C./WALTER M., *Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530–771 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg. Roberto V./Trüeb H. R.)*, Schulthess, 4. Auflage, Zürich 2024 (Swisslex).

- SEVİ Ali Murat, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2018.
- SİMİL Cemil, *Belirsiz Alacak Davası*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- TANRIVER Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, C. I, 4. Bası, Ankara 2021.
- TEKİNALP Ünal, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- UZEL Necdet, *Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam*, On İki Levha Yayıncılık, 12. Bası, İstanbul 2024.
- YASAMAN Hamdi, "Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılabilir Sorumluluk Davaları", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2013/2, s. 97-112.
- YILMAZ Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2021.
- YILMAZ Lerzan, "İsviçre Borçlar Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Nama Yazılı Pay Senetlerinde Bağlamın Sınırlandırılması Sorunu", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 81, S. 4 (2007), s. 1571-1595.
- YÜKSEL Sinan Hüdayi, "Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu)", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013/2, s. 159-217.

Federal Almanya'da Anayasa Şikâyeti Kurumu: Türk ve AB Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Bir Analiz

Der Verfassungsbeschwerdemechanismus in der Bundesrepublik Deutschland: Eine vergleichende Analyse mit den türkischen und EU-Rechtssystemen

Doç. Dr. Soner Akın*

ÖZ

Bu çalışma, Federal Almanya'da anayasa şikâyeti mekanizmasını Türk ve Avrupa Birliği hukuk sistemleriyle karşılaştırmalı olarak ele almaktadır. Anayasa şikâyeti, bireylerin temel hak ihlalleri karşısında başvurabilecekleri en üst hukuki mekanizmalardan biri olarak, egemenlik, hukukun üstünlüğü ve uluslararası yargı ile etkileşim çerçevesinde incelenmiştir. Çalışmada öncelikle, Federal Almanya ve Türkiye'deki anayasa şikâyeti sistemlerinin hukuki çerçevesi ve işleyişi ele alınmaktadır. Federal yapıya sahip Almanya'da anayasa şikâyetinin yargısal denetim açısından nasıl bir rol oynadığı, üniter yapıya sahip Türkiye ile karşılaştırmalı olarak analiz edilmiştir. Ardından, anayasal yargının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Adalet Divanı ile ilişkisi irdelenmiş, özellikle Almanya ve Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına uyum düzeyleri değerlendirilmiştir. Çalışma ayrıca, anayasa şikâyetinin hukukun üstünlüğü ilkesine olan katkısını tartışmakta ve bu mekanizmanın yargısal denetim üzerindeki etkisini normatif bir perspektiften ele almaktadır. Federal Almanya ve Türkiye'de hukuki güvenlik açısından anayasa mahkemelerinin rolü

* Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Siyaset ve Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (sakin@mku.edu.tr). ORCID: 0000-0002-2403-8041.



incelenmiş, Avrupa Birliği hukukunun ulusal anayasa mahkemeleri üzerindeki etkileri karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Anayasa mahkemeleri arasındaki yetki çatışmaları ve Avrupa Birliği hukuku karşısında ulusal anayasal düzenlemelerin konumu tartışılmıştır. Anayasa şikâyeti mekanizmasının Alman, Türk ve Avrupa Birliği hukuk sistemleri içindeki konumu, etkinliği ve gelecekteki dönüşümü kapsamlı bir hukuki analiz çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bireysel başvuru hakkının, ulusal egemenlik ve uluslararası hukuk arasındaki dengede nasıl şekillendiği ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: *Anayasa şikâyeti, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, Alman Anayasası, hukuk devleti ilkesi, anayasal yargı, yetki paylaşımı ilkesi, avrupa hukukuna uygunluk.*

The Constitutional Complaint Mechanism in Federal Germany: A Comparative Analysis with the Turkish and EU Legal Systems

ABSTRACT

This study examines the constitutional complaint mechanism in Federal Germany through a comparative analysis with the Turkish and European Union legal systems. As one of the highest legal mechanisms available to individuals in cases of fundamental rights violations, the constitutional complaint is analyzed within the framework of sovereignty, the rule of law, and interaction with international jurisdiction. The study first addresses the legal framework and functioning of constitutional complaint systems in Federal Germany and Turkey. It explores the role of constitutional complaints in judicial review within the federal structure of Germany and contrasts this with the unitary system of Turkey. Subsequently, the interaction of constitutional adjudication with the European Court of Human Rights and the European Court of Justice is examined, with a particular focus on the extent to which Germany and Turkey adhere to European Court of Human Rights jurisprudence. Additionally, the study discusses the contribution of constitutional complaints to the principle of the rule of law and evaluates their impact on judicial oversight from a normative

perspective. The role of constitutional courts in ensuring legal certainty in Federal Germany and Turkey is analyzed, along with a comparative assessment of the influence of European Union law on national constitutional courts. The study further examines jurisdictional conflicts among constitutional courts and the position of national constitutional frameworks concerning European Union law. The constitutional complaint mechanism is assessed within the German, Turkish, and European Union legal systems in terms of its position, effectiveness, and future transformation. The study highlights how the right to individual application shapes the balance between national sovereignty and international law.

Keywords: *Constitutional complaint, Federal Constitutional Court of Germany, German Basic Law, rule of law principle, constitutional jurisdiction, principle of subsidiarity, compliance with european law.*

Einleitung

Im gegenwärtigen Zeitalter rasanter politischer, gesellschaftlicher und rechtlicher Wandlungen nimmt der Mechanismus der Verfassungsbeschwerde eine zentrale Rolle beim Schutz individueller Grundrechte und der Sicherstellung der Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns ein. Als wesentlicher Pfeiler demokratischer Rechtsstaaten demonstriert dieses Verfahren die Wirksamkeit individueller Rechtsbehelfe gegen staatliche Maßnahmen auf nationaler und internationaler Ebene. In einer Zeit, in der Veränderungen in einem bisher ungekannten Tempo erfolgen, erweist sich die Verfassungsbeschwerde als unverzichtbares Instrument zur Behebung von Missständen in staatlichen Praktiken und zur Verhinderung von Grundrechtsverletzungen.

In Deutschland wird der Mechanismus der Verfassungsbeschwerde innerhalb eines mehrschichtigen Justizsystems realisiert, das die bundesstaatliche Struktur des Landes widerspiegelt. Dieses System gewährleistet, dass sowohl zentrale als auch landesrechtliche Behörden die Einhaltung der Rechtsordnung sicherstellen, und fungiert damit als zentrales Balanceinstrument zur

Begrenzung staatlicher Befugnisse und zum Schutz der Grundrechte. Im Gegensatz dazu markierte die Einführung der individuellen Verfassungsbeschwerde in der Türkei im Jahr 2010 einen bedeutsamen Wendepunkt im nationalen Rechtssystem¹. Diese Reform hat den Bürgern ermöglicht, staatliche Maßnahmen und politische Entscheidungen unmittelbar anzufechten und läutet somit eine neue Ära im Schutz individueller Rechte innerhalb eines einheitlichen Rechtssystems ein. Beide Systeme – geprägt durch ihre unterschiedlichen historischen und strukturellen Kontexte – haben einzigartige Kontrollmechanismen entwickelt, die dem Schutz der individuellen Rechte dienen².

Die vorliegende Untersuchung beleuchtet zudem den Einfluss internationaler Rechtsrahmen, insbesondere der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie der normativen Vorgaben der Europäischen Union, auf die nationalen Verfahren der Verfassungsbeschwerde³. Die Bestrebungen nationaler Gerichte, internationale Standards zu erfüllen, offenbaren die Spannung zwischen staatlicher Souveränität und internationalen Verpflichtungen und machen die komplexen Dynamiken deutlich, die bei der Vereinbarkeit dieser beiden Sphären eine Rolle spielen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wendet sich grundsätzlich gegen überlange Untersuchungshaft und wahrt sorgfältig das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 5 und 6 EMRK). So befand der EGMR 2004 in einem deutschen Fall, dass die überlange Dauer des Ermittlungsverfahrens eine Verletzung der Art. 5 und 6

¹ Mehmet Kahraman, *Almanya'daki Anayasa Şikâyeti İle Karşılaştırmalı Olarak Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu*, HUMANITAS-Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi 1.01, 2013: 129-146.

² Tahir Muratoğlu, *Almanya Federal Cumhuriyeti'nde Hukuk Mesleklerine Giriş Şart Ve Usulleri*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 48, 2021: 21-64.

³ Matthäus Uitz, *Überlange Kindesunterhaltsverfahren im Lichte der Verfahrensgarantien der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht–GVRZ 8.1, 2025: 3-14.

EMRK darstellt⁴. Das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hingegen erkennt die EGMR-Rechtsprechung zwar grundsätzlich an, behält sich jedoch vor, insoweit von ihr abzuweichen, als sie mit den zentralen Verfassungsgrundsätzen unvereinbar ist. Im Urteil von 2005 zu langen Haftzeiten begründete das BVerfG seine eigene abweichende Auslegung ausdrücklich mit nationalen Sicherheits- und Unabhängigkeitsinteressen⁵. Das BVerfG machte klar, dass EGMR-Entscheidungen nur insoweit bindend sind, als sie dem Grundgesetz nicht widersprechen; im Zweifelsfall wendet es sie im Einklang mit der deutschen Rechtsordnung an. Dieser Ansatz spiegelt Vorrang und Souveränität des deutschen Verfassungsrechts wider: Das BVerfG wahrt die staatliche Ordnung und den Rechtsschutz, indem es bei Konflikten zwischen EGMR-Rechtsprechung und Grundgesetz zugunsten der bundesstaatlichen Verfassungslösung entscheidet. Zwar verfolgt auch das BVerfG den Schutz der Grundrechte, doch es legt Wert darauf, dass internationale Judikate dem innerstaatlichen Freiheits- und Sicherungskonzept nicht widersprechen. In der Konsequenz suchte das BVerfG etwa in Fällen überlanger Untersuchungshaft durch Gesetzesinitiativen des Bundestags nach regulativen Lösungen, anstatt sich uneingeschränkt an EGMR-Urteile zu binden.

In der Türkei zeichnet sich eine ähnliche Spannung ab. Obwohl seit der Verfassungsreform 2010 Verfassungsbeschwerden möglich sind, geht das Türkische Verfassungsgericht (AYM) internationalen Urteilen in der Praxis häufig reserviert entgegen. Der EGMR hat in Fällen wie *Selahattin Demirtaş* (2018) strenge Maßstäbe angelegt: Er stellte fest, dass die überlange Untersuchungshaft eines Oppositionspolitikers dessen Recht auf ein faires Verfahren verletzt hatte. Das Türkische Verfassungsgericht räumte diese Feststellung formell ein, hielt aber zugleich die nationalen Sicherheitsbelange und Souveränitätsinteressen

⁴ Bundesverfassungsgericht. Beschluss vom 10. Februar 2004 – 2 BvR 2236/04. BVerfG, 2004. www.bverfg.de/entscheidungen/rk20040210_2bvr223604.html.

⁵ European Court of Human Rights. *Demirtaş v. Turkey* (No. 2), Judgment of 20 Nov. 2018, Application no. 14305/17. HUDOC, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-187728%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-187728%22]}).

für vorrangig und setzte das Urteil nicht unmittelbar vollständig um⁶. Derartiges Verhalten verdeutlicht, dass für Ankara politische Stabilität und staatliche Sicherheit oft über den Anforderungen der Menschenrechtskonvention stehen. In der Praxis führt dies dazu, dass überlange Haft in Deutschland und in der Türkei unterschiedlich beurteilt wird: In Deutschland herrscht weitgehend Konsens, das Grundgesetz habe Vorrang vor allenfalls übereilten Außenurteilen, während in der Türkei Anwendung und Vollzug der EGMR-Rechtsprechung durch innere politische Rahmenbedingungen moduliert werden. Beide Rechtssysteme liefern damit anschauliche Beispiele dafür, wie sich divergierende verfassungsrechtliche Traditionen und Gewichtungen von Grundrechten einerseits und Souveränitätsprinzipien andererseits konkret auswirken.

Vor diesem Hintergrund wird eine vertiefte Analyse des deutschen Modells zur Balance zwischen nationalem Verfassungsrecht und internationalen Menschenrechtsverpflichtungen vorgenommen, wobei insbesondere die Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Spannungsverhältnis zwischen staatlicher Souveränität und völkerrechtlicher Bindung beleuchtet wird. Im Vergleich dazu werden die strukturellen Herausforderungen, rechtspolitischen Dynamiken und normativen Spannungen im türkischen Rechtssystem analysiert, wobei besonderes Augenmerk auf die Umsetzung internationaler Gerichtsurteile, wie denen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, sowie auf die verfassungsrechtlichen Reaktionen auf diese Urteile gelegt wird. Diese vergleichende Perspektive bietet die Grundlage für eine weiterführende Diskussion über die juristischen und praktischen Divergenzen zwischen beiden Ländern, insbesondere im Kontext grundlegender Freiheitsrechte wie dem Recht auf Freiheit und Sicherheit der Person sowie der Frage nach der Zulässigkeit und Dauer von Untersuchungshaft.

⁶ European Court of Human Rights. *Cumhuriyet Gazetesi and Others v. Turkey*, Judgment of 10 Nov. 2020, Application no. 28255/07. HUDOC, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-205647%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-205647%22]}).

Methodologisch stützt sich die Studie auf einen vergleichenden juristischen Ansatz, der durch die Auswertung von Gerichtsurteilen, Jahresberichten und einschlägiger Literatur fundiert wird. Die Untersuchung gliedert sich in mehrere Abschnitte: Zunächst wird die historische Entwicklung und die institutionelle Struktur des Verfassungsbeschwerdeverfahrens in Deutschland dargelegt, gefolgt von einer detaillierten Betrachtung der Anwendungsprozesse und Reformen in der Türkei. Anschließend wird die Interaktion zwischen den nationalen Systemen und den internationalen Rechtsnormen – insbesondere im Hinblick auf die Europäische Menschenrechtskonvention und die Vorgaben des EU-Rechts – kritisch analysiert⁷.

Ziel der Arbeit ist es, die zentrale Funktion des Verfassungsbeschwerdeverfahrens als Stütze des demokratischen Rechtsstaats und als Instrument zum Schutz individueller Rechte umfassend darzustellen. Darüber hinaus werden die Wechselwirkungen zwischen nationaler Souveränität und internationalen Rechtsvorgaben beleuchtet, potenzielle Reformbedarfe identifiziert und zukünftige Entwicklungen diskutiert, die zur weiteren Stärkung der Effektivität dieses Mechanismus beitragen könnten⁸. Diese Analyse leistet somit einen wesentlichen Beitrag zum Verständnis der Rolle der Verfassungsbeschwerde in einem zunehmend komplexen⁹, globalisierten Rechtsumfeld.

1. Verfassungsbeschwerde und das Souveränitätsdilemma

Das Verfassungsbeschwerdeverfahren spielt eine entscheidende Rolle beim Schutz der Grundrechte der Bürger, indem es einen direkten rechtlichen Rückgriff auf mögliche Verletzungen dieser Rechte durch

⁷ Christoph A. Spenlé, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die nationale Grundrechtsordnung: Spannungen und gegenseitige Befruchtung*, *Global Europe–Basel Papers on Europe in a Global Perspective* 83, 2007.

⁸ Ensari Yücel, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku*, *Adam Academy Journal of Social Sciences* 6.1, 2016: 59-84.

⁹ Birgit Enzmann, *Der demokratische Verfassungsstaat: Zwischen Legitimationskonflikt und Deutungsoffenheit*, Springer-Verlag, 2009.

staatliche Maßnahmen ermöglicht¹⁰. In diesem Zusammenhang hat die Wechselwirkung zwischen Verfassungsbeschwerden und Souveränität eine bedeutende Bedeutung, insbesondere wenn man das System von Deutschland mit dem der Türkei und des EU-Rechts vergleicht. Die Unterschiede zwischen föderalen und einheitlichen Strukturen erschweren diese Beziehung zusätzlich und beeinflussen den Umfang und die Effektivität der Verfassungsbeschwerdeverfahren in jedem System¹¹.

In Deutschland ermöglicht das Verfassungsbeschwerdeverfahren den Bürgern, sowohl gegen Bundes- als auch gegen Landesgesetze vor dem Bundesverfassungsgericht zu klagen. Dies gibt dem Gericht eine breite Zuständigkeit zur Überprüfung der Übereinstimmung sowohl der Bundes- als auch der Landesgesetze mit dem Grundgesetz¹². Die Auslegung der nationalen Souveränität innerhalb dieses Rahmens ist besonders wichtig, da das Gericht häufig Fragen des Föderalismus behandelt und sicherstellt, dass die Zentralregierung die Rechte der Landesregierungen nicht verletzt. Im Gegensatz dazu funktioniert die Türkei, mit ihrer einheitlichen Struktur, unter einem zentralisierten Rechtssystem, bei dem das Verfassungsgericht der Türkei Beschwerden hauptsächlich auf nationaler Ebene prüft¹³. Das Fehlen einer föderalen Struktur bedeutet, dass Verfassungsbeschwerden mehr auf die nationale Verwaltung ausgerichtet sind und das Gericht dafür verantwortlich ist, sicherzustellen, dass die Regierung die durch die Verfassung

¹⁰ Michael H. Müller, *Die innerstaatliche Umsetzung von einseitigen Maßnahmen der auswärtigen Gewalt*. Vol. 663. Duncker & Humblot, 2019.

¹¹ Tobias Kruis, *AB hukukunun teoride ve pratikte önceliği: Almanya'da uygulanması. Mali ve idari mahkemeler ve otoriteler üzerine teorik ve ampirik bir çalışma*, Cilt 73. Mohr Siebeck, 2013.

¹² Rudolf Mellinghof, *Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikayeti, Anayasa Yargısı 25.1*, 2009: 31-44.

¹³ Ergun Özbudun, *Türk anayasa mahkemesinin yargisal aktivizmi ve siyasal elitlerin tepkisi, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 62.03*, 2007: 257-268.

geschützten Rechte einhält, ohne die zusätzliche Komplexität der Landesgesetze¹⁴.

Darüber hinaus spielen der Europäische Gerichtshof (EuGH) und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) eine wichtige Rolle bei der Verfassungsüberprüfung, indem sie Streitigkeiten im Zusammenhang mit der nationalen Souveränität und ihrer Beziehung zum EU-Recht und zu internationalen Menschenrechtsstandards lösen¹⁵. In einigen Fällen haben diese Gerichte Entscheidungen getroffen, die nationale Rechtsrahmen infrage stellen, insbesondere in Bereichen der Souveränität und Gerichtsbarkeit zwischen EU-Recht und nationalen Verfassungen¹⁶.

Während Deutschland und die Türkei in unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Strukturen arbeiten, müssen ihre Verfassungsbeschwerdeverfahren komplexe Fragen der nationalen Souveränität navigieren, wobei das EU-Recht zusätzliche Herausforderungen im Hinblick auf die Gerichtsbarkeit und die Beziehung zwischen nationalen und internationalen Rechtsnormen mit sich bringt¹⁷.

2. Die Interaktion der verfassungsrechtlichen Justiz mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Das Türkische System der Verfassungsbeschwerde wird von einem komplexen Spannungsfeld geprägt, das zwischen richterlicher Unabhängigkeit, internationalen Rechtsnormen und innenpolitischen

¹⁴ Uwe Volkmann, Fremdbestimmung-Selbstbehauptung-Befreiung: Das BVerfG in der Frage der Sicherungsverwahrung, *Juristenzeitung*, 2011: 835-842.

¹⁵ Oliver Klein, Parteiverbotsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2001: 397-402.

¹⁶ Miguel Poiares Maduro, Der Kontrapunkt im Dienste eines europäischen Verfassungspluralismus, *Europarecht (EuR)* 42.1, 2007: 3-31.

¹⁷ Berthold Meyer, Bernhard Zangl, and Michael Zürn, Make law, not war: Internationale und transnationale Verrechtlichung als Baustein für Global Governance, Konfliktregelung und Friedensstrategien: *Eine Einführung*, 2011: 523-544.

Dynamiken verläuft. Insbesondere die Umsetzung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in das nationale Recht offenbart die Versuche der Türkei, ein Gleichgewicht zwischen ihrer verfassungsrechtlichen Identität und ihren internationalen Verpflichtungen zu wahren. Diese Spannung bestimmt nicht nur die Effektivität des Beschwerdemechanismus, sondern offenbart zugleich die konstitutionellen Ambivalenzen im Verhältnis von nationaler Souveränität und völkerrechtlicher Bindung.

Die 2010 eingeführte Individualbeschwerde war ursprünglich als Stärkung des Rechtsstaats und als innerstaatliches Korrektiv gegenüber übermäßiger Staatsmacht konzipiert. Doch wie Çelebi (2021)¹⁸ darlegt, sind sogenannte „Aufforderungsbeschlüsse“ des Verfassungsgerichts zwar ein juristisches Instrument, um nationale Instanzen zur Beachtung der EGMR-Rechtsprechung zu bewegen – ihre Wirksamkeit ist jedoch unmittelbar von der tatsächlichen Unabhängigkeit der Justiz abhängig. Ein paradigmatisches Beispiel bietet der Fall Selahattin Demirtaş, in dem das türkische Verfassungsgericht trotz eines klaren Urteils des EGMR (2020) unter Berufung auf nationale Sicherheitsbedenken von einer vollständigen Umsetzung absah¹⁹.

Zudem zeigen Analysen wie jene von Şirin (2024)²⁰, dass das Prinzip der kontradiktorischen Verhandlung im Verfahren der Verfassungsbeschwerde systematisch unterminiert werde – was im Ergebnis das Recht auf ein faires Verfahren verletze. Auch Özyüksel (2024)²¹ kritisiert das Konzept der „Urteilsbindung“ („hükme bağlı

¹⁸ Ece Göztepe Çelebi, „Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi’nin Doğrudan ve Dolaylı ‘Çağrı Kararları’ Üzerine Bir İnceleme.” *Anayasa Yargısı*, c. 38, no. 1, 2021, ss. 43-83.

¹⁹ Mehmet Emin Alpaslan, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru ve Kararların Medenî Usûl Hukukuna Etkileri*. Oniki Levha Yayıncılık, 2023.

²⁰ Tolga Şirin, „Bireysel Başvuru Mekanizmasında Çelişmeli Yargılama Gerekliliği.” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 21, no. 2, 2024, ss. 137-160.

²¹ Özgün Özyüksel, „Hükme Bağlı Tutma Kavramının Türk Hukuku Bakımından Eleştirisi.” *Antalya Bilim University Law Review*, c. 12, no. 23, 2024.

tutma“) als ein Instrument, das die Verbindlichkeit der Entscheidungen des Verfassungsgerichts in der Praxis untergräbt und somit zu einer Aushöhlung der internationalen Kompatibilität beiträgt.

Die Haltung der Türkei gegenüber der Umsetzung von EGMR-Urteilen ist durch einen dualen Zugriff geprägt: Einerseits bekennt man sich völkerrechtlich zu den menschenrechtlichen Mindeststandards, andererseits wird deren Anwendung regelmäßig durch den Rekurs auf nationale Souveränität relativiert. Der Fall der Tageszeitung „Cumhuriyet“, in dem der EGMR im Jahr 2018 eine Verletzung der Meinungsfreiheit konstatierte, wurde von der Anayasa Mahkemesi lediglich restriktiv unter dem Gesichtspunkt der Staatssicherheit interpretiert²². Akçil (2022) betont, dass die Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Wirkung richterlicher Entscheidungen häufig vernachlässigt werde, was die Rezeption der Entscheidungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit erheblich erschwere²³.

Hinzu kommen strukturelle Probleme wie eine eingeschränkte gerichtliche Kapazität und mangelnde institutionelle Koordination. Saldırım (2016) weist darauf hin, dass das Fehlen eines kohärenten Umsetzungsrahmens für Höchstgerichtsurteile zu normativen Widersprüchen innerhalb des türkischen Rechtssystems führe, was die Rechtssicherheit zusätzlich schwäche.

Um den normativen Anspruch der Individualbeschwerde in praktische Effizienz zu überführen, ist eine tiefgreifende Reform des Mechanismus unabdingbar. Kılınç (2008)²⁴ schlägt im Lichte rechtsvergleichender Studien vor, den Zugang zur Verfassungsbeschwerde durch transparente, zugängliche und

²² Süleyman Burak Gündoğdu, „Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflâs Hukukundaki Şikâyet Müessesesine Hukukî Dinlenilme Hakkı Açısından Yaklaşımı.“ Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, no. 18, 2021, ss. 89-116.

²³ Yılmaz Akçil, „Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi.“ Anayasa Yargısı, c. 39, no. 1, 2022, ss. 1-45.

²⁴ Bahadır Kılınç, „Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Anayasa Şikâyeti Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği.“ Anayasa Yargısı, c. 24, no. 1, 2008, ss. 17-57.

rechenschaftspflichtige Verfahren zu institutionalisieren. Çelikyay (2015) wiederum plädiert für eine flexible Auslegung der Erschöpfung des Rechtswegs, da deren rigide Anwendung den Zugang zur Gerechtigkeit faktisch beschränke²⁵.

Zusammenfassend lassen sich drei zentrale Reformbereiche identifizieren: Erstens ist eine verfassungsrechtlich garantierte Unabhängigkeit der Justiz unabdingbar. Zweitens sind administrative Verfahren erforderlich, die eine unmittelbare und vollständige Umsetzung der EGMR-Urteile gewährleisten. Drittens ist ein klares politisches Bekenntnis zur völkerrechtlichen Integration notwendig. Nur durch die gleichzeitige Umsetzung dieser Elemente kann die Türkei nicht nur den Schutz individueller Grundrechte sichern, sondern auch ihre Stellung in der internationalen Rechtsgemeinschaft konsolidieren.

Das Bundesverfassungsgericht in Deutschland stellt ein bedeutendes Beispiel für die Einhaltung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) dar²⁶. Während Deutschland in der Regel die Urteile des EGMR respektiert, gibt es Fälle, in denen eine vollständige Übereinstimmung nicht erzielt wird²⁷. Das Bundesverfassungsgericht bewertet die EGMR-Urteile so, dass sie mit dem deutschen nationalen Recht in Einklang stehen. Aufgrund der Unabhängigkeit beider Gerichte können jedoch unterschiedliche Urteile entstehen²⁸. Ein Beispiel hierfür ist das Urteil des EGMR aus dem Jahr

²⁵ Hakan Sabri Çelikyay, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının 'Başvuru Yollarının Tüketilmesi' Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi." *Journal of Istanbul University Law Faculty*, c. 73, no. 1, 2015, ss. 21-61.

²⁶ Andreas Haratsch, Die Solange-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 66, 2006: 927-947.

²⁷ Anna Lübke, Jurisdiktion, Herrschaft und partielles Subjekt: Zur Reichweite der EMRK bei extraterritorialer Migrationskontrolle, *Europarecht (EuR)* 59.5, 2024: 415-432.

²⁸ Axel Schlenk, Bundesfinanzhof und Finanzverwaltung in Kooperation und Unabhängigkeit: allgemeine Bindungswirkung der Rechtsprechung,

2004, in dem die langfristige Haft von Gefangenen in Deutschland als Menschenrechtsverletzung gewertet wurde, aber das Bundesverfassungsgericht dieser Entscheidung nicht sofort folgte und auf eigene rechtliche Prinzipien verwies. Diese Divergenz verdeutlicht den gelegentlichen Konflikt zwischen dem deutschen Rechtssystem und den Urteilen des EGMR²⁹.

Ein weiteres zentrales Beispiel ist das Urteil des EGMR zu den Haftzeiten aus dem Jahr 2005, in dem der Gerichtshof feststellte, dass die längere Haft von Personen deren Rechte verletzt³⁰. Das Bundesverfassungsgericht, das nationalen Sicherheits- und Unabhängigkeitsprinzipien Vorrang einräumt, wehrte sich in einigen Fällen gegen die Auslegung des EGMR. Das Gericht argumentierte, dass Sicherheitsbelange und die Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland gewahrt bleiben müssen, selbst wenn dies bedeutet, dass man von den Urteilen des EGMR abweicht. Diese Situation veranschaulicht, wie nationale Verfassungsgerichte in einigen Fällen nationale rechtliche Rahmenbedingungen über internationale Urteile stellen können³¹.

Im Gegensatz dazu gestaltet sich die verfassungsrechtliche Interaktion der Türkei mit dem EGMR komplexer, insbesondere nach der Verfassungsänderung im Jahr 2010, durch die dem Türkischen Verfassungsgericht das Recht zur individuellen Beschwerde eingeräumt

Reaktionsformen der Finanzverwaltung, Reformüberlegungen, CF Müller GmbH, 2016.

²⁹ Simon Gerdemann, Entscheidungen mit Anmerkung, *Arbeit und Recht* 69.12, 2021: 512-519.

³⁰ Svetlana Paramonova, Der rechtliche Status der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowie deren Rolle bei der Gestaltung des russischen Strafverfahrens, *KritV, CritQ, RCrit. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft/Critical Quarterly for Legislation and Law/Revue critique trimestrielle de jurisprudence et de législation*, 2013: 188-210.

³¹ Jan Philipp Schaefer, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Faktor der europäischen Integration, *Europarecht (EuR)* 52.1, 2017: 80-105.

wurde³². Diese Reform sollte die Anzahl der Beschwerden beim EGMR verringern, doch die Umsetzung der Urteile des EGMR im türkischen Recht verlief nicht immer reibungslos. Ein Beispiel hierfür ist das Urteil des EGMR aus dem Jahr 2014 im Fall von Selahattin Demirtaş³³, in dem der Gerichtshof entschied³⁴, dass die Rechte von inhaftierten Parlamentariern verletzt wurden³⁵. Obwohl das Türkische Verfassungsgericht das Urteil anerkannte, traten bei der vollständigen Umsetzung des Urteils Probleme auf, da nationale Sicherheitsbedenken und die Unabhängigkeit der Justiz in der türkischen Verfassung berücksichtigt werden mussten. Die Zögerlichkeit des Türkischen Verfassungsgerichts bei der Umsetzung solcher Urteile verdeutlicht die Schwierigkeiten, das nationale Recht mit internationalen Menschenrechtsstandards in Einklang zu bringen³⁶.

Ein weiteres Beispiel ist der Fall „Cumhuriyet Zeitung“, in dem der EGMR 2018 entschied, dass die Rechte der Journalisten auf Meinungsfreiheit und Pressefreiheit in der Türkei verletzt wurden³⁷. Trotz dieses Urteils folgte das Türkische Verfassungsgericht nicht sofort dem Urteil, was auf eine Divergenz zwischen der Auslegung des EGMR

³² Taner Aydın und Eyüp Kaan Demirkıran, Das Kopftuch im öffentlichen Dienst im deutschen und türkischen Recht, Brückenschlag, *Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG*, 2024.

³³ Selahattin Demirtaş gegen die Türkei (EGMR, 22.12.2020, Beschwerdennummer 14305/17, Große Kammer).

³⁴ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte. (2020, 22. Dezember). Selahattin Demirtaş gegen die Türkei (Nr. 2), Beschwerdennummer 14305/17 (Große Kammer).

³⁵ Dilaver Nişancı, AİHM Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (AİHS M. 5) ve Bu Hakkın İfade Özgürlüğü (AİHS m. 10) ile Amaçta Saptırma Yasağı (AİHS m. 18) Açısından İrdelenmesi, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26.44, 2021: 37-74.

³⁶ Julia Platter und Barış Çalışkan, Das türkische Verfassungsgericht auf dem Weg zum „Hüter der Verfassung“, *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 2008: 832-848.

³⁷ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Sabuncu und andere gegen die Türkei, Beschwerdennummer 23199/17, 11. November 2020.

und der türkischen Rechtsprechung zur Pressefreiheit hinweist³⁸. Diese Fälle zeigen, dass die Türkei zwar bemüht ist, den Urteilen des EGMR zu folgen, aber in der Praxis gibt es Schwierigkeiten bei der vollständigen Umsetzung dieser Entscheidungen³⁹.

Der Hauptunterschied zwischen Deutschland und der Türkei hinsichtlich der Urteile des EGMR liegt in der Integration dieser Entscheidungen in das nationale Recht. Während Deutschland in der Regel versucht, mit der Rechtsprechung des EGMR übereinzustimmen, hat das Bundesverfassungsgericht die Flexibilität, Urteile abzulehnen, wenn sie mit grundlegenden Verfassungsprinzipien kollidieren. In der Türkei hingegen ist der Prozess der Umsetzung von EGMR-Urteilen schwieriger, da das Zusammenspiel zwischen internationalem Recht und nationalen verfassungsrechtlichen Bestimmungen komplexer ist⁴⁰. Die Zögerlichkeit des Türkischen Verfassungsgerichts, bestimmte EGMR-Urteile vollständig zu akzeptieren, zeigt die fortwährenden Herausforderungen bei der Harmonisierung des nationalen Rechts mit internationalen Menschenrechtsnormen⁴¹.

Abschließend lässt sich sagen, dass die Auswirkungen der Entscheidungen des EGMR auf den Verfassungsbeschwerdeprozess sowohl in Deutschland als auch in der Türkei erheblich sind. In Deutschland ist die Integration der Urteile des EGMR in den nationalen Rechtsprozess in der Regel reibungslos, obwohl es gelegentlich Ausnahmen aufgrund verfassungsrechtlicher Prinzipien wie der Unabhängigkeit der Justiz und der nationalen Sicherheit gibt. In der

³⁸ Cumhuriyet, "AİHM, Cumhuriyet davasında Türkiye'yi mahkum etti", Cumhuriyet, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/aihm-cumhuriyet-dava-sinda-turkiyeyi-mahkum-etti-1789919>, 2020, 10 Kasım.

³⁹ Christian J. Tams, Schwierigkeiten mit dem *Ius Cogens*. Anmerkungen zum Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Fall Al-Adsani gegen Vereinigtes Königreich vom 21. November 2001, *Archiv des Völkerrechts* 40.3, 2002: 331-349.

⁴⁰ Volker Epping, Kapitel 18: Justizielle Gewährleistungen, *Grundrechte*, 2012: 407-438.

⁴¹ Heinz Kramer, Demokratieverständnis und Demokratisierungsprozesse in der Türkei, *Südosteuropa Mitteilungen* 01, 2004: 30-43.

Türkei jedoch ist der Prozess der Umsetzung von EGMR-Entscheidungen komplexer, da nationale verfassungsrechtliche Prinzipien und Sicherheitsbedenken die vollständige Umsetzung verhindern können. Beide Länder müssen tiefere rechtliche Analysen und Reformprozesse durchführen, um ihre verfassungsrechtlichen Praktiken besser mit internationalen Menschenrechtsnormen in Einklang zu bringen⁴².

3. Die Rechtsstaatlichkeit und Verfassungsbeschwerden: Eine eingehende Analyse von Deutschland und der Türkei

Verfassungsbeschwerdeverfahren sind zu einem entscheidenden Instrument geworden, um sicherzustellen, dass die Rechtsstaatlichkeit gewahrt bleibt. Dieses Verfahren ermöglicht es Einzelpersonen, direkt gegen Gesetze oder staatliche Maßnahmen vorzugehen, die ihre Grundrechte verletzen, und trägt so zur Verstärkung der demokratischen Struktur jedes Staates bei. Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit besagt, dass alle Handlungen der Regierung und der staatlichen Institutionen gemäß den festgelegten rechtlichen Normen durchgeführt werden müssen, wobei besonderer Wert auf den Schutz der Grundrechte und die Sicherstellung einer unabhängigen, transparenten und für alle Bürger zugänglichen Justiz gelegt wird. Die Umsetzung des Verfassungsbeschwerde-Systems stellt sicher, dass Gesetze und staatliche Maßnahmen diese rechtlichen Garantien nicht untergraben⁴³.

Das Bundesverfassungsgericht in Deutschland hat eine entscheidende Rolle bei der Gestaltung und dem Schutz der Rechtsstaatlichkeit gespielt. Indem es Einzelpersonen ermöglicht, Beschwerden über die Verletzung ihrer Rechte vorzubringen, fungiert

⁴² Silvia von Steinsdorff und Felix Petersen. "Die „Kopftuch“-Debatte (n) der Gerichte: Bezüge zwischen der Rechtsprechung des EGMR und nationalen Verfassungs- und Obergerichten in Deutschland, Frankreich, Großbritannien und der Türkei." *Gerichtsverbünde, Grundrechte und Politikfelder in Europa*. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2016.

⁴³ Heinz-Werner Höffken und Martin Sattler. *Rechtsextremismus in der Bundesrepublik: Die „Alte“, die „Neue“ Rechte und der Neonazismus*. Springer-Verlag, 2013.

das Gericht als Kontrollinstanz gegen die Regierung und gesetzgeberische Maßnahmen. Die 1951 eingeführte Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde markierte einen grundlegenden Wandel im deutschen Rechtssystem, der es den Bürgern ermöglichte, gegen Gesetze vorzugehen, von denen sie glauben, dass sie ihre verfassungsmäßigen Rechte verletzen⁴⁴. Das wegweisende Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1951, das es ermöglichte, Verfassungsbeschwerden einzureichen, verankerte dieses Verfahren fest im deutschen Recht und stellte sicher, dass die Rechtsstaatlichkeit im politischen System des Staates erhalten bleibt⁴⁵.

Im Jahr 2021 spielte das Bundesverfassungsgericht eine zentrale Rolle bei der Sicherstellung der Rechtsstaatlichkeit, indem es die Verfassungsmäßigkeit der Maßnahmen der Regierung im Zusammenhang mit der Pandemie überprüfte⁴⁶. Dies wurde besonders im Fall der deutschen Lockdown-Maßnahmen deutlich, bei denen das Gericht feststellte, dass bestimmte Einschränkungen der persönlichen Freiheiten nur dann gerechtfertigt sind, wenn sie vorübergehend und verhältnismäßig sind. Dieses Beispiel zeigt, wie das Verfahren der Verfassungsbeschwerde die Rechtsstaatlichkeit sichern kann, indem es die Notwendigkeit der Regierung zum Handeln mit den individuellen Freiheiten und Rechten in Einklang bringt⁴⁷.

In Deutschland ist die Rolle der Verfassungsbeschwerde bei der Sicherstellung der Rechtsstaatlichkeit am deutlichsten durch die Auslegung und Durchsetzung des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht. Die 1951 eingeführte Möglichkeit der

⁴⁴ Ludger Dümenciler, Konsolidasyonlu Liberal Demokrasilerde Anayasal Yargının Kökenleri ve Dönüşümleri, *Siyaset Dergisi*, 2006: 50-73.

⁴⁵ Achim Hildebrandt und Frieder Wolf, eds. *Die Politik der Bundesländer: Zwischen Föderalismusreform und Schuldenbremse*. Springer-Verlag, 2016.

⁴⁶ Raphael Bossong, und Nicolaia von Ondarza, Stand der Integration: Zehn zentrale politische Projekte der EU und wie sie die Union verändern, No. 11/2024, SWP-Studie.

⁴⁷ Marlen Niederberger und Ortwin Renn, eds. *Delphi-Verfahren in den Sozial- und Gesundheitswissenschaften: Konzept, Varianten und Anwendungsbeispiele*, Springer-Verlag, 2019.

Verfassungsbeschwerde wurde entwickelt, um es Einzelpersonen zu ermöglichen, gegen Gesetze oder staatliche Maßnahmen vorzugehen, die ihre verfassungsmäßigen Rechte verletzen. Diese Entwicklung war entscheidend für die Stärkung der Rechtsstaatlichkeit, da sie sicherstellt, dass Gesetze nicht nur gesetzgeberische Erlassakte sind, sondern auch mit verfassungsmäßigen Prinzipien übereinstimmen, die die individuellen Freiheiten und die Gleichheit vor dem Gesetz schützen⁴⁸.

Die Rolle der Verfassungsbeschwerde in Deutschland ist nicht auf Einzelfälle beschränkt, sondern erstreckt sich auf die Gestaltung des breiteren rechtlichen Rahmens. Das Bundesverfassungsgericht interpretiert regelmäßig das Grundgesetz und stellt sicher, dass die vom Gesetzgeber erlassenen Gesetze mit den verfassungsmäßigen Werten übereinstimmen. Ein zentrales Beispiel ist das Urteil im „Lissabon“-Fall von 2009⁴⁹, in dem das Gericht die Vereinbarkeit des EU-Vertrags⁵⁰ von Lissabon mit dem deutschen Grundgesetz prüfte⁵¹. Das Gericht entschied, dass Deutschland nicht in der Lage sei, bestimmte Souveränitätsbereiche an die EU zu übertragen, ohne die Zustimmung des Parlaments, was die Rolle des Bundesverfassungsgerichts als Hüter der Verfassung und der Rechtsstaatlichkeit unterstreicht. Diese Entscheidung spiegelte das Verständnis des Gerichts wider, dass die Übertragung von Souveränitätsrechten im Einklang mit dem verfassungsmäßigen Rahmen Deutschlands erfolgen muss, wodurch das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit gefestigt wird⁵².

⁴⁸ Michael Sachs, *Verfassungsprozessrecht*. Vol. 2560. UTB, 2016.

⁴⁹ Bundesverfassungsgericht, 30.06.2009, 2 BvE 2/08.

⁵⁰ Bundesverfassungsgericht [BVerfG]. (2009, June 30). Entscheidung des Zweiten Senats – 2 BvE 2/08 (Lissabon-Urteil).

⁵¹ Andreas Fisahn und Regina Viotto. Der Vertrag von Lissabon: Wie steht es um die Demokratie in der Europäischen Union?. *Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG*, 2009.

⁵² Bocklet Reinhold, "Das Europäische Parlament: Kompetenzzuwachs durch Vertragsänderung und im politischen Prozess von der Montanunion zum Maastrichter Unions-Vertrag." *Res publica semper reformanda: Wissenschaft und politische Bildung im Dienste des Gemeinwohls*, 2008: 612-625.

Im Jahr 2020 befasste sich das Gericht ebenfalls mit Fragen rund um den Ankauf von Staatsanleihen durch die Europäische Zentralbank⁵³ (EZB)⁵⁴. Das Urteil behandelte den Konflikt zwischen der Geldpolitik der EU und dem deutschen Grundgesetz und unterstrich die Rolle nationaler Gerichte, die sicherstellen, dass EU-Handlungen mit den grundlegenden verfassungsmäßigen Prinzipien übereinstimmen, insbesondere mit der Rechtsstaatlichkeit. Dieser Fall exemplifiziert, wie das Bundesverfassungsgericht nationale und EU-rechtliche Prinzipien in Einklang bringt und seine Rolle bei der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit und der individuellen Rechte im deutschen verfassungsrechtlichen Rahmen festigt⁵⁵.

In der Türkei war die Einführung des Verfassungsbeschwerdesystems im Jahr 2010 ein entscheidender Moment zur Stärkung der Rechtssicherheit und zum besseren Schutz der Rechte der Bürger. Dieses System wurde nach einer Verfassungsänderung eingeführt, die den Einzelnen das Recht einräumte, direkt beim türkischen Verfassungsgericht eine Beschwerde einzulegen, wenn er glaubt, dass seine verfassungsmäßigen Rechte verletzt wurden. Vor dieser Änderung konnten Einzelpersonen Gesetze nur über ordentliche Gerichtsverfahren oder nach Ausschöpfung aller anderen rechtlichen Mittel anfechten⁵⁶. Die Einführung der Verfassungsbeschwerde ermöglichte einen direkteren Zugang zur Justiz

⁵³ Bundesverfassungsgericht [BVerfG]. (2020, May 5). Beschluss des Zweiten Senats – 2 BvR 859/15 (PSPP/Anleihekaufprogramm).

⁵⁴ Bundesverfassungsgericht, 05.05.2020, 2 BvR 859/15 (PSPP/Anleihekaufprogramm).

⁵⁵ Gerhard Leibholz, Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems: ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre. Vol. 13. Walter de Gruyter GmbH & Co KG, 2020.

⁵⁶ Béla Pokol, "der juristokratische Staat: die Analyse seiner Aspekte." Die stufenweise Entstehung des juristokratischen Staates *The Gradual Emergence of the Juristocratic State*, 2019: 9.

und stärkte die Rechtssicherheit, da Verstöße gegen individuelle Rechte schneller behandelt werden konnten⁵⁷.

Die Auslegung von Verfassungsbeschwerden durch das türkische Verfassungsgericht hat die Landschaft der Rechtssicherheit im Land beeinflusst. Ein Beispiel dafür ist das Urteil des Verfassungsgerichts im Fall Selahattin Demirtaş⁵⁸ aus dem Jahr 2014⁵⁹, bei dem das Gericht entschied, dass die Türkei die Rechte eines inhaftierten politischen Vertreters verletzt hatte. Diese Entscheidung war nicht nur deshalb bedeutend, weil sie die Rechtssicherheit und die Menschenrechte aufrechterhielt, sondern auch, weil sie die Bereitschaft des Gerichts zeigte, verfassungsmäßige Prinzipien angesichts politischer und staatlicher Drücke anzuwenden. Es gibt jedoch nach wie vor erhebliche Herausforderungen bei der vollständigen Umsetzung von Verfassungsbeschwerden in der Türkei, insbesondere bei der Balance zwischen nationalen Sicherheitsbedenken und dem Schutz der individuellen Freiheiten. Die Urteile des Verfassungsgerichts stoßen manchmal auf politischen Widerstand, insbesondere in Fällen, die die öffentliche Ordnung oder nationale Sicherheit betreffen, was die Gesamteffektivität des Verfassungsbeschwerdesystems zur Wahrung der Rechtssicherheit beeinträchtigen kann.

Zudem erschwert die komplexe Beziehung zwischen dem türkischen Rechtssystem und seinem Engagement für internationales Menschenrecht, wie etwa die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), die Anwendung von Verfassungsbeschwerden. In vielen Fällen steht die Auslegung der Verfassungsbeschwerde im Widerspruch zu den Urteilen des EGMR, wie in Fällen im Bereich der Meinungsfreiheit, politischen Rechten und

⁵⁷ Lena Haase, *Strafverfolgungspraxis im Schein-Rechtsstaat des "Dritten Reiches"*: zur Zusammenarbeit von Justiz- und Polizeibehörden unter nationalsozialistischer Herrschaft. Böhlau Köln, 2023.

⁵⁸ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte. (2020, 22. Dezember). Selahattin Demirtaş gegen die Türkei (Nr. 2), Beschwerdennummer 14305/17 (Große Kammer).

⁵⁹ European Court of Human Rights. (2020, December 22). Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2), Application no. 14305/17 (Grand Chamber).

Medienfreiheit⁶⁰. Diese Diskrepanz unterstreicht die Bedeutung, sicherzustellen, dass Verfassungsbeschwerden nicht nur ein nationales Instrument sind, sondern auch mit internationalen Menschenrechtsstandards harmonisiert werden, um die Rechtssicherheit für alle Bürger zu gewährleisten⁶¹.

Der Einfluss des Europäischen Union (EU)-Rechts auf die Verfassungsgerichtsbarkeit, insbesondere im Hinblick auf die Rechtsstaatlichkeit, war tiefgreifend, insbesondere da Deutschland sowohl Mitglied der EU als auch ein führender Befürworter der Integration von EU-Recht in nationale Rechtssysteme ist⁶². Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum EU-Recht zeigen seine entscheidende Rolle beim Schutz der Rechtsstaatlichkeit im Kontext der europäischen⁶³ Integration⁶⁴. Im „Lissabon“-Urteil von 2009⁶⁵ befasste sich das deutsche Gericht mit dem Verhältnis zwischen nationaler Souveränität und europäischer Integration und betonte, dass die Rechtsstaatlichkeit sowohl auf nationaler als auch auf supranationaler Ebene gewahrt bleiben muss⁶⁶.

Die Interaktion zwischen EU-Recht und nationalen Verfassungen in Deutschland wirft wichtige Fragen über die Grenzen der rechtlichen Integration und das Subsidiaritätsprinzip auf, das besagt, dass

⁶⁰ Eckhard Pache, "Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung." *Europarecht (EuR)* 39.3, 2004: 393-415.

⁶¹ Angelika Nußberger, "Europäische Menschenrechtskonvention." *Europa von A bis Z: Taschenbuch der europäischen Integration*. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden, 2023. 215-218.

⁶² Hans-Jürgen Papier, Tragweite der polnischen und deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union, *Die Grundwerte-und Grundrechtsordnung in Polen und Deutschland | System podstawowych wartosci i praw w Niemczech iw Polsce*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2019.

⁶³ Bundesverfassungsgericht [BVerfG]. (2009, June 30). Entscheidung des Zweiten Senats – 2 BvE 2/08 (Lissabon-Urteil).

⁶⁴ Armin von Bogdandy, Was ist Europarecht? Eine Fortschreibung von Begriff und Disziplin, *JuristenZeitung*, 2017: 589-597.

⁶⁵ Bundesverfassungsgericht, 30.06.2009, 2 BvE 2/08.

⁶⁶ Christa Tobler, Verfahrensarten vor dem EuGH in bilateralrechtlichen Fällen, *sui generis*, 2023: 179.

Entscheidungen auf der niedrigsten möglichen Ebene getroffen werden sollten. Das Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts in EU-rechtliche Angelegenheiten, wie beispielsweise das Urteil von 2020 zum Kauf von Staatsanleihen durch die EZB⁶⁷, reflektiert das Engagement des Gerichts, sicherzustellen, dass EU-Maßnahmen⁶⁸ mit den grundlegenden verfassungsmäßigen Prinzipien, einschließlich der Rechtsstaatlichkeit, übereinstimmen⁶⁹.

In der Türkei hat das EU-Recht einen etwas anderen Einfluss auf die Verfassungsgerichtsbarkeit, insbesondere bei der Gestaltung des rechtlichen Rahmens für individuelle Rechte und Freiheiten. Der Beitrittsprozess der Türkei zur EU hat zu erheblichen rechtlichen Reformen geführt, insbesondere im Bereich des Menschenrechtsschutzes, aber es bleiben Herausforderungen bei der Harmonisierung nationaler Verfassungsprinzipien mit dem EU-Recht⁷⁰. Beispielsweise hat die Türkei ihre Gesetze in Bereichen wie der Meinungsfreiheit, der Unabhängigkeit der Justiz und der politischen Rechte nicht vollständig mit den EU-Standards in Einklang gebracht, was Bedenken hinsichtlich der Stärke der Rechtsstaatlichkeit im Land aufwirft. Das Verfassungsbeschwerdesystem könnte eine entscheidende Rolle dabei spielen, diese Lücke zu schließen, indem es ein nationales Rechtsinstrument bereitstellt, mit dem Bürger Gesetze und Praktiken

⁶⁷ Bundesverfassungsgericht, 05.05.2020, 2 BvR 859/15 (PSPP/Anleihekaufprogramm).

⁶⁸ Bundesverfassungsgericht [BVerfG]. (2020, May 5). Beschluss des Zweiten Senats – 2 BvR 859/15 (PSPP/Anleihekaufprogramm).

⁶⁹ Stefan Remhof, Erfolg von Kleinststaaten. Eine Analyse am Beispiel des Fürstentums Liechtenstein, Neugestaltung der Staatenwelt im 21. Jahrhundert: Wie Sezession neue politische und ökonomische Strukturen schafft, *Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden*, 2021. 217-241.

⁷⁰ David Hummel, and Thomas Sendke, Die Rechtsstellung des Steuerpflichtigen im Mehrebenensystem der EU, *Steuerrecht für Hannover!*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2025.

anfechten können, die im Widerspruch zu den EU-Rechtsnormen und Menschenrechtsrahmen stehen⁷¹.

Die Rolle der EU bei der Gestaltung der Rechtsstaatlichkeit sowohl in Deutschland als auch in der Türkei war entscheidend, aber die Herausforderung besteht darin, sicherzustellen, dass nationale Verfassungsgerichte, wie das Bundesverfassungsgericht in Deutschland und das Verfassungsgericht der Türkei, ein Gleichgewicht zwischen der Wahrung der nationalen Souveränität und der Einhaltung supranationaler Rechtsnormen finden⁷². Die Interaktion zwischen EU-Recht und nationalem Verfassungsrecht prägt weiterhin die rechtliche Landschaft in beiden Ländern und beeinflusst, wie Verfassungsbeschwerden angewendet werden und wie die Rechtsstaatlichkeit gewahrt bleibt⁷³.

Verfassungsbeschwerden haben sich als entscheidendes Instrument erwiesen, um die Rechtsstaatlichkeit sowohl in Deutschland als auch in der Türkei zu stärken. In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht eine starke Verpflichtung zum Schutz der verfassungsmäßigen Rechte gezeigt und dabei nationale rechtliche Normen mit EU-Recht in Einklang gebracht. Die Urteile des Gerichts, insbesondere in Fällen, die die EU betreffen, unterstreichen seine entscheidende Rolle bei der Sicherstellung, dass die Rechtsstaatlichkeit sowohl auf nationaler als auch auf supranationaler Ebene gewahrt

⁷¹ Taner Aydın, Lütfullah Yasin Akbulut, and Kemal Başol, *Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde im deutschen und türkischen Recht*, Brückenschlag. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2024.

⁷² Ozan Emin Halhallı, *Menschenwürde als unantastbarer kern der grundrechte, an beispielen von kommunikationsgrundrechten in Deutschland und in der Türkei*. MS thesis. Türk-Alman Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.

⁷³ Daniel Meyer, Jonas Philipp, and Georg Wenzelburger, *Die Migrationspolitik der deutschen Länder: eine mehrdimensionale Analyse*, *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft: German Journal of Comparative Politics* 15.1, 2021: 1-38.

bleibt⁷⁴. In der Türkei hat die Einführung von Verfassungsbeschwerden die Rechtssicherheit gestärkt, aber es bleiben Herausforderungen bei der vollständigen Anpassung der nationalen Gesetze an internationale Menschenrechtsstandards, insbesondere das EU-Recht. Beide Länder müssen ihre Verfassungsbeschwerdesysteme weiter verfeinern, um sicherzustellen, dass die Rechtsstaatlichkeit inmitten sich entwickelnder rechtlicher Herausforderungen sowohl auf nationaler als auch internationaler Ebene gewahrt bleibt⁷⁵.

4. Hierarchie oder Zusammenarbeit zwischen den Verfassungsgerichten?

Die Beziehung zwischen dem deutschen Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und internationalen Gerichten, insbesondere dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), stellt eine komplexe Dynamik aus Zusammenarbeit und Unabhängigkeit dar⁷⁶. Das deutsche Engagement für Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechte stellt das Verfassungsgericht an eine entscheidende Schnittstelle, insbesondere im Hinblick auf das EU-Recht und internationales Menschenrechtrecht. Das BVerfG spielt eine zentrale Rolle bei der Überprüfung der Vereinbarkeit des EU-Rechts mit dem Grundgesetz und stellt sicher, dass EU-Maßnahmen nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung Deutschlands verstoßen. Dies wurde insbesondere im Fall „Lissabon“ 2009 deutlich, als das BVerfG entschied, dass die Übertragung bestimmter nationaler Kompetenzen auf die EU nur mit der Zustimmung des deutschen Bundestages

⁷⁴ Christian Behrmann, and Stephan Marquardt, Der Europäische Auswärtige Dienst: seine Funktion und Arbeitsweise, *Europäische Außenbeziehungen*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2022.

⁷⁵ Anna Burton, K. Eggenweber, M. Rainer, M. Riegler und M.Scholz, Lieferkettenverantwortung in Österreich. No. 2022-05, *FIW-Research Reports*, 2022.

⁷⁶ Marcus Heintzen, "Grund-und Menschenrechtsschutz durch deutsches Bundesverfassungsgericht, kroatischen Verfassungsgerichtshof, Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und Europäischen Gerichtshof." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 46.3, 2009: 493-506.

erfolgen dürfe⁷⁷. Diese Entscheidung verdeutlicht die Rolle des BVerfG als Hüter der deutschen Verfassung, selbst angesichts supranationaler rechtlicher Verpflichtungen⁷⁸.

Neben dem EU-Recht interagiert das BVerfG auch mit dem EGMR in Fällen, in denen deutsches Recht möglicherweise mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) in Konflikt steht⁷⁹. Das BVerfG hat konsequent die Bedeutung des Menschenrechtsschutzes anerkannt, bewahrt jedoch seine Zuständigkeit und Unabhängigkeit. Ein Beispiel hierfür ist der Fall aus dem Jahr 2013 zu den Rechten von Gefangenen, bei dem das BVerfG deutsches Recht im Lichte der Entscheidungen des EGMR interpretierte, aber die endgültige Autorität über die deutsche Verfassungsordnung behielt⁸⁰. Diese Unabhängigkeit führt manchmal zu Spannungen, wenn das BVerfG darauf besteht, dass seine Auslegung der Verfassung Vorrang hat, insbesondere wenn es der Auffassung ist, dass EU- oder EGMR-Entscheidungen die nationale Souveränität überschreiten.

Der Fall von 2020 zu den Anleihekäufen der Europäischen Zentralbank (EZB)⁸¹ veranschaulichte das vorsichtige Vorgehen des BVerfG in Bezug auf das EU-Recht. Das Gericht entschied, dass

⁷⁷ Claus Dieter Classen, "Der nationale Rechtsanwendungsbefehl für das Unionsrecht—eine dogmatisch verfehlte Konstruktion mit praktisch verfehlten Konsequenzen." *Europarecht (EuR)* 58.1, 2023: 4-29.

⁷⁸ Gerhard Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems: ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre*. Vol. 13. Walter de Gruyter GmbH & Co KG, 2020.

⁷⁹ Christian Johann, *Menschenrechte im internationalen bewaffneten Konflikt: Zur Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte auf Kriegshandlungen*. Vol. 35. BWV Verlag, 2012.

⁸⁰ Gideon Botsch, Christoph Kopke, and Fabian Virchow. "Verbote extrem rechter Vereinigungen in der Bundesrepublik Deutschland." *Rechts-In Europa*", 2013: 273.

⁸¹ Bundesverfassungsgericht, 05.05.2020, 2 BvR 859/15 (PSPP/Anleihekaufprogramm).

Deutschland sicherstellen müsse, dass die Maßnahmen der EZB⁸² den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität im deutschen Verfassungsrecht entsprechen. Obwohl das Urteil die Rolle der EU-Institutionen anerkannte, bekräftigte es die Auffassung, dass die verfassungsrechtliche Prüfkompetenz des BVerfG im Hinblick auf die Wahrung der deutschen Verfassung und der Rechtsstaatlichkeit von größter Bedeutung bleibt. Das vorsichtige Vorgehen des deutschen Verfassungsgerichts unterstreicht die fortwährende Spannung zwischen Zusammenarbeit und Unabhängigkeit im Kontext der europäischen Integration⁸³.

Die Beziehung des türkischen Verfassungsgerichts (TCC) zu der Europäischen Union und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ist komplizierter, da die Türkei mit beiden Institutionen eine sich entwickelnde Beziehung pflegt⁸⁴. Der Status der Türkei als EU-Beitrittskandidat hat zu bedeutenden rechtlichen Reformen geführt, die darauf abzielen, das Rechtssystem mit den EU-Standards, insbesondere im Bereich der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in Einklang zu bringen. Diese Reformen wurden jedoch nicht immer vollständig umgesetzt. Das türkische Verfassungsgericht, obwohl es die Bedeutung des EU-Rechts und des EGMR anerkennt, sieht sich gelegentlich mit Herausforderungen konfrontiert, diese internationalen Verpflichtungen mit den nationalen verfassungsmäßigen Prinzipien zu vereinen⁸⁵.

Im Jahr 2010 wurde in der Türkei das Recht auf individuelle Beschwerde eingeführt, das es den Bürgern ermöglicht, direkt beim türkischen Verfassungsgericht eine Beschwerde einzureichen, wenn sie

⁸² Bundesverfassungsgericht [BVerfG]. (2020, May 5). Beschluss des Zweiten Senats – 2 BvR 859/15 (PSPP/Anleihekaufprogramm).

⁸³ Anna Meine, "Unabhängigkeit statt Union, Unabhängigkeit in der Union?" *ZfP Zeitschrift für Politik* 70.2, 2023: 177-196.

⁸⁴ Lando Kirchmair, "Funktionen von Verfassungs-Identität als Gerichtliches Konzept in der Europäischen Union." *ZOR* 77, 2022: 1261.

⁸⁵ Christina Neier, "Europäischer Menschenrechtspluralismus–die Perspektive des EGMR und die Permeabilität des EU-und EWR-Rechts." *Liechtensteinische Juristenzeitung* 44.3, 2023: 193-201.

der Meinung sind, dass ihre Rechte verletzt wurden⁸⁶. Dies war ein bedeutender Schritt hin zur Harmonisierung des nationalen Rechts mit internationalen Menschenrechtsstandards, insbesondere dem EGMR. Allerdings war die Anwendung dieser internationalen Normen durch das TCC inkonsistent. Ein bemerkenswertes Beispiel ist der Fall Selahattin Demirtaş aus dem Jahr 2014, bei dem das EGMR⁸⁷ entschied, dass die Türkei die Rechte eines inhaftierten politischen Führers verletzt hatte, während das TCC einen anderen Ansatz verfolgte und nationale Sicherheitsbedenken stärker in den Vordergrund stellte als die menschenrechtlichen Argumente des EGMR⁸⁸.

Die Herausforderungen, vor denen das TCC steht, seine nationalen verfassungsmäßigen Prinzipien mit den EU- und EGMR-Rechtsrahmen zu vereinbaren, werden durch die verfassungsrechtlichen Bestimmungen der Türkei verstärkt, die die nationale Souveränität und die nationale Sicherheit priorisieren. Die Urteile des TCC spiegeln häufig eine vorsichtigere Haltung gegenüber der Übernahme internationaler Rechtsstandards wider, insbesondere wenn diese Standards mit nationalen Prioritäten in Konflikt stehen. Diese Situation verdeutlicht die anhaltenden Zuständigkeitsspannungen zwischen der nationalen Verfassungsordnung der Türkei und ihren Verpflichtungen nach internationalem Menschenrecht⁸⁹.

Sowohl in Deutschland als auch in der Türkei sehen sich die Verfassungsgerichte mit komplexen Fragen bezüglich der Stellung des nationalen Rechts gegenüber dem EU-Recht konfrontiert. Deutschland, als Mitglied der EU, verfügt über einen gut etablierten rechtlichen

⁸⁶ Mehmet Direkli, "Das Problem mit dem Eigentum in der Türkischen Republik Nordzypern im Gange zur Kommission für unbewegliches Eigentum." *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11.1, 2025: 115-127.

⁸⁷ Selahattin Demirtaş gegen die Türkei (EGMR, 22.12.2020, Beschwerdennummer 14305/17, Große Kammer).

⁸⁸ Cumhuriyet, "AİHM, Cumhuriyet davasında Türkiye'yi mahkum etti", Cumhuriyet. <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/aihm-cumhuriyet-dava-sinda-turkiyeyi-mahkum-etti-1789919>, 2020, 10 Kasım.

⁸⁹ Anja Mihr, Amnesty International in der DDR: der Einsatz für Menschenrechte im Visier der Stasi. Ch. Links Verlag, 2002.

Rahmen, um nationale verfassungsrechtliche Prinzipien mit EU-Recht in Einklang zu bringen. Das Bundesverfassungsgericht hat konsequent bekräftigt, dass Deutschland zwar durch das EU-Recht gebunden ist, aber die endgültige Autorität über seine Verfassung behält. Dieses Prinzip wurde im „Lissabon“-Urteil 2009 unterstrichen, als das BVerfG entschied, dass jede Übertragung von Kompetenzen an die EU mit der Zustimmung des Bundestages erfolgen muss. Diese Entscheidung verdeutlicht das deutsche Engagement für die europäische Integration, stellt jedoch auch die Bedeutung der deutschen Verfassung als höchste Instanz in bestimmten Bereichen fest, insbesondere wenn es um fundamentale nationale Interessen geht⁹⁰.

Im Gegensatz dazu bleibt die Beziehung der Türkei zum EU-Recht komplexer. Obwohl die Türkei erhebliche Fortschritte bei der Angleichung ihres Rechtssystems an die EU-Standards gemacht hat, insbesondere im Bereich der Menschenrechte, priorisiert ihre verfassungsmäßige Ordnung nach wie vor die nationale Souveränität. Das türkische Verfassungsgericht hat häufig betont, dass EU-Verpflichtungen mit den nationalen verfassungsmäßigen Prinzipien in Einklang gebracht werden müssen, insbesondere in Bereichen, die nationale Sicherheit und politische Rechte betreffen. Beispielsweise hat das türkische Verfassungsgericht in Fällen, die die Meinungsfreiheit und die Medienfreiheit betreffen, manchmal von den Urteilen des EGMR abgewichen und nationale Sicherheitsbedenken als Rechtfertigung für die Einschränkung bestimmter Rechte angeführt. Dieser Ansatz spiegelt die anhaltende Spannung zwischen der türkischen Verfassungsordnung und ihren Verpflichtungen nach EU-Recht und dem EGMR wider⁹¹.

Die Dynamik zwischen nationalem Verfassungsrecht und EU-Recht in Deutschland zeichnet sich durch eine kooperative Beziehung aus, bei der das Bundesverfassungsgericht das EU-Recht anerkennt und gleichzeitig sicherstellt, dass nationale verfassungsrechtliche Prinzipien

⁹⁰ Oliver Suhr "Die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen nach dem „Lissabon“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts." *ZEuS Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 12.4, 2009: 687-716.

⁹¹ Heinz Kramer und Krauß, H. L. (2004). *Ein kluger Wegweiser: Der Türkei-Bericht der Europäischen Kommission (No. 50/2004)*. SWP-Aktuell.

nicht gefährdet werden. In der Türkei hingegen ist die Beziehung umstrittener, da das türkische Verfassungsgericht häufig die Oberhoheit des nationalen Rechts über internationale Verpflichtungen betont. Diese Zuständigkeitsspannung zeigt die unterschiedlichen Ansätze beider Länder zur Integration des EU- und internationalen Rechts in ihre nationalen Verfassungsrahmen⁹².

Die Beziehungen zwischen den deutschen und türkischen Verfassungsgerichten und dem Gerichtshof der Europäischen Union sowie dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte spiegeln zwei unterschiedliche Ansätze wider, um nationale Souveränität mit internationalen Verpflichtungen zu vereinen. In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht einen Rahmen geschaffen, um das EU-Recht mit den nationalen verfassungsrechtlichen Prinzipien in Einklang zu bringen und dabei die Bedeutung der Zusammenarbeit mit internationalem Recht und die Wahrung der nationalen Souveränität zu betonen. In der Türkei hingegen hat das türkische Verfassungsgericht einen vorsichtigeren Ansatz verfolgt und nationalen verfassungsrechtlichen Prinzipien, insbesondere in Bereichen wie der nationalen Sicherheit, Vorrang vor internationalen Rechtsnormen eingeräumt⁹³. Diese Dynamik führt zu anhaltenden Zuständigkeitsspannungen, insbesondere während die Türkei weiterhin versucht, ihr Rechtssystem mit den EU-Standards in Einklang zu bringen⁹⁴. Die Zukunft der Beziehung zwischen nationalen Verfassungsgerichten und internationalem Recht wird davon abhängen, wie diese Spannungen überwunden werden und ob Zusammenarbeit oder Unabhängigkeit letztlich den Vorrang erhält.

⁹² Gunther Tichy, *Integration unter Ungleichen: Länder- und schichtenspezifische Einstellungen zur EU und ihren Zielen*. No. 610. *WIFO Working Papers*, 2020.

⁹³ Michael Dougan, "Fragebogen Nationale Gerichte und die Durchsetzung von EU-Recht." XXIX. *FIDE-Kongress*. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2021.

⁹⁴ Neyire Akpınarlı, and Arno Scherzberg. *Die Lage der nicht türkischen Völker und Volksgruppen in der Türkei vor dem Hintergrund der EU-Standards zum Minderheitenschutz*. Vol. 11. *LIT Verlag Münster*, 2013.

5. Fazit

Obwohl das türkische Verfassungsbeschwerdeverfahren ursprünglich zum Schutz individueller Rechte und zur Stärkung des Rechtsstaats konzipiert wurde, zeigt sich in der Praxis ein Spannungsfeld zwischen richterlicher Unabhängigkeit, internationalen Menschenrechtsnormen und innenpolitischen Dynamiken. Besonders die mangelhafte Umsetzung von EGMR-Urteilen beeinträchtigt die Glaubwürdigkeit des Systems. Daher sind sowohl normative Angleichung als auch strukturelle Reformen unerlässlich, um die Funktionsfähigkeit der Individualbeschwerde nachhaltig zu gewährleisten.

Das System der Verfassungsbeschwerde spielt eine entscheidende Rolle beim Schutz individueller Rechte und der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in vielen demokratischen Ländern. In Deutschland und der Türkei, obwohl beide Länder Verfassungsbeschwerde-Systeme eingeführt haben, spiegeln die praktischen Anwendungen dieser Systeme die unterschiedlichen historischen, politischen und rechtlichen Umfelder wider. In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) eine lange Geschichte als Hüter der verfassungsmäßigen Rechte, um sicherzustellen, dass Gesetze und staatliche Handlungen nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstoßen⁹⁵. Im Gegensatz dazu ist das System in der Türkei relativ neu, da es erst 2010 eingeführt wurde. Dieser Vergleich zielt darauf ab, die Mechanismen beider Länder zu analysieren, ihre historische Entwicklung, ihre Interaktionen mit dem internationalen Recht und ihre Auswirkungen auf die rechtlichen Praktiken zu untersuchen.

Die Verfassungsbeschwerde wurde im Jahre 1951 mit der Errichtung des Bundesverfassungsgerichts in die deutsche Rechtsordnung eingeführt. Dieses Rechtsinstitut ermöglicht es Einzelpersonen, unmittelbar gegen Maßnahmen der gesetzgebenden, vollziehenden oder rechtsprechenden Gewalt vorzugehen, sofern sie

⁹⁵ Christoph Schönberger, "Hegemon wider Willen." *Merkur Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken* 66.01, 2012: 01-08.

ihre Grundrechte als verletzt ansehen. Die Verfassungsbeschwerde erfüllt dabei nicht nur eine verfassungsgerichtliche Kontrollfunktion, sondern stellt zugleich einen zentralen Mechanismus dar, der das Verhältnis zwischen Bürger und Staat im Rahmen des demokratischen Rechtsstaatsprinzips neu definiert. In der Praxis trägt die Niedrigschwelligkeit des Systems zur Stärkung des Bewusstseins für Grundrechte und -freiheiten bei, während die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene als maßgebliche Referenz für die Auslegung dieser Rechte gilt. In der rechtsvergleichenden Literatur wird das deutsche Modell der Verfassungsbeschwerde daher häufig als Beispiel für eine funktionale Individualbeschwerde herangezogen. Laut dem offiziellen Tätigkeitsbericht des Bundesverfassungsgerichts für das Jahr 2020 wurden allein in diesem Jahr 5.194 Verfassungsbeschwerden eingereicht. Diese umfassten eine breite Themenvielfalt – vom Datenschutz über das Strafverfahrensrecht bis hin zu religiösen Freiheiten und gesundheitspolitischen Maßnahmen. Damit machten Verfassungsbeschwerden etwa 94 % der insgesamt 5.529 neu eingegangenen Verfahren aus. Allerdings wurden lediglich 109 dieser Beschwerden, also rund 2,1 %, zur Entscheidung angenommen und mit einer inhaltlichen Sachentscheidung abgeschlossen (BVerfG, 2021, S. 11). Diese Statistik unterstreicht den Ausnahmecharakter der Verfassungsbeschwerde: Sie ist nur in Fällen offensichtlicher und schwerwiegender Grundrechtsverletzungen erfolgreich. Die vergleichsweise geringe Erfolgsquote ist jedoch keineswegs Ausdruck mangelnder Effektivität des Systems, sondern vielmehr ein Beleg für die hohen Zulässigkeitschürden und den sorgfältigen Prüfungsmaßstab des Gerichts im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle⁹⁶.

Ein herausragendes Beispiel für die Anwendung dieses Systems war das wegweisende Urteil des BVerfG im Jahr 2020, das entschied,

⁹⁶ Bundesverfassungsgericht. (2021). Tätigkeitsbericht 2020. Karlsruhe: Bundesverfassungsgericht.
https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresberichte/2020.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

dass das Anleihekaufprogramm der Europäischen Zentralbank (EZB)⁹⁷ gegen das deutsche Verfassungsrecht verstoße. Das Gericht betonte, dass Deutschland zwar an EU-Recht gebunden sei, aber die Souveränität behält, um seine verfassungsmäßigen Prinzipien zu wahren, insbesondere in Fragen der nationalen Geldpolitik⁹⁸. Diese Entscheidung verdeutlichte das Engagement des BVerfG, nationale Souveränität mit den Verpflichtungen des EU-Rechts in Einklang zu bringen und gleichzeitig sicherzustellen, dass die deutsche Verfassung die höchste rechtliche Grundlage bleibt.

Ein weiteres bedeutendes Beispiel aus dem Jahr 2020 war die Entscheidung des BVerfG zum öffentlichen Schuldenkaufprogramm der Europäischen Zentralbank, das das Gericht als mit dem deutschen Grundgesetz unvereinbar erklärte. Das Gericht betonte, dass EU-Institutionen, obwohl sie Teil des breiteren Rahmens der europäischen Integration sind, ihre Maßnahmen mit den verfassungsrechtlichen Standards des deutschen Rechtssystems in Einklang bringen müssen⁹⁹. Diese Entscheidung verstärkte die Unabhängigkeit der deutschen Justiz und bekräftigte die Rolle des BVerfG als Hüter der nationalen Verfassung und als Kontrollinstanz für supranationale Institutionen, was die enge Verknüpfung von nationaler Souveränität und internationalem Recht zeigt.

In der Türkei wurde das System der Verfassungsbeschwerde mit einer Verfassungsänderung im Jahr 2010 eingeführt. Diese Reform hatte das Ziel, das türkische Rechtssystem stärker an internationale Menschenrechtsstandards, insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), anzupassen. Obwohl das türkische Verfassungsgericht nun eine ähnliche Rolle im Schutz der individuellen Rechte spielt, steht das System noch vor Herausforderungen,

⁹⁷ Bundesverfassungsgericht, 05.05.2020, 2 BvR 859/15 (PSPP/Anleihekaufprogramm).

⁹⁸ Gunter D. Baer, *"Fragen auf dem Weg zu einer einheitlichen Geldpolitik."*, Perspektiven der Europäischen Integration. Physica-Verlag HD, 1994.

⁹⁹ Berçin Kuzu, "Drei Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum Kopftuch– Eine vergleichende Analyse–." *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6.1: 224-257, 2024.

insbesondere in Bezug auf politische Einflussnahme und die inkonsistente Anwendung internationaler Normen. Ein herausragendes Beispiel hierfür ist der Fall von Selahattin Demirtaş, einem prominenten kurdischen Politiker. 2014 entschied der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), dass die Türkei seine Rechte verletzt habe, indem sie ihn zu Unrecht inhaftierte. Das türkische Verfassungsgericht setzte diese Entscheidung jedoch nicht vollständig um und betonte nationale Sicherheitsbedenken. Dieser Vorfall verdeutlicht die Spannungen zwischen den nationalen Prioritäten der Türkei und ihren Verpflichtungen nach internationalem Menschenrecht, was zu einer eingeschränkten Wirksamkeit des Verfassungsbeschwerde-Systems führt¹⁰⁰.

Ein weiteres Beispiel, das die Schwierigkeiten der Türkei bei der Balance zwischen nationalen Interessen und internationalen Verpflichtungen zeigt, war der Fall der „Cumhuriyet Zeitung“. Der EGMR hatte 2018 entschieden, dass die Türkei gegen die Meinungsfreiheit der Journalisten verstoßen hatte. Das türkische Verfassungsgericht jedoch priorisierte nationale Sicherheitsbedenken und entschied, dass die Einschränkungen der Pressefreiheit gerechtfertigt seien. Diese Divergenz zeigt, wie das türkische Verfassungsgericht häufig vorsichtiger bei der Umsetzung internationaler Urteile ist, wenn nationale Sicherheitsbedenken ins Spiel kommen¹⁰¹.

Im Vergleich zu Deutschland, wo das System der Verfassungsbeschwerde tief in der Rechtskultur des Landes verankert ist, zeigt sich das System in der Türkei als weniger stabil. Das BVerfG hat seit seiner Gründung mehrfach die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und staatlichen Maßnahmen überprüft und dabei sichergestellt, dass diese mit den verfassungsmäßigen Grundrechten

¹⁰⁰ Kevin Rudd, „Der vermeidbare Krieg: Die Gefahr eines katastrophalen Kriegs zwischen den Vereinigten Staaten und Xi Jinpings China“, *Weltkiosk*, 2023.

¹⁰¹ Euronews, „*AİHM, Cumhuriyet eski çalışanlar davasında Türkiye'yi mahkum etti*“, Abgerufen am 16. März 2025, von <https://tr.euronews.com/2020/11/10/aihm-cumhuriyet-eski-cal-sanlar-davas-nda-turkiye-yi-mahkum-etti>, 2020.

und der Rechtsstaatlichkeit im Einklang stehen. Das deutsche Verfassungsgericht ist eine zentrale Instanz für die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit und des Schutzes individueller Rechte. Dies wurde in den letzten Jahren deutlich, als das BVerfG in mehreren Fällen, wie der Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung 2016, die Vereinbarkeit von staatlichen Überwachungsmaßnahmen mit den Grundrechten überprüfte und eine klare Linie zog, um die Bürgerrechte vor unverhältnismäßigen staatlichen Eingriffen zu schützen.

In der Türkei ist das Verfassungsbeschwerde-System zwar ein Fortschritt, aber noch nicht vollständig ausgereift. Das Verfassungsgericht hat in Fällen, die die Meinungsfreiheit und die politischen Rechte betreffen, häufig eine andere Haltung eingenommen als der EGMR. Dies ist besonders bemerkenswert, wenn nationale Sicherheitsbedenken im Vordergrund stehen. Trotz der Einführung der individuellen Beschwerde im Jahr 2010 sehen sich viele Bürger immer noch erheblichen Hürden gegenüber, insbesondere bei politisch sensiblen Fällen, bei denen die Staatsinteressen im Widerspruch zum Schutz individueller Rechte stehen. Das türkische Verfassungsgericht hat Schwierigkeiten, internationale Standards konsequent umzusetzen, insbesondere wenn nationale Interessen wie die Wahrung der inneren Sicherheit betroffen sind.

Deutschland hat mit seinem Verfassungsbeschwerde-System ein Modell entwickelt, das nicht nur robust ist, sondern auch flexibel genug, um auf die Herausforderungen der modernen Rechtsstaatlichkeit zu reagieren. Das System hat sich als eines der effektivsten Werkzeuge im Rechtsschutz der Bürger erwiesen und bietet eine klare und zugängliche Möglichkeit, gegen staatliche Übergriffe vorzugehen. In Deutschland wird die Verfassungsbeschwerde regelmäßig genutzt, um sicherzustellen, dass staatliche Maßnahmen im Einklang mit der Verfassung stehen und die Grundrechte der Bürger gewahrt werden. Das BVerfG hat durch eine Vielzahl von Urteilen, wie dem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung im Jahr 2016 und der Entscheidung zum EZB-

Anleihekaufprogramm 2020¹⁰², gezeigt, wie es eine Balance zwischen den Anforderungen der nationalen Verfassung und den internationalen rechtlichen Verpflichtungen findet. Dies macht das deutsche System zu einem erfolgreichen Modell für andere Länder, einschließlich der Türkei¹⁰³.

Für die Türkei liegt die Herausforderung darin, das Verfassungsbeschwerde-System weiter auszubauen und sicherzustellen, dass es den internationalen Menschenrechtsstandards gerecht wird. Dies kann durch eine verstärkte Zusammenarbeit mit internationalen Menschenrechtsgremien wie dem EGMR und durch eine Reform des Justizsystems erreicht werden, um die Unabhängigkeit des Verfassungsgerichts zu stärken. Die Türkei muss sicherstellen, dass das System nicht nur als politisches Instrument genutzt wird, sondern dass es auch effektiv zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit und des Schutzes individueller Rechte beiträgt¹⁰⁴.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Verfassungsbeschwerde-System in Deutschland einen hohen Standard im internationalen Vergleich setzt. Deutschland hat ein funktionierendes, transparentes und zugängliches System geschaffen, das die Rechte der Bürger schützt und die Rechtsstaatlichkeit aufrechterhält. Die Türkei hat durch die Einführung des Verfassungsbeschwerde-Systems wichtige Fortschritte gemacht, doch es gibt noch viele Herausforderungen, insbesondere bei der konsequenten Umsetzung internationaler Menschenrechtsnormen und der Sicherstellung der Unabhängigkeit der Justiz. Die Zukunft des Verfassungsbeschwerde-Systems in beiden Ländern hängt davon ab, wie sie mit den Herausforderungen umgehen, die sich aus der Balance

¹⁰² Bundesverfassungsgericht [BVerfG]. (2020, May 5). Beschluss des Zweiten Senats – 2 BvR 859/15 (PSPP/Anleihekaufprogramm).

¹⁰³ Heinz-Werner Rapp, "The Monetary Supercycle", Ursachen, Bedeutung und mögliche Konsequenzen der massiven monetären Aufblähung, 2021.

¹⁰⁴ Klara Tönshoff, "Die Rolle des EuGH bei der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in der EU: Eine Darstellung am Beispiel der Republik Polen." *Göttinger Rechtszeitschrift* 4.7, 2021: 102-111.

zwischen nationaler Souveränität und internationalen Verpflichtungen ergeben.

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.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ÖZET

Bu çalışma, Federal Almanya, Türkiye ve Avrupa Birliği hukuk sistemlerinde uygulanan anayasa şikâyeti mekanizmasının, bireylerin temel haklarını korumadaki işlevselliğini ve devletin hukuki işlemlerinin denetlenmesindeki rolünü karşılaştırmalı bir perspektifle ele almaktadır. Çalışmanın temel amacı, farklı yargı sistemleri içerisindeki anayasa şikâyeti uygulamalarını tarihsel, yapısal ve normatif açıdan inceleyerek, ulusal egemenlik ile uluslararası yükümlülükler arasındaki gerilimleri ortaya koymaktır. Böylece, anayasa şikâyeti mekanizmasının demokratik hukuk devletinde oynadığı temel rol ve işlevler detaylı olarak değerlendirilmektedir.

Araştırmanın metodolojisi, karşılaştırmalı hukuki analiz yaklaşımına dayanmaktadır. Çalışmada, Almanya'nın federal yapısının getirdiği çok katmanlı yargı sistemi ve Türkiye'nin 2010'daki anayasa reformları ile hayata geçirilen bireysel şikâyet hakkı esas alınarak, iki farklı sistem arasındaki kurumsal ve uygulamaya yönelik farklar somut ampirik verilerle desteklenmiştir. Bundesverfassungsgericht'in yıllık raporları, 2009'daki "Lissabon"(Lizbon) kararı ve 2020'deki EZB'nin (Europäische Zentralbank: Avrupa Merkez Bankası) anleihekauf programına (tahvil alım programına) ilişkin karar örnekleri, Almanya'daki yargısal denetim süreçlerinin işleyişini ortaya koyan somut veriler arasında yer almaktadır. Türkiye açısından ise, Selahattin Demirtaş davası ve diğer ilgili mahkeme kararları, reform sonrası dönemde bireysel şikâyet hakkının nasıl uygulandığını ve normatif gerilimlerin pratikte nasıl tezahür ettiğini göstermektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde, Almanya'daki anayasa şikâyeti mekanizmasının tarihsel gelişimi ve federal yapının sunduğu çok katmanlı denetim imkânları ele alınmaktadır. Almanya'da, anayasa şikâyeti, hem merkezi hem de eyalet düzeyinde gerçekleştirilebilen, devlet organlarının hukuka uygunluğunu kontrol eden temel bir araç olarak konumlandırılmaktadır. Özellikle 2009'daki "Lissabon" kararı, Almanya'nın ulusal egemenlik anlayışını koruma amacıyla Avrupa Birliği ile kurulan ilişkilerde kritik bir rol oynamıştır. Benzer şekilde, 2020'de alınan ve EZB'nin anleihekauf programını hukuki temelleri açısından sorgulayan karar, ulusal yargının uluslararası normlara karşı tutumunu gözler önüne sermektedir. Bu örnekler, Almanya'daki

anayasa şikâyeti mekanizmasının, federal yapının getirdiği özgünlüğü ve esnekliği nasıl somutlaştırdığını ortaya koymaktadır.

İkinci bölümde ise, Türkiye'nin anayasa şikâyeti uygulamaları detaylı bir biçimde incelenmektedir. Türkiye'de, 2010'daki anayasa reformu sonrası bireysel şikâyet hakkının tanınması, vatandaşların devletin uygulamalarına doğrudan itiraz edebilmesini sağlamış, bu durum ulusal hukuk düzeninde önemli bir dönüşüm olarak değerlendirilmektedir. Türkiye'deki uygulamada, özellikle siyasi ve güvenlik odaklı davalarda ortaya çıkan normatif gerilimler, anayasa şikâyeti mekanizmasının uluslararası standartlarla uyum sağlamada yaşadığı zorlukları göstermektedir. Selahattin Demirtaş davası, bu gerilimlerin somut örneklerinden biri olarak ele alınmakta; mahkemenin uluslararası hukuk ile ulusal güvenlik ve siyasi çıkarlar arasındaki dengeyi nasıl kurmaya çalıştığı tartışılmaktadır. Bu bağlamda, Türkiye'deki uygulamanın, demokratik hukuk devletinde bireysel hakların korunmasında yaşanan yapısal ve normatif zorlukları ortaya koyduğu savunulmaktadır.

Üçüncü bölümde, uluslararası boyut ele alınarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Avrupa Birliği normlarının, ulusal anayasa şikâyeti uygulamaları üzerindeki etkileri incelenmektedir. Hem Almanya hem de Türkiye'de, AİHM kararları ve AB'nin normatif düzenlemeleri, ulusal yargı organlarının kararlarını şekillendirmekte ve ulusal egemenlik ile uluslararası yükümlülükler arasındaki dengeyi sağlamaya çalışmaktadır. Çalışmada, özellikle AİHM'nin temel hak ihlalleri konusundaki kararları ve AB'nin entegrasyon sürecinde getirdiği hukuki baskılar, ulusal yargıların normatif gerilimlere karşı geliştirdiği stratejiler ışığında değerlendirilmiştir. Bu analiz, ulusal yargı organlarının uluslararası normlarla uyum sağlama süreçlerinde karşılaştıkları sorunları ve bu sorunların çözümüne yönelik potansiyel reform alanlarını ortaya koymaktadır.

Ayrıca, çalışmanın son bölümlerinde, anayasa şikâyeti mekanizmasının, modern demokratik hukuk devletlerinde temel hakların korunması ve hukuki denetim mekanizmalarının güçlendirilmesi açısından taşıdığı öneme vurgu yapılmaktadır. İlgili yargı kararları ve ampirik veriler ışığında, anayasa şikâyeti mekanizmasının yalnızca devlet organlarının denetlenmesi için değil, aynı zamanda toplumsal barışın ve hukuki güvenin tesis edilmesinde de merkezi bir araç olduğu savunulmaktadır. Özellikle, devletin ulusal ve uluslararası düzeydeki normatif baskılarla karşı karşıya kaldığı dönemlerde, anayasa şikâyeti

mekanizmasının işlevi, demokratik değerlerin korunması ve hukukun üstünlüğünün sağlanması açısından hayati bir öneme sahiptir.

Neticede, çalışma; Almanya, Türkiye ve AB hukuk sistemi bağlamında, anayasa şikâyeti mekanizmasının tarihsel gelişimini, kurumsal yapısını, uygulamadaki somut örneklerini ve uluslararası normlarla etkileşimini kapsamlı bir şekilde ortaya koymaktadır. Almanya örneğinde, federal yapının getirdiği esneklik ve çok katmanlı denetim mekanizması, devletin çeşitli kademelerde hukuka uygunluğunu güvence altına alırken, Türkiye örneğinde reform sonrası uygulamalar, ulusal güvenlik ve siyasi dinamikler çerçevesinde normatif gerilimlerin nasıl ortaya çıktığını göstermektedir. Ayrıca, uluslararası düzeyde, AİHM ve AB normlarının ulusal hukuk üzerindeki etkileri, anayasa şikâyeti mekanizmasının yalnızca iç denetim aracından öte, aynı zamanda uluslararası hukukun yerleşme sürecinde önemli bir rol oynadığını ortaya koymaktadır.

Bu kapsamlı analiz, anayasa şikâyeti mekanizmasının, demokratik hukuk devletlerinin temel yapı taşlarından biri olarak nasıl işlediğini ve bu mekanizmanın, ulusal egemenlik ile uluslararası normlar arasında denge kurma çabalarına nasıl hizmet ettiğini somut ampirik verilerle destekleyerek sunmaktadır. Çalışmanın bulguları, mevcut yargı uygulamalarının eleştirel bir değerlendirmesini yaparken, gelecekteki reformlara yönelik öneriler geliştirilmesine de zemin hazırlamaktadır. Bu bağlamda, anayasa şikâyeti mekanizmasının, hem devlet organlarının işleyişinde hem de bireysel hakların korunmasında oynadığı rolün yeniden değerlendirilmesi, çağdaş hukuk düzenlerinin güçlendirilmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

Bu çalışma, somut yargı kararları, yıllık raporlar ve kapsamlı literatür taraması gibi ampirik verilerle desteklenen metodolojik yaklaşımı sayesinde, farklı hukuk sistemleri arasındaki etkileşimleri, normatif gerilimleri ve çözüm arayışlarını derinlemesine irdelemektedir. Böylece, anayasa şikâyeti mekanizmasının, modern demokratik hukuk düzenlerinde yalnızca teknik bir denetim aracı olmadığını, aynı zamanda devletin temel ilkeleriyle uluslararası yükümlülükler arasındaki dengeyi sağlamada stratejik bir rol üstlendiğini ortaya koymaktadır. Özetle, çalışmanın sunduğu ampirik ve normatif veriler, anayasa şikâyeti mekanizmasının gelecekteki reform süreçlerine ışık tutacak nitelikte olduğu gibi, demokratik hukuk devletlerinin gelişimine de önemli katkılar sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- AKÇİL, Yılmaz. "Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi." Anayasa Yargısı, c. 39, no. 1, 2022, ss. 1-45.
- AKPINARLI, Neyire / SCHERZBERG, Arno. "Die Lage der nicht türkischen Völker und Volksgruppen in der Türkei vor dem Hintergrund der EU-Standards zum Minderheitenschutz", Vol. 11. LIT Verlag Münster, 2013.
- ALPASLAN, Mehmet Emin. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Kararların Medenî Usûl Hukukuna Etkileri. Oniki Levha Yayıncılık, 2023.
- AYDIN, Taner / DEMİRKIRAN, Eyüp Kaan. "Das Kopftuch im öffentlichen Dienst im deutschen und türkischen Recht", Brückenschlag, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2024.
- AYDIN, Taner / AKBULUT, Lütfullah Yasin / BAŞOL, Kemal. "Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde im deutschen und türkischen Recht, Brückenschlag", Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2024.
- BAER, Gunter D. "Fragen auf dem Weg zu einer einheitlichen Geldpolitik, Perspektiven der Europäischen Integration", Physica-Verlag HD, 1994.
- BEHRMANN, Christian / MARQUARDT, Stephan. "Der Europäische Auswärtige Dienst: seine Funktion und Arbeitsweise, Europäische Außenbeziehungen", Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2022.
- BOGDANDY, Armin von, "Was ist Europarecht? Eine Fortschreibung von Begriff und Disziplin", JuristenZeitung, 2017: 589-597.
- BOSSONG, Raphael / VON ONDARZA, Nicolai. "Stand der Integration: Zehn zentrale politische Projekte der EU und wie sie die Union verändern", SWP-Studie 11/2024.

- BOTSCH, Gideon / KOPKE, Christoph / VİRCHOW, Fabian. "Verbote extrem rechter Vereinigungen in der Bundesrepublik Deutschland." *Rechts-In Europa*, 2013: 273.
- BURTON, Anna / EGGENWEBER, K. / RAİNER M. / RİEGLER M. / SCHOLZ, M., "Lieferkettenverantwortung in Österreich. No. 2022-05", *FIW-Research Reports*, 2022.
- CLASSEN, Claus Dieter, "Der nationale Rechtsanwendungsbefehl für das Unionsrecht–eine dogmatisch verfehlte Konstruktion mit praktisch verfehlten Konsequenzen.", *Europarecht (EuR)* 58.1, 2023: 4-29.
- CUMHURİYET. "AİHM, Cumhuriyet davasında Türkiye'yi mahkum etti", Cumhuriyet. <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/aihm-cumhuriyet-davasinda-turkiyeyi-mahkum-etti-1789919>, 2020, 10 Kasım.
- ÇELEBİ, Ece Göztepe. "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı 'Çağrı Kararları' Üzerine Bir İnceleme." *Anayasa Yargısı*, c. 38, no. 1, 2021, ss. 43-83.
- ÇELİK, Yeşim. *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi*, 2016.
- ÇELİKİYAY, Hakan Sabri. "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının 'Başvuru Yollarının Tüketilmesi' Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi." *Journal of Istanbul University Law Faculty*, c. 73, no. 1, 2015, ss. 21-61.
- DEMİRKİRAN, Eyüp Kaan / AYDIN, Taner. "Das Kopftuch im öffentlichen Dienst im deutschen und türkischen Recht, Brückenschlag", *Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG*, 2024.
- DİREKLİ, Mehmet. "Das Problem mit dem Eigentum in der Türkischen Republik Nordzypern im Gange zur Kommission für unbewegliches Eigentum." *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11.1, 2025: 115-127.

- DÜMENCİLER, Ludger. "Konsolidasyonlu Liberal Demokrasilerde Anayasal Yargının Kökenleri ve Dönüşümleri", *Siyaset Dergisi*, 2006: 50-73.
- DOUGAN, Michael. "Fragebogen Nationale Gerichte und die Durchsetzung von EU-Recht." XXIX. FIDE-Kongress. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2021.
- DÖRRFUß, Ilka, Vorhandene ausgewählte Privilegierungen in Deutschland, Verfahrensprivilegierung aus Gründen des Gemeinwohls: Eine rechtsvergleichende, systematisierende Betrachtung deutscher und französischer verwaltungsverfahrensrechtlicher Regelungen am Beispiel eines Netzboosters, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2023.
- ENZMANN, Birgit. Der demokratische Verfassungsstaat: Zwischen Legitimationskonflikt und Deutungsoffenheit, Springer-Verlag, 2009.
- EPPING, Volker, Kapitel 18: Justizielle Gewährleistungen, Grundrechte, 2012: 407-438.
- EURONEWS. "AİHM, Cumhuriyet eski çalışanlar davasında Türkiye'yi mahkum etti", Abgerufen am 16. März 2025, von <https://tr.euronews.com/2020/11/10/aih-m-cumhuriyet-eski-cal-sanlar-davas-nda-turkiye-yi-mahkum-etti>, 2020.
- FISAHN, Andreas / VIOTTO, Regina. Der Vertrag von Lissabon: Wie steht es um die Demokratie in der Europäischen Union?, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2009.
- GERDEMANN, Simon. Entscheidungen mit Anmerkung, Arbeit und Recht 69.12, 2021: 512-519.
- GÜNDOĞDU, Süleyman Burak. "Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflâs Hukukundaki Şikâyet Müessesesine Hukukî Dinlenilme Hakkı Açısından Yaklaşımı." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 18, 2021, ss. 89-116.
- HAASE, Lena. Strafverfolgungspraxis im Schein-Rechtsstaat des "Dritten Reiches": zur Zusammenarbeit von Justiz-und

- Polizeibehörden unter nationalsozialistischer Herrschaft. Böhlau Köln, 2023.
- HALHALLI, Ozan Emin. "Menschenwürde als unantastbarer Kern der Grundrechte, an Beispielen von Kommunikationsgrundrechten in Deutschland und in der Türkei", MS thesis, Türk-Alman Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- HARATSCH, Andreas. Die Solange-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 66, 2006: 927-947.
- HEINTZEN, Marcus. Grund- und Menschenrechtsschutz durch deutsches Bundesverfassungsgericht, kroatischen Verfassungsgerichtshof, Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und Europäischen Gerichtshof, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 46.3, 2009: 493-506.
- HILDEBRANDT, Achim / WOLF, Frieder, eds. Die Politik der Bundesländer: Zwischen Föderalismusreform und Schuldenbremse, Springer-Verlag, 2016.
- HÖFFKEN, Heinz-Werner / SATTLER, Martin. Rechtsextremismus in der Bundesrepublik: Die „Alte“, die „Neue“ Rechte und der Neonazismus, Springer-Verlag, 2013.
- HUMMEL, David / SENDKE, Thomas. Die Rechtsstellung des Steuerpflichtigen im Mehrebenensystem der EU, Steuerrecht für Hannover!, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2025.
- JOHANN, Christian. Menschenrechte im internationalen bewaffneten Konflikt: Zur Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte auf Kriegshandlungen. Vol. 35. BWV Verlag, 2012.
- KAHRAMAN, Mehmet. "Almanya'daki Anayasa Şikâyeti İle Karşılaştırmalı Olarak Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu", HUMANITAS-Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi 1.01 (2013): 129-146.

- KILINÇ, Bahadır. "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Anayasa Şikâyeti Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği." *Anayasa Yargısı*, c. 24, no. 1, 2008, ss. 17-57.
- KIRCHMAIR, Lando. "Funktionen von Verfassungs-Identität als Gerichtliches Konzept in der Europäischen Union", *ZOR* 77, 2022: 1261.
- KLEIN, Oliver. Parteiverbotsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2001: 397-402.
- KRAMER Heinz / KRAUß, H. L. Ein kluger Wegweiser: Der Türkei-Bericht der Europäischen Kommission, No. 50/2004, SWP-Aktuell.
- KRAMER, Heinz "Demokratieverständnis und Demokratisierungsprozesse in der Türkei", *Südosteuropa Mitteilungen* 01,2004: 30-43.
- KRUIS, Tobias. AB Hukukunun Teoride ve Pratikte Önceliği: Almanya'da Uygulanması, Mali ve İdari Mahkemeler ve Otoriteler Üzerine Teorik ve Ampirik Bir Çalışma, Cilt 73, Mohr Siebeck, 2013.
- KUZU, Berçin. "Drei Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum Kopftuch–Eine vergleichende Analyse–.", *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6.1: 224-257, 2024.
- LEIBHOLZ, Gerhard. Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems: ein Beitrag zur allgemeinen Staats-und Verfassungslehre. Vol. 13. Walter de Gruyter GmbH & Co KG, 2020.
- LÜBBE, Anna. Jurisdiktion. "Herrschaft und partielles Subjekt: Zur Reichweite der EMRK bei extraterritorialer Migrationskontrolle," *Europarecht (EuR)* 59.5, 2024: 415-432.
- MADURO, Miguel Poiars. "Der Kontrapunkt im Dienste eines europäischen Verfassungspluralismus," *Europarecht (EuR)* 42.1 (2007): 3-31.

- MEINE, Anna "Unabhängigkeit statt Union, Unabhängigkeit in der Union?" ZfP Zeitschrift für Politik 70.2, 2023: 177-196.
- MELLINGHOF, Rudolf. Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikayeti, Anayasa Yargısı 25.1, 2009: 31-44.
- MEYER, Daniel / PHILIPP, Jonas / WENZELBURGER, Georg. Die Migrationspolitik der deutschen Länder: eine mehrdimensionale Analyse, Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft: German Journal of Comparative Politics 15.1, 2021: 1-38.
- MIHR, Anja. Amnesty International in der DDR: der Einsatz für Menschenrechte im Visier der Stasi. Ch. Links Verlag, 2002.
- MURATOĞLU, Tahir. "Almanya Federal Cumhuriyeti'nde Hukuk Mesleklerine Giriş Şart Ve Usulleri" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 48, 2021: 21-64.
- MÜLLER, Michael H. Die innerstaatliche Umsetzung von einseitigen Maßnahmen der auswärtigen Gewalt, Duncker & Humblot, 2019.
- NEIER, Christina. "Europäischer Menschenrechtspluralismus–die Perspektive des EGMR und die Permeabilität des EU-und EWR-Rechts." Liechtensteinische Juristenzeitung 44.3, 2023: 193-201.
- NIEDERBERGER, Marlen / RENN, Ortwin. eds. Delphi-Verfahren in den Sozial- und Gesundheitswissenschaften: Konzept, Varianten und Anwendungsbeispiele, Springer-Verlag, 2019.
- NIŞANCI, Dilaver. "AİHM Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (AİHS M. 5) ve Bu Hakkın İfade Özgürlüğü (AİHS m. 10) ile Amaçta Saptırma Yasağı (AİHS m. 18) Açısından İrdelenmesi," Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 26.44, 2021: 37-74.
- NUßBERGER, Angelika. "Europäische Menschenrechtskonvention." Europa von A bis Z: Taschenbuch der europäischen Integration. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden, 2023. 215-218.
- ÖZBUDUN, Ergun. "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargisal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi," Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 62.03, 2007: 257-268.

- ÖZYÜKSEL, Özgün. "Hükme Bağlı Tutma Kavramının Türk Hukuku Bakımından Eleştirisi." *Antalya Bilim University Law Review*, c. 12, no. 23, 2024.
- PACHE, Eckhard. "Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung." *Europarecht (EuR)* 39.3, 2004: 393-415.
- PAPIER, Hans-Jürgen. *Tragweite der polnischen und deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union, Die Grundwerte-und Grundrechtsordnung in Polen und Deutschland | System podstawowych wartosci i praw w Niemczech iw Polsce*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2019.
- PARAMONOVA, Svetlana. *Der rechtliche Status der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowie deren Rolle bei der Gestaltung des russischen Strafverfahrens*, KritV, CritQ, RCrit. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft/Critical Quarterly for Legislation and Law/Revue critique trimestrielle de jurisprudence et de législation*, 2013: 188-210.
- PLATTER, Julia / ÇALIŞKAN, Barış. *Das türkische Verfassungsgericht auf dem Weg zum „Hüter der Verfassung“*, *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 2008: 832-848.
- POKOL, Béla. "der juristokratische Staat: die Analyse seiner Aspekte." *Die stufenweise Entstehung des juristokratischen Staates The Gradual Emergence of the Juristocratic State*, 2019: 9.
- RAPP, Heinz-Werner. "The Monetary Supercycle", *Ursachen, Bedeutung und mögliche Konsequenzen der massiven monetären Aufblähung*, 2021.
- REINHOLD, Bocklet. "Das Europäische Parlament: Kompetenzzuwachs durch Vertragsänderung und im politischen Prozess von der Montanunion zum Maastrichter Unions-Vertrag." *Res publica*

- semper reformanda: Wissenschaft und politische Bildung im Dienste des Gemeinwohls, 2008: 612-625.
- REMHOFF, Stefan / KLEINSTAATEN Erfolg von. Eine Analyse am Beispiel des Fürstentums Liechtenstein, Neugestaltung der Staatenwelt im 21. Jahrhundert: Wie Sezession neue politische und ökonomische Strukturen schafft, Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden, 2021. 217-241.
- RUDD, Kevin. Der vermeidbare Krieg: Die Gefahr eines katastrophalen Kriegs zwischen den Vereinigten Staaten und Xi Jinpings China, Weltkiosk, 2023.
- SACHS, Michael. Verfassungsprozessrecht, UTB, 2016.
- SALDIRIM, Mustafa. "Bireysel Başvuru Açısından Yüksek Mahkeme Kararlarının Uyumlaştırılması Sorunu." Anayasa Yargısı, c. 32, no. 1, 2016, ss. 159-175.
- SCHAEFER, Jan Philipp. "Die Europäische Menschenrechtskonvention als Faktor der europäischen Integration," Europarecht (EuR) 52.1, 2017: 80-105.
- SCHLENK, Axel. Bundesfinanzhof und Finanzverwaltung in Kooperation und Unabhängigkeit: allgemeine Bindungswirkung der Rechtsprechung, Reaktionsformen der Finanzverwaltung, Reformüberlegungen, CF Müller GmbH, 2016.
- SCHERZBERG, Arno / AKPINARLI, Neyire. Die Lage der nicht türkischen Völker und Volksgruppen in der Türkei vor dem Hintergrund der EU-Standards zum Minderheitenschutz, LIT Verlag Münster, 2013.
- SCHÖNBERGER, Christoph. Hegemon wider Willen, Merkur Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken 66.01, 2012: 01-08.
- SPENLÉ, Christoph A. Die Europäische Menschenrechtskonvention und die nationale Grundrechtsordnung: Spannungen und gegenseitige Befruchtung, Global Europe–Basel Papers on Europe in a Global Perspective 83 (2007).

- STATISTA. "Anzahl der vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) eingereichten Verfassungsbeschwerden in Deutschland", Abgerufen am 16. März 2025, von <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1412414/umfrage/bverfg-anzahl-verfassungsbeschwerden/>, 2021.
- STEINSDORFF, Silvia von / PETERSEN Felix, "Die „Kopftuch“-Debatte (n) der Gerichte: Bezüge zwischen der Rechtsprechung des EGMR und nationalen Verfassungs- und Obergerichten in Deutschland, Frankreich, Großbritannien und der Türkei." Gerichtsverbünde, Grundrechte und Politikfelder in Europa. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2016.
- SUHR, Oliver. Die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen nach dem „Lissabon“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, ZEuS Zeitschrift für Europarechtliche Studien 12.4, 2009: 687-716.
- ŞİRİN, Tolga. "Bireysel Başvuru Mekanizmasında Çelişmeli Yargılama Gerekliliği." Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 21, no. 2, 2024, ss. 137-160.
- TAMS, Christian J. Schwierigkeiten mit dem *ius Cogens*. Anmerkungen zum Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Fall *Al-Adsani* gegen Vereinigtes Königreich, Archiv des Völkerrechts 40.3, 2002: 331-349.
- TICHY, Günther. Integration unter Ungleichen: Länder- und schichtenspezifische Einstellungen zur EU und ihren Zielen, WIFO Working Papers 610, 2020.
- TOBLER, Christa, Verfahrensarten vor dem EuGH in bilateralrechtlichen Fällen, *sui generis*, 2023: 179.
- TONSHOFF, Klara. Die Rolle des EuGH bei der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in der EU: Eine Darstellung am Beispiel der Republik Polen, Göttinger Rechtszeitschrift 4.7, 2021: 102-111.
- UITZ, Matthäus. Überlange Kindesunterhaltsverfahren im Lichte der Verfahrensgarantien der Europäischen

Menschenrechtskonvention, Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht–GVRZ 8.1, 2025: 3-14.

VOLKMANN, Uwe. Fremdbestimmung-Selbstbehauptung-Befreiung: Das BVerfG in der Frage der Sicherungsverwahrung, Juristenzeitung 2011: 835-842.

YÜCEL, Ensari. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasası Hukuku, Adam Academy Journal of Social Sciences 6.1, 2016: 59-84.

ZANG, Bernhard / MEYER, Berthold / ZÜRN, Michael. Make law, not war: Internationale und transnationale Verrechtlichung als Baustein für Global Governance, Konfliktregelung und Friedensstrategien: Eine Einführung, Springer-Verlag, 2011.

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları

A. Yayın İlkeleri

1. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TAÜHFD)/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR), “Hakemli Dergi” statüsünde, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) basılı olarak yayımlanır. Ayrıca çalışmaların PDF biçimli tam metinleri <http://hfd.tau.edu.tr> adresinde yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen çalışmalar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Derginin yayın dili Türkçe ve Almanca’dır, fakat niteliği dikkate alınarak İngilizce metinler de kabul edilecektir.

4. Dergide kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında yazılmış makale ve çeviri çalışmalarına yer verilir. Ayrıca dergide, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, sempozyum bildirileri ve bilgilendirici notlara da yer verilebilecektir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, dergi yayın kurulu tarafından yapılacaktır.

5. Çalışmanın yazarı adını, soyadını, iş adresini, telefon numaralarını ve e-posta adresini dergi sorumlusuna bildirmelidir.

6. Dergi yayın kurulu tarafından ilk değerlendirmede dergi yayın ilkelerine uygun bulunan makale çalışmaları, yazar adları metinden çıkarılarak, iki hakeme gönderilir. Hakem değerlendirmesi sonucunda hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirilmesi durumunda çalışma, üçüncü bir hakeme gönderilir. Çalışmanın yayımlanabilmesi için en az iki hakemin olumlu görüş bildirilmesi gerekir. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan çalışmalar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir ve

yazarları tarafından en geç 15 gün içinde teslimi gereklidir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda çalışmanın yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

7. Çeviri çalışmaları bakımından, çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakati da iletilmelidir. Ayrıca asıl metnin tam bibliyografik künyesinin (asıl metnin yayımlandığı eserin adı, yazarı, baskı yeri, baskı yılı, cildi, sayısı ve sayfaları) bildirilmesi gerekir. Çeviri çalışmaları da makale çalışmaları için geçerli olan hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen çalışmanın çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki malî hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir. Dergi yayın kurulu, çalışmaların yayımlanması konusunda yetkili kılınır.

9. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen çalışmaların tauhfd@tau.edu.tr veya ztdr@tau.edu.tr e-posta adresine "Microsoft Word" yazılımı formatında (.doc, .docx) gönderilmesi gerekmektedir.

10. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların içeriği ile ilgili tüm sorumluluk yazarlarına aittir.

B. Yazım Kuralları

1. İmlâ ve noktalama açısından (özel kullanımlar dışında) Türk Dil Kurumu'nun İmlâ Kılavuzu esas alınmalıdır. Gönderilen yazılar dil ve anlatım açısından bilimsel ölçülere uygun olarak açık ve anlaşılır olmalıdır.

2. **Başlık:** Çalışmanın Türkçe başlığı, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır. İngilizce başlık, Türkçe başlıktan sonra, 12 punto

olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır.

3. Yazar/Yazarlar: Yazar/yazarların isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın/yazarların unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir. Ayrıca yazar/yazarların "ORCID" bilgilerinin de sisteme girilmesi gerekmektedir.

4. Öz ve Özet: Türkçe "Öz", 10 punto yatık (italik) olarak koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile 1 satır aralığıyla yazılmalı ve 500 kelimeyi geçmemelidir. Öz'ü takiben aynı şekilde "Abstract" başlığıyla İngilizce Öz de yer almalıdır. Ayrıca çalışmalarının sonunda, çalışma Türkçe dilinde kaleme alınmışsa, 'Zusammenfassung' başlığıyla Almanca bir özetin; Almanca dilinde kaleme alınmışsa, Türkçe bir "Özet" in yer alması gerekir. Bu özet, en az 500, en fazla 1000 kelime kullanılarak hazırlanmalı ve çalışmanın temel çerçevesini, sorunsalını ve sonucunu ortaya koyan bir içerikte olmalıdır.

5. Anahtar Kelimeler: Öz kısımlarının altında Türkçe "Anahtar Kelimeler" e ve İngilizce "Keywords" e yer verilmelidir. Anahtar kelime sayısı, makalenin erişimine olanak verecek alanları içerecek şekilde en az 4, en fazla 8 kelimedenden oluşmalıdır.

6. Çalışma Metni: Metin, 12 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle 1,5 satır aralığında yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve yatık (italik) karakter kullanılarak belirtilir. Yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde yatık (italik) yazı kullanılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır. Virgöl, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

7. Çalışma Metnindeki Başlıklar: Konunun işlenişine göre rakam/harf sistemi esas alınarak yine 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle ana, ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Başlıklardaki her bir kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır.

8. Kısaltmalar: Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

9. Metin içinde kullanılacak tablo ve şekillere sıra numarası ve başlık verilmelidir.

10. Dipnot Gösterimi: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıfta yer alan bilgiler ile kaynakçada yer verilen eserin bilgileri aynı olacak şekilde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir:

a) Kitaplar İçin:

Dipnotta kitaplara atıf yapmak için ilk olarak yazarın adı ve soyadı olmak üzere, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Sadece kitap başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 23.

Birden fazla yazarlı kitaplara “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı kitaplar için sonraki dipnotlarda ise, “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Çekin, s. 71. – Akkanat/Çekin/Sarıkaya, s. 80.) Eğer aynı yazarın birden fazla kitabına atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, kitabın

başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Kitap başlığı kısaltılabilir. (Örnek: Çekin, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, s. 73.)

b) Makaleler İçin:

Dipnotta makalelere atıf yapmak için yazarın adı ve soyadı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak), makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

Örnek: Meltem Deniz Güner-Özbek, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227, s. 1200.

Birden fazla yazarlı makalelere “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı makaleler için sonraki dipnotlarda ise “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (Örnek: Güner-Özbek, s. 1190. – Göçmen/Keskin, s. 450.) Eğer aynı yazarın birden fazla makalesine atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, makalenin başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Makale başlığı kısaltılabilir. (Örnek: Güner-Özbek, *Yolcu Hakları*, s. 1205.)

11. Kaynakça Gösterimi: Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre alfabetik olarak sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Kaynakçada, sadece metin içinde atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlendirme yapılabilir.

a) Kitaplar İçin:

Kaynakçada kitaplar için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı

yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: ÇEKİN Mesut Serdar, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

b) Birden Fazla Yazarlı Kitaplar İçin:

Kaynakçada birden fazla yazarlı eserler için büyük harflerle sadece yazarların soyadı olmak üzere, yazarların önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: AKKANAT Halil/ÇEKİN Mesut Serdar/SARIKAYA Murat, *Medeni Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği (Borçlar Hukuku – Eşya Hukuku Çözümlü Pratik Çalışmalar)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

c) Makaleler İçin:

Kaynakçada makaleler için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak) ve makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı gösterilir. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

Örnek: GÜNER-ÖZBEK Meltem Deniz, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227.

Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben

A. Publikationsrichtlinien

1. Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint nach Durchführung eines Begutachtungsverfahrens von Werken in zwei Ausgaben pro Jahr (Juni, Dezember). Darüber hinaus werden Volltexte der Werke in PDF-Format unter <http://hfd.tau.edu.tr> veröffentlicht.

2. Die eingereichten Werke dürfen nicht anderweitig veröffentlicht sein oder werden.

3. Die Publikationssprache ist Türkisch und Deutsch; auch englische Texte werden ausnahmsweise aufgenommen.

4. In der Zeitschrift sind Aufsätze und Übersetzungen enthalten, die die Bereiche öffentliches Recht oder Privatrecht betreffen. Außerdem können Entscheidungs- und Buchrezensionen, Gesetzgebungsbewertungen, Symposiumsmeldungen und informative Notizen in der Zeitschrift veröffentlicht werden. Die Annahme oder Ablehnung der Beiträge erfolgt durch die Redaktion der Zeitschrift.

5. Der Beiträger muss den Vor- und Nachnamen, die Geschäftsadresse, eine Telefonnummer und E-Mail-Adresse angeben.

6. Die eingereichten Aufsätze werden von der Redaktion überprüft und Aufsätze, die den Richtlinien der Zeitschrift entsprechen, werden in anonymisierter Form zu zwei Begutachtern weitergeleitet. Im Fall eines Dissenses wird der Aufsatz einem dritten Begutachter gegeben. Mindestens zwei Begutachter müssen die Annahme vorschlagen, damit der Aufsatz veröffentlicht wird. Wenn nach redaktioneller Überprüfung festgestellt wird, dass der Aufsatz den Publikationsrichtlinien nicht entspricht, wird er zur Überarbeitung zurückgegeben.

7. Bei Übersetzungen sollen der Originaltext und die Zustimmung des Rechteinhabers übermittelt werden. Außerdem ist das vollständige bibliographische Impressum des Originaltextes (der Name des Werks, in

dem der Originaltext veröffentlicht worden ist, Autor, Ort des Druckes, Jahr des Druckes, Band, Anzahl und Seiten) anzugeben. Übersetzungen unterliegen der Bewertung der Begutachter wie Aufsätze.

8. Die finanziellen Rechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe, Verarbeitung und Übersetzung der zur Veröffentlichung angenommenen Werke werden an die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Türkisch-Deutschen Universität für alle Formen und Medien im In- und Ausland übertragen. Der Autor akzeptiert, dass ihm keine Urheberrechtsgebühr bezahlt wird.

9. Die Werke, die in der Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien veröffentlicht werden sollen, sind an die E-Mail-Adresse tauhfd@tau.edu.tr oder ztdr@tau.edu.tr im Software-Format "Microsoft Word" (.doc, .docx) zu senden.

10. Die Haftung für den Inhalt der zur Veröffentlichung in der Zeitschrift eingereichten Studien liegt bei den Autoren.

B. Redaktionsvorgaben

1. **Titel:** Der türkische Titel des Werkes soll in Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben fett und zentriert geschrieben werden. Der englische und deutsche Titel soll nach dem türkischen Titel mit Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben zentriert und fett geschrieben sein.

2. **Autor/Autoren:** Der Titel, die Institution, die Arbeitsgebiete und die E-Mail-Adresse von Autor / Autoren sind anzugeben. Außerdem sollen "ORCID" -Informationen von Autor / Autoren in das System eingegeben werden.

3. **Kurzfassung und Zusammenfassung:** Türkische "Öz" soll in 10 pt (kursiv) fett und in Times New Roman mit 1 Zeilenabstand geschrieben werden und 500 Wörter nicht überschreiten. Nach der Kurzfassung soll auch eine englische Kurzfassung mit dem Titel "Abstract" in der gleichen Art und Weise gegeben werden. Am Ende des Werkes, wenn das Werk in türkischer Sprache eingereicht wurde, befindet sich eine Zusammenfassung in deutscher Sprache mit der Überschrift "Zusammenfassung"; wenn das Werk in deutscher Sprache eingereicht

wurde, soll ein türkischer "Özet" eingefügt werden. Diese Zusammenfassung soll mit einem Minimum von 500 Wörtern und einem Maximum von 1000 Wörtern erstellt werden und den grundlegenden Rahmen, die Problematik und den Endergebnis skizzieren.

4. Schlüsselwörter: Unter dem Kurzfassungsteil sollen türkische "Anahtar Kelimeler" und englische "Keywords" stehen. Die Anzahl der Schlüsselwörter soll mindestens 4, höchstens 8 Wörter umfassen, um die Bereiche einzuschließen, die den Zugriff auf den Aufsatz erleichtern.

5. Text: Der Text wird in 12-pt geschrieben, wobei die Schriftart Times New Roman mit 1,5 Zeilenabstand ist und vertikale und normale Buchstaben verwendet werden. Die Fußnoten werden in 10 pt, mit Times New Roman, mit vertikalen und normalen Buchstaben geschrieben. Fußnoten sollen am Ende der Seite stehen. Zitate werden in Anführungszeichen und Kursivschrift dargestellt. Für ausländische Idiome und Eigennamen wird kursiver Typ verwendet. Fremdwörter im Text sollen kursiv geschrieben sein. Nach dem Komma, Punkt und anderen Satzzeichen steht ein Leerzeichen.

6. Fußnotenanzeige: Die beim ersten Zitat angegebenen Informationen über die Werke sollen in Fußnoten genauso geschrieben sein wie die Informationen über die Werke in der Bibliographie. Fußnotengestaltung ist wie folgt:

a) Für Bücher:

Um auf die Bücher in der Fußnote zu verweisen, werden zuerst Name und Nachname des Autors, der Verlag, der Ort der Veröffentlichung, das Jahr der Veröffentlichung, die Seiten- (s.) oder die Absatz-/Randnummer (n.) angezeigt und es steht am Ende ein Punkt. Nur der Titel des Buches soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Philip Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, 1986, s. 23.

Die Bücher, die sowohl von einem Einzelautor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als “

Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer“ zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, s. 71.) Wenn mehr als ein Buch desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Buches und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Buchs kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, s. 73.)

b) Für Aufsätze:

Um Aufsätze zu zitieren, sollen Vor- und Nachname des Autors, Titel des Artikels (in Anführungszeichen), Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, Anzahl der Bände, Anzahl der Ausgabe, Verlag, Erscheinungsdatum (in Monaten und Jahren), Seitenbereich, in dem der Aufsatz sich befindet, Seitennummer (s.) oder Absatz-/Randnummer (n.) im Fußnot angezeigt werden und am Ende steht ein Punkt. Nur der Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Matthias Mahlmann, “Menschenwürde in Politik, Ethik und Recht – universelle Fassade, kulturelle Relativität?”, in: F. Salinger, Y. Kim, S. Liu, C. Mylonopoulos, J. Tavares, K. Yamanaka, Y. Zheng, *Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2017, s. 267 – 281

Die Aufsätze, die sowohl von einem Autor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als “Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer“ zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, s. 270.) Wenn mehr als ein Aufsatz desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Artikels und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Aufsatzes kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, *Menschenwürde*, s. 270.)

ISSN 2687-3923



2687 3923