

e-ISSN: 2667-6117



ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)

Cilt: 7 Sayı: 2
Vol.: 7 No.: 2

Aralık-2025
December-2025

Aralık - 2025

ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)

e-ISSN: 2667-6117

Cilt: 7 Sayı: 2 Vol.: 7 no.: 2

Aralık-2025 December-2025

Dergi İletişim Bilgileri/ ASBUHFD Contact Information:

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Hükümet Meydanı No: 2, 06030 Ulus, Altındağ, ANKARA

Tel: +90 312 596 44 44-45 **Fax:** +90 312 311 86 00

e-mail: asbuhfd@asbu.edu.tr <https://dergipark.org.tr/asbuhfd>

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir.

Yayımlanan eserlerden doğan sorumluluk yazara/yazarlara aittir.

ASBUHFD is a peer-reviewed journal.

The liability of the published work is on the author/authors.

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi aşağıda belirtilen indekslerde/veritabanlarında taranmaktadır.

ASBUHFD is scanned the indexes/databases as demonsrated below.

TRIZIN DOAJ EBSCO



Yayın Tarihi:

Aralık, 2025

İMTİYAZ SAHİBİ**Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı****Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE****DERGİ KURULU****Editör Kurulu****Prof. Dr. Mustafa ÇOLAK**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Erman BENLİ

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Melek SARAL

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Fatih Buğra ERDEM

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOÇAK

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dil Editörleri**Doç. Dr. Salih POLATER**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Dr. Onur DUR

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcıları**Arş. Gör. Dr. Gökberk ÖZSÖKER**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Dr. Mansur KARADAĞ

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Dr. Dilara DÖNMEZKUŞ

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Mehmet BARUTÇU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Celil ŞAHİN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Bilgesu ULUŞAHİN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Yusuf Cihan ATMACA

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü**İsmail ÖZCAN**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu**Prof. Dr. Bülent KENT**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAZIM KURALLARI

A. Başlangıç

1. Makale başlığı: Arial, 14 pt., Tüm harfler büyük, Kalın, Ortalanmış. Başlık on iki kelimeden uzun olmamalıdır.

2. Yazar adı: Arial, 12 pt., Kalın, Sağa yaslı, İlk harfler büyük. (Yazar, dergiye gönderdiği makale dosyasında doğrudan veya dolaylı olarak kimlik ve kurum bilgilerini belirtmemelidir. Değerlendirme süreci kör hakemlik esasına göre yürütüldüğü için yazar bu bilgileri Kapak, Beyan ve Telif Hakkı Devir Formunda açıklamalıdır.)

3. Öz, Abstract ve Anahtar Kelimeler: Kalın, İlk harfler büyük. Eserde, 100-300 kelime arasında öz bölümü ile 500-1500 kelime arasında geniş özet (extended summary) bulunmalıdır. Eser dilinin Türkçe olması halinde; öz bölümü Türkçe ve İngilizce olmalıdır. Eser dilinin Türkçe dışında bir dil olması halinde, bu dilde bir öz ve bu özün Türkçe ve İngilizce çevirisi çalışmaya eklenmelidir. Öz başlığında her dilde olmak üzere 5-7 aralığında anahtar kelimeye ve eserin başlığına yer verilmelidir. Geniş özet, İngilizce olmalıdır. Eserin, öz ve geniş özet hariç 15.000 kelimeyi aşmaması gerekir.

B. Metin

1. Metin içi başlıklar: Times New Roman, 12 pt.

2. Başlık başındaki işaretler için yeni liste stili tanımlanması (Word'de Giriş sekmesinde paragraf kutucuğunun içinde üst sıradaki liste işareti/numaralandırma işaretlerinden çok düzeyli liste başlığı altında yeni liste stili tanımla daha sonra sol alttan biçimden numaralandırma seçeneği seçilecek) sıralaması:

1. Seviye: Numaralandırma stili: I, II, III... Kalın, Tümü büyük harfler
2. Seviye: Numaralandırma stili: A, B, C... Kalın, İlk harfler büyük
3. Seviye: Numaralandırma stili: 1, 2, 3... Kalın, İlk harfler büyük
4. Seviye: Numaralandırma stili: a, b, c... Kalın, İlk harfler büyük
5. Seviye: Numaralandırma stili: i, ii, iii... Normal, İlk harfler büyük, İtalik

3. Ana metin: Times New Roman, 11 pt.

4. Metin paragrafları: İlk satır 0,75 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 5nk paragraf sonrası 0 nk aralık, satır aralığı 1.

C. Dipnotlar

1. Dipnot: Times New Roman, 10 pt.

2. Dipnot paragrafları: Asılı 0,5 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 2 nk paragraf sonrası 0 nk aralık, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1. Ancak aynı dipnotta birden çok paragraf verilecekse bu durumda söz konusu iki paragraf arasında aralık 0 olmalıdır (üstteki paragrafın paragraf ayarlarından “sonra” kısmı 0 nk, alttaki paragrafın ise “önce” kısmı 0 nk yapılmalıdır).

3. Dipnottaki cümle ile dipnotta sol baştaki numara arasında 1 boşluk bırakılmalıdır.

4. Dipnotta sonu nokta ile biten bir ifade varsa tekrar nokta konulmasına gerek yoktur, bunun haricinde herhangi bir işaretten sonra mutlaka nokta konulmalıdır.

5. Metin içerisinde gösterilen dipnot numaraları şayet bir noktalama işareti varsa onun hemen ardından boşluk bırakılmaksızın belirtilecektir.

Ø Yanlış: verilecektir¹. Doğru: verilecektir.¹

D. Kaynakça

1. Kaynakça ayrı sayfada başlayacaktır.
2. Alfabetik sıralı, Times New Roman, 11 pt.
3. Kaynakça paragrafları: 0,75 cm asılı (ilk satırdan sonraki satırlar 0,75 cm içeride), her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi aralık 3 nk paragraf sonrası aralık 0 nk, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1.

Aşağıda yazım şekline ilişkin kurallara uygun olarak hazırlanmış örnek word formu bulunmaktadır. Makalenizi bu belgeye aktararak şekil gerekliliklerini kolaylıkla tamamlayabilirsiniz. Form için bkz.

<https://dergipark.org.tr/tr/journal/2972/file/8384/download>

E. Yazım-İmla Kuralları ve Atıf Usulü

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları ve kararları esas alınmaktadır.

2. Dipnot ve kaynakçalarda “The Chicago Manual of Style Notes and Bibliography System 18. Edition (2024)” atıf sistemi benimsenmiştir (bkz. <https://www.chicagomanualofstyle.org/home.html>). Atıf sistemine ilişkin açıklayıcı örnekler ve açık erişimli rehberler için bkz.

<https://library.ulethbridge.ca/chicagostyle/home>

<https://widener.libguides.com/Chicago18/examples>

<https://library.uco.edu/chicago18>

3. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;

§ “and” yerine “ve”

§ “unpublished” yerine “yayımlanmamış” veya “yayınlanmamış”

§ “Anonymous” yerine “Anonim”

§ birden fazla ciltten oluşan eserlerde “volume/vol.” yerine “Cilt.”

§ “see” yerine “bkz.”

§ “in” yerine “iç.”

§ “accessed” yerine “erişim tarihi”

§ “trans.” yerine “çev.”

§ “edited by” yerine “editör”

§ “translated by” yerine “çeviren”

§ “interview by” ifadesi yerine “röportajı yapan”

§ “PhD diss.” yerine “doktora tezi”

§ “thesis” yerine “tez”

§ “last modified” yerine “son değiştirilme”

§ “filmed” yerine “çekim” ifadeleri kullanılmalıdır.

§ Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçeleştirilmiştir ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; Mayıs 8, 2019 şeklinde yazılmalıdır.

§ Dergi sayısını ifade eden “no.” ifadesi korunmuştur. Keza “ed.” ifadesi aynen korunmuştur.

§ Sayfa numarasında “vd.” kullanılmamalıdır. Bunun yerine ilgili numara ile arasına boşluk konulmaksızın “ff.” ifadesi konulmalıdır. Eğer “ff.”dan sonra “.” gelecekse kullanılmaz ancak “;”, “?” vb. gelecekse onlar “ff.”deki noktaya bitişik yazılır.

4. Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat ve yargı kararları kaynakçada gösterilmez. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:

§ Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih [gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).

§ Matbu kadı sicillerine yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil (1073-1074/1663), haz. Fuat Recep ve Salih Kahrıman (İSAM Yayınları, 2012), 51.

§ Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atıf usulü kullanılabilir. Eğer tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi atıf sistemi kullanılmışsa diğer kararlarda da aynı sistematğin kullanılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi AYM

Bireysel Başvuru BB

Bölge Adliye Mahkemesi BAM

Ceza Dairesi CD

Ceza Genel Kurulu CGK

Daire D

Danıştay Dan.

Esas E.

Hukuk Bölümü HukukB

Hukuk Dairesi HD

Hukuk Genel Kurulu HGK

İçtihadı Birleştirme Kurulu İBK

İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu İBK

İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı İDDK

Karar K.

Uyuşmazlık Mahkemesi UM

Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı VDDK

Yargıtay Yar.

Örnekler:

AYM, E.2017/123, K.2018/12, 01.01.2018.

AYM, Mehmet Yılmaz, B. No: 2020/12345, 01.01.2025.

Yar. 1. HD, E.2019/1234, K.2019/4321, 01.01.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Ankara BAM 2. HD, E.2019/1234, K.2019/4321, 01.01.2019 (<https://emsal.uyap.gov.tr/>).

Rekabet Kurulu, K.12-13/123-12, 01.01.2019 (<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar>).

5. Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 02.01.2019, S. 30643.

WRITING FORM

A. Beginning

1. Article title: Arial, 14 pt., All letters capitalized, Bold, Centered. The title should not be longer than twelve words.

2. Author's name: Arial, 12 pt., Bold, Right justified, Initials capitalized. (The author should not directly or indirectly indicate his/her identity and institutional information in the article file sent to the journal. Since the review process is carried out on a blind review basis, the author should disclose this information in the Cover, Declaration and Copyright Transfer Form).

3. Abstract, Abstract and Keywords: Bold, Initial letters capitalized. The work should include an abstract of 100-200 words and an extended summary of 750-1500 words. If the language of the work is Turkish, the abstract should be in Turkish and a translation of the abstract in English, German or French should be included. If the language of the work is a language other than Turkish, an abstract in that language and a Turkish and English translation of the abstract should be included. The title of the abstract should include 5-7 keywords in each language and the title of the work. The abstract should be in English. The manuscript should not exceed 15,000 words excluding the abstract and extended abstract

B. Text

1. In-text headings: Times New Roman, 12 pt.

2. Define a new list style for the marks at the beginning of the heading (in Word, in the Home tab, in the paragraph box, in the top row of list marks/numbering marks under the heading of multilevel list, define a new list style, then select the numbering option from the format at the bottom left):

Level 1: Numbering style: I, II, III... Bold, All capital letters

Level 2: Numbering style: A, B, C... Bold, Initials capitalized

Level 3: Numbering style: 1, 2, 3... Bold, Initial letters capitalized

Level 4: Numbering style: a, b, c... Bold, Initials capitalized

Level 5: Numbering style: i, ii, iii... Regular, Initial letters capitalized, Italic

3. Main text: Times New Roman, 11 pt.

4. Text paragraphs: First line 0.75 cm inside, justified on both sides, right and left indent 0, 5 pt before paragraph, 0 pt after paragraph, line spacing 1.

C. Footnotes

1. Footnote: Times New Roman, 10 pt.

2. Footnote paragraphs: Hanging 0.5 cm inside, justified on both sides, right and left indent 0, spacing 2 nk before paragraph, 0 nk after paragraph, no option to add space between paragraphs of the same style selected, line spacing 1. However, if more than one paragraph is to be given in the same footnote, then the spacing between the two paragraphs in question should be 0 (the "after" part of the paragraph settings of the upper paragraph should be 0 nk and the "before" part of the lower paragraph should be 0 nk).

3. It must be left 1 space between the sentence in the footnote and the left leading number in the footnote.

4. If there is a statement in the footnote that ends with a period, there is no need to put a period again; otherwise, a period must be placed after any other sign.

5. Footnote numbers in the text will be indicated immediately after a punctuation mark without a space.

Ø Wrong: verilecektir¹. Correct: verilecektir.¹

D. Bibliography

1. Bibliography should start on a separate page.

2. Alphabetical order, Times New Roman, 11 pt.

3. References paragraphs: 0.75 cm hanging (lines after the first line are 0.75 cm inside), justified on both sides, right and left indent 0, pre-paragraph spacing 3 pt, post-paragraph spacing 0 pt, no option to add spaces between paragraphs of the same style selected, line spacing 1.

Below is a sample word form prepared in accordance with the rules regarding the writing style. You can easily complete the format requirements by transferring your article to this document. (For the form, see: <https://dergipark.org.tr/tr/journal/2972/file/8384/download>)

E. Spelling Rules and Citation Procedure

1. The spelling and spelling rules of the journal are based on the publications and decisions of the Turkish Language Association.

2. "The Chicago Manual of Style Notes and Bibliography System 18th Edition (2024)" citation system has been adopted in footnotes and bibliographies (see <https://www.chicagomanualofstyle.org/home.html>). For illustrative examples and open-access guides on the citation system, see.

<https://library.ulethbridge.ca/chicagostyle/home>

<https://widener.libguides.com/Chicago18/examples>

<https://library.uco.edu/chicago18>

3. In case the language of publication of the work is Turkish, when citation is made;

§ "ve" instead of "and"

§ "yayınlanmamış" or "yayımlanmamış" instead of "unpublished"

§ "Anonim" instead of "Anonymous"

§ "Cilt." instead of "volume/vol." in works consisting of more than one volume

§ "bkz." instead of "see."

§ "iç." instead of "in."

§ "erişim tarihi" instead of "accessed"

§ "çev." instead of "trans."

§ "editör" instead of "edited by"

§ "çeviren" instead of "translated by"

§ "röportajı yapan" instead of "interviewer"

§ "doktora tezi" instead of "PhD diss."

§ "tez" instead of "thesis"

§ "son değiştirilme" instead of "last modified"

§ "çekim" instead of "filmed" must be used.

§ The month names used to indicate the date have been in Turkish, but the spelling format has been preserved. For example, it should be written as Mayıs 8, 2019.

§ The expression "no." for the number of the journal has been retained. Likewise, the expression "ed." has been retained.

§ "vd." should not be used in the page number. Instead, the expression "ff." should be inserted without a space between the relevant number. If "." comes after "ff.", it is not used, but if ";", "?" etc. come after "ff.", they are written adjacent to the dot in "ff."

4. Legislation and judicial decisions cited in footnotes in the text are not included in the bibliography. The following rules and abbreviations should be taken into account in references to judicial decisions:

§ Name of the court/institution, if any, its department, E. main number K. decision number date [day.month.year format], (the source of the decision, if any, the page number or URL or DOI number in the source).

§ References to printed Kadi registers should be indicated as follows: Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil (1073-1074/1663), haz. Fuat Recep ve Salih Kahrıman (İSAM Yayınları, 2012), 51.

§ In the case of foreign judgments, the decision citation procedure adopted by the relevant court or institution itself may be used. If preferred, the system used for Turkish judgments may also be applied to the extent appropriate. However, whichever citation system is used for one judgment of the same court or institution in one work, the same systematic should be used for other judgments.

Anayasa Mahkemesi AYM

Bireysel Başvuru BB

Bölge Adliye Mahkemesi BAM

Ceza Dairesi CD

Ceza Genel Kurulu CGK

Daire D

Danıştay Dan.

Esas E.

Hukuk Bölümü HukukB

Hukuk Dairesi HD

Hukuk Genel Kurulu HGK

İçtihadı Birleştirme Kurulu İBK

İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu İBK

İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı İDDK

Karar K.

Uyuşmazlık Mahkemesi UM

Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı VDDK

Yargıtay Yar.

Examples

AYM, E.2017/123, K.2018/12, 01.01.2018.

AYM, Mehmet Yılmaz, B. No: 2020/12345, 01.01.2025.

Yar. 1. HD, E.2019/1234, K.2019/4321, 01.01.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Ankara BAM 2. HD, E.2019/1234, K.2019/4321, 01.01.2019 (<https://emsal.uyap.gov.tr/>).

Rekabet Kurulu, K.12-13/123-12, 01.01.2019 (<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar>).

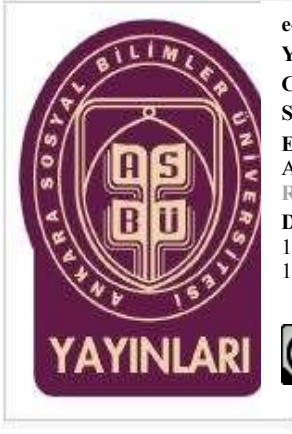
5. References to the Official Gazette should be indicated as follows: RG. 02.01.2019, P. 30643.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS*

ARAŞTIRMA MAKALELERİ/RESEARCH ARTICLES

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA FRANSIZ HUKUKUNDAKİ ANONİM DOĞUM MÜESSESESİNİN İNCELENMESİ.....	93
<i>An Examination of the Institution of Anonymous Birth in French Law in the Light of European Court of Human Rights Decisions</i>	
Bahar Öcal Apaydın	
KARŞILAŞTIRMALI HUKUK PERSPEKTİFİNDEN TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA BOŞANMANIN MALİ SONUÇLARINA İLİŞKİN ÜÇ ELEŞTİRİ.....	120
<i>Three Reservations Regarding the Financial Consequences of Divorcement in Turkish Civil Law from a Comparative Law Perspective</i>	
Cihat Börklüce	
TÜRKİYE’DE GÖLGE KABİNE UYGULAMASI ÖNÜNDEKİ ZORLUKLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ.....	143
<i>Difficulties And Solution Suggestions in the Application of Shadow Cabinet in Turkey</i>	
Kazım Başaran	
YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARLA UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ.....	163
<i>Determination of the Applicable Law for Competition-Restrictive Agreements Involving a Foreign Element</i>	
Elif Selen Batıgün	
SAĞLIK VE PATENT HAKLARI İKİLEMİNDE: İLAÇ PATENTİNE ELEŞTİREL VE Dengeleyici Yaklaşımlar	184
<i>The Dilemma Between Health and Patent Rights: Critical and Balancing Approaches to Pharmaceutical Patents</i>	
Oğuzhan Ertekin	
TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI YARGI TEŞKİLATINDA HEYET-İ İTHAMİYE KURUMU.....	218
<i>The Heyet-i İthamiye Institution in the Judicial System during the Tanzimat Period</i>	
Esma Sena Tezcan Yüksel	
MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE ÖN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ VE SONUÇLARI.....	243
<i>The Breach of The Pre-Contractual Information Duty in Distance Contracts and Its Consequences</i>	
Murat Uçak	
ECZACININ ESER SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU	276
<i>Cases Wheret The Pharmacist's Responsibility is Based on The Work Contract</i>	
Ahmet Kağan Yaşar	

*Makale sıralamanda akademik unvan ve makale gönderim tarihi esas alınmaktadır.



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2025

Cilt / Volume: 7

Sayı / No: 2

Eserin Türü /
Araştırma Makalesi/
Research Article

DOI:

10.47136/asbuhfd.
1794315



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA FRANSIZ HUKUKUNDAKİ ANONİM DOĞUM MÜESSESESİNİN İNCELENMESİ

An Examination of the Institution of Anonymous Birth in French Law in the Light of European Court of Human Rights Decisions

Bahar Öcal Apaydın

Makale Gönderim Tarihi / Received: 30.09.2025

Makale Kabul Tarihi / Accepted: 19.11.2025

Hakem Değerlendirmesi / Peer Review: Çift kör hakem.
Double peer-reviewed.

Anahtar Kelimeler / Keywords:

Anonim doğum, Soybağı, Kişinin kökenini öğrenme hakkı, Özel hayata saygı hakkı, Menfaat çatışması / Anonymous birth, Filiation, the right to access one's origins, the right to respect for private life, Conflict of interests

Atıf / Citation:

Öcal Apaydın, Bahar. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Fransız Hukukundaki Anonim Doğum Müessesesinin İncelenmesi." *ASBU Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, no.2 (2025) 93-119

Yazar Bilgileri / Authors Information:

Doç. Dr., Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir, bahar.ocalapaydin@ogu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9106-8286.

Teşekkür / Acknowledgments: Bulunmamaktadır.

Finansal Destek / Financial Support: Finansal destek alınmamıştır.

Çıkar Çatışması / Conflict of Interest: Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval: Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence: Yapay zeka araçlarından yararlanılmamıştır.

Öz

Roma hukukundan beri süregelen “*mater certa est*” yani çocuğu doğuran anadır ilkesi, çocuğu doğuranın biyolojik anne olduğu esasına dayanmaktadır. Bu ilkeyi benimseyen pek çok hukuk düzeni anayla çocuk arasındaki soybağı doğum yoluyla kurmaktadır. Ancak Fransız hukuku bu yaklaşım bakımından istisnai özellik arz etmektedir. Zira Fransız hukukunda biyolojik annelik ile yasal annelik arasında ayırım yapılmaktadır. Nitekim Fransız Medeni Kanunu m. 326 uyarınca doğum sırasında anne, sağlık kurumuna kabulünün ve kimliğinin gizli kalmasını talep edebilir. Anonim doğum olarak nitelendirilen bu uygulama çerçevesinde, gizli kalmak isteyen anayla çocuk arasında soybağı kurulmamakta, doğumdan sonra çocuk devlet koruması altına alınmaktadır. Dolayısıyla, anonim doğum uygulamasında ananın gizli kalma hakkı ile çocuğun kökenini öğrenme hakkı nedeniyle iki menfaatin çatışması söz konusu olmaktadır. Anılan menfaat çatışması, birçok kez Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) önüne de taşınmıştır. Bu çalışmanın amacı, anonim doğum müessesesini AİHM kararları ışığında incelemektir.

Abstract

The principle of ‘*mater certa est*’, i.e. or ‘who gave birth is the mother’, which has existed since Roman law, is based on the assumption that whoever gives birth to the child is the biological mother. Many legal systems that adopt this principle establish the filiation between the mother and the child through birth. However, French law is exceptional in this regard. This is because French law distinguishes between biological and legal motherhood. Indeed, under Article 326 of the French Civil Code, the mother may request that her admission to the healthcare institution and her identity remain confidential during childbirth. Under this practice, known as anonymous birth, no filiation is established between the mother who wishes to remain anonymous and the child, and the child is placed under state care after birth. Therefore, in the anonymous birth practice, there is a conflict of interests between the mother's right to remain anonymous and the child's right to know their origins. This conflict of interests has been repeatedly brought before the European Court of Human Rights (ECHR). The aim of this study is to examine the institution of anonymous birth in light of ECHR decisions.

Extended Summary

In many legal systems, the principle of 'mater certa est', i.e. whoever gives birth to the child is the mother, has been accepted since Roman law. However, in the French legal system, a distinction is made between biological motherhood and legal motherhood. Where a woman expresses her intention to be the mother of child, then she is recognized as her/his mother; otherwise, this outcome cannot be reached *ipso iure*. This is because, in this legal system, the biological mother is legally permitted to remain anonymous if she wishes. This practice is known as anonymous birth (*accouchement anonyme*, *accouchement sous X*). Under this practice, the woman is allowed to give birth in a hospital or maternity ward with her rights protected, and the child is allowed to be brought into the world in a healthy manner. Furthermore, it is possible for the mother to take back her child within a certain waiting period. At the end of this period, the child is placed for adoption.

The practice of anonymous birth, which has been the subject of debate in France for many years, has also been addressed in the rulings of European Court of Human Rights. When the interests of the adoptive family are added to the assessment centred on the mother's interest in remaining anonymous and the child's interest in accessing their origins, striking a balance becomes even more difficult. Legal regulations have been enacted in French law for this purpose, and a national council was established under the 2002 legislation. This council acts as an intermediary, enabling individuals born through anonymous birth who wish to access their origins especially information about their biological parents. However, the decision to disclose information remains with the parents. Even after their death, the parents may request that confidentiality not be lifted, and action will be taken in accordance with their wishes.

The debate from the mother's perspective centres on the certainty of the two-month period for revoking the decision to give up a child for adoption in the context of anonymous birth practice. It is conceivable that the time pressure could create a difficult situation for the mother. However, criticisms regarding the brevity and rigidity of the period should be evaluated considering the principle of the best interests of the child. In other words, it must be determined whether the period of indecision experienced by the mother is in the child's best interests. In a positive scenario, it could be argued that the mother's desire to take the child back at the end of this period serves the child's best interests. Nevertheless, in a negative scenario, the child would be adopted. According to French law, it is in the best interests of a child under state protection who has not established a filiation with the mother at birth to be placed with an adoptive family as soon as possible, and for the adoption process to be completed within a short period of time. The adoption process begins when that period expires. Therefore, it is in the child's best interests to remain under state protection for a short period of time, during which they can form a psychological and legal bond with their adoptive family.

From the child's perspective, the issue has been assessed in terms of the right to know one's origins. According to French law, a balance must be struck between a child's right to access her/his origins and a woman's right to remain anonymous in cases of anonymous birth. Therefore, upon the child's request, the national council must provide the child with all information other than the mother's identity details, such as her pre-birth history, birth and abandonment circumstances, and the physical characteristics of the biological mother and, if known, the other parent. However, the mother's consent is required for confidentiality to be lifted. She may change her mind at any time. If she wishes to remain anonymous even after her death, however, her decision is respected. Confidentiality should not be lifted without legal provisions allowing it to be lifted after death against the person's will. This is because the decision to remain confidential falls within the scope of a woman's personal rights. On the other hand, the children's right to access their origins also falls within the scope of their personal rights. While the mother may have requested the removal of confidentiality to establish a connection with the child while she was alive, the child may also wish to establish a connection with other members of their biological family besides their mother. Even after the mother's death, maintaining confidentiality would prevent the child from reaching other members of their biological family. Therefore, the mother's right to absolute confidentiality at the time of birth should be preserved, and this confidentiality should only be lifted at her own discretion. However, to fulfil the child's right to know her/his origins, a legal provision should be introduced in French legal system to lift confidentiality after a certain period following the mother's death, provided this is in the child's best interests and does not sacrifice the mother's interests.

GİRİŞ

Ebeveynliğin sosyal ve hukuki normlardan soyutlanması mümkün değildir. Hatta genel olarak, söz konusu normlarla cinsiyet rollerinin, ebeveynliğe bağlı hakların ve ödevlerin çerçevesi çizilmiştir. Anılan normların dışında değerlendirilebilen örneğin evlat edinme, kürtaj gibi farklı uygulamalar tarihte pek çok tartışmanın konusunu oluşturmuştur. Anonim doğum da bu tartışmaların odağındaki kurumlardan biridir.

Hukuk düzenlerinin pek çoğunda, Roma hukukundan beri kabul edilen “*mater certa est*”, yani çocuğu doğuran anadır ilkesi benimsenmiştir¹. Buna karşılık, örneğin Fransız hukuk düzeninde, biyolojik ve yasal annelik arasında ayırım yapılmaktadır². Kadın çocuğun annesi olmak yönündeki iradesini ortaya koyduğu takdirde, çocuğun anası olarak kabul edilmektedir; aksi halde kendiliğinden (*ipso iure*) bu sonuca ulaşıl原因mamaktadır. Zira bu hukuk düzeninde biyolojik anne gizli kalmak isterse hukuken buna imkân verilmektedir³. Bu uygulama anonim doğum (*accouchement anonyme*, *accouchement sous X*) olarak isimlendirilmektedir⁴. Anonim doğum uygulamasında, kadının hakları korunmak suretiyle bir hastane ya da doğumevinde doğum yapmasına, çocuğun ise sağlıklı bir şekilde dünyaya gelmesine olanak tanınmaktadır. Ayrıca belirli bir bekleme süresi içinde ananın çocuğunu geri alabilmesi mümkündür. Bu sürenin sonunda çocuk, evlatlık verilmek üzere yerleştirilmektedir.

Fransız hukukundaki anonim doğum uygulaması kapsamında kadının gizli kalmak suretiyle doğum yapması hakkı ile çocuğun kökenini öğrenme hakkı arasında bir denge kurulması meselesi uzun süre gerek mahkemeleri gerek yasama organını meşgul etmiştir. Hatta konu defaatle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne taşınmıştır.

Bu çalışmada anonim doğumun tarihsel gelişiminin yanı sıra Fransa’daki anonim doğum uygulaması ve bu uygulamaya yöneltelen eleştirilerle birlikte AİHM kararları ışığında anonim doğum müessesesi inceleme konusu yapılmıştır.

¹ Alman hukuk düzeni ve *common law* sistemlerinde bu ilkeden hareketle doğumla anne ile çocuk arasında soy bağı kurulmaktadır. Bkz. Nataša Hadžimanović, Confidential and Anonymous Birth in National Laws – Useful And Compatible with the Un Convention on The Rights of The Child?, (gennaio 2018) www.comparazonediritto.civile.it, Erişim Tarihi: Eylül 11, 2025, 19. Ayrıca İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde de böyledir. Bkz. İsviçre Medeni Kanunu m. 252/f. 1; Türk Medeni Kanunu m. 282/f. 1.

Bu ilke çocuğu doğuran ananın biyolojik olarak da çocuğun anası olması esasına dayanmaktadır. Ancak günümüzde tıp biliminde yaşanan gelişmeler neticesinde, yapay döllenme ve taşıyıcı annelik gibi uygulamalar çocuğu doğuran annenin biyolojik olarak çocuğun annesi olma esasını temelden sarsmıştır. Bkz. Andrea Bühler ve Antonella Schumucki, “Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht (1/2)”, *FamPra.ch* (1) (2020): 13-14.

² Bénabent, Alain, *Droit de la Famille*, (LGDJ 2020), 352. Fransız hukukunun yanı sıra Belçika ve İtalyan hukuk düzenlerinde de doğumla ana ile çocuk arasında soybağı kurulmaz. Belçika hukukunda ana, her zaman çocuğu doğuran kadın olmakla birlikte ana ile soybağı, doğum belgesine ananın adının yazılmasıyla kurulur (Belçika Medeni Kanunu m. 312). İtalyan Medeni Kanunu m. 250 uyarınca evlilik dışı doğan bir çocuk, 254. maddede öngörüldüğü şekilde, ana rahmine düştüğü sırada başka biriyle evli olsalar bile, ana ve babası tarafından tanınabilir. Anılan hükmün mefhumu muhalifinden, ebeveynlerden biri çocuğunu tanımamaya karar verebileceği çıkarılmaktadır. Ana doğum sırasında hastaneye kimliğini gizli tutmasını talep etmek suretiyle bu hakkını kullanabilir.

³ Fransa’nın dışında Avusturya, İtalya, Lüksemburg da anonim doğum uygulamasını kabul eden ülkelerdir. Ayrıca Almanya da 2014 yılında gizli doğum uygulamasını kanunlaştırmıştır. Bkz. Hadžimanović, “Confidential and Anonymous Birth”, 9-10; Stéphanie Perrenoud, *La protection de la maternité, Etude de droit suisse, international et européen*, (Stämpfli Verlag, AG 2015), 63. Alman hukukunda gizli doğum uygulaması ile ilgili ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Metin İkizler, “Hukuki Boyutu ile Almanya’da Bebek Sandığı ve Anonim Doğum Uygulamaları ve Türkiye’de Durum”, *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (Özel Sayı) (2007): 691ff.; Elif Şen, “Alman Hukukunda Gizli Doğum Uygulaması ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5, no. 1-3, (2020): 2910ff.

⁴ Türk hukuku bakımından anonim doğum ve bebek kutusu uygulamalarının değerlendirilmesi için bkz. İkizler, “Hukuki Boyutu ile Almanya’da Bebek Sandığı”, 691 ff. Türk hukuku bakımından gizli doğum uygulamasının değerlendirilmesi için bkz. Şen, “Alman Hukukunda Gizli Doğum,” 2925-2926.

I. ANONİM DOĞUM MÜESSESESİ

Anonim doğum uygulaması klasik anlamda aile müessesesinden farklı bir durum ortaya çıkarmaktadır. Zira klasik aile, her ikisi de çocuğun biyolojik ebeveyni olan kadın ve erkeğin birliğine dayanan, biyolojik ve sosyolojik ebeveynliğin örtüştüğü bir kurumdur⁵. Oysa aşağıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere, anonim doğumda anne, kimliğinin gizli tutulmasını ve çocuğun doğum belgesinde isminin yer almamasını talep etme hakkına sahiptir.

A. Fransız Hukukunda Anonim Doğumun Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Fransa’da Fransız Devriminden bu yana kadınların gizli ve anonim şekilde doğum yapma hakları olduğu savunulmaktadır⁶. Avrupa’nın pek çok ülkesinde on sekizinci yüzyılda nüfus sicili sisteminin kurulması ve doğum belgesi uygulamasının kabulüyle birlikte, doğum siciline çocuğun ana babasının isminin kaydedilmesi usulü benimsenmiştir. Ana ile çocuğun soybağının doğum esasına göre kurulması olgusu kabul edildiğinden, doğum kaydında anadan şüphe duyulmamaktadır. Ancak o dönemlerde baba bakımından, ana ile evli olup olmaması durumu nazara alınmaktadır. Örneğin Fransa’da, ana ile evli kişinin önceden çocuğun meşru babası olduğunu kabul etmesi halinde doğumdan itibaren yirmi dört saat içinde çocuğun doğum kaydını yaptırmaktan sorumlu olması; ancak ana ve baba evli değilse, ananın çocuğun doğum kaydında resmi olarak babanın kimliğini bildirmesinin mümkün olmadığı şeklinde bir yaklaşım benimsenmiştir⁷. Kayıt sistemiyle evlilik içi doğan çocuk ve evlilik dışı doğan çocuğun bu şekilde tespitinin kadınlar bakımından yarattığı sakıncalar nedeniyle Fransa’da oldukça erken bir dönemde, 18. yy’da, evli olsun olmasın kadınların her bölgede ücretsiz doğum evleri aracılığıyla anonim kalarak doğum yapabilmesi geleneğinin başladığı kabul edilmektedir⁸.

19. yy. başında Fransız Medeni Kanununda babalık davasının yasaklanmasıyla birlikte, ananın maddi destekten yoksun kalması, terk edilen evlilik dışı çocukların sayılarında artış yaşanmasına neden olmuştur. Dolayısıyla bu yıllarda, genellikle hastane duvarlarına kutular yerleştirilmek (*tours*) suretiyle, bebeklerin korunmasına ilişkin düzenleme yapılmış ve böylece bebeklerin bırakılması için imkân getirilmiştir⁹. Anılan dönemden İkinci Dünya savaşının bitişine kadar geçen sürede, sanayi devrimi, tıpta yaşanan gelişmeler ve savaşın da etkisiyle nüfusun azalmasıyla mücadele edilmesi adına yeni bir

⁵ Öncelikle evlat edinme kurumuyla ardından yapay dölleme teknolojisinin gelişmesiyle birlikte sperm, yumurta bağı, taşıyıcı annelik gibi uygulamalarla klasik aile kavramından farklı bir anlayışa doğru çareler aranması yeniden gündeme gelmiştir. Bkz. Alice Margaria, “Anonymous Birth Expanding the Terms of Debate”, *International Journal of Children's Rights*, no.22 (2014): 553; Andrea Bühler ve Nadina Ryser, “Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung”, *FamPra.ch* no.1 (2009): 4.

⁶ Nadine Lefaucheur, “The French Tradition of Anonymous Birth: The Lines of Argument”, *International Journal of Law, Policy and Family*, (2004): 319. Her ne kadar 6. yy ve 17. yy’da Aziz ilan edilen din adamlarının bırakılan çocukları alması söz konusu olsa da anonim doğum uygulamasının 28 Haziran 1793 tarihli Kararnameyle düzenlendiği ileri sürülmektedir. Bkz. Cécile Enselle, « Chapitre I. Avant 1993: le secret de la filiation dans l’histoire ». *Naître sans mère ?*, (Presses universitaires de Rennes), 2004, <https://doi.org/10.4000/books.pur.24379>, Erişim Tarihi: Ağustos 9, 2025, N. 10.

⁷ Lefaucheur, “The French Tradition,” 320.

⁸ Lefaucheur, “The French Tradition,” 320; Élisabeth Darchis, “L’accouchement anonyme en amont de l’adoption La part du transgénérationnel”, *DIALOGUE* 3 (177) (2007): 7; Gilles Séraphin, “L’accès aux origines : les ressorts d’un débat passionné”, *Esprit*, no.5, (2009): 83.

⁹ AİHM Odièvre- Fransa Kararı, para. 15. Ayrıca bkz. Eva Steiner, “L’accouchement sous X: réflexion critique sur le droit et la pratique d’une singularité juridique française”, *FamPra.ch*, no. 8 (2007): 572. Napolyon tarafından çıkarılan bir Kararnameyle bebek kutusu uygulaması meşrulaştırılmıştır. Bkz. Enselle, « Chapitre I. Avant 1993: le secret de la filiation dans l’histoire ». “Naître sans mère ?”, N. 15. 1830’lu yıllarda, bazı yerlerde bebek kutusu uygulaması yerine bebeğini bırakmak istemeyen ananın maddi anlamda desteklenmesi uygulaması denenmiştir. 1844 yılında Fransız Yargıtay’ı doğum yapan kadının gizli kalmayı talep etmesi halinde, kadın doğum uzmanları ve ebelerin anaların ismini gizli tutmakla yükümlü olduğu ve bu yükümlülüğe aykırı davranışın yaptırımla karşılaşacağını içtihat etmiştir. 1860’lı yıllarda *tour* uygulamasının sona erdiği kabul edilmektedir. Bkz. Lefaucheur, “The French Tradition,” 320-321. Bir başka görüşe göre bebek kutusu uygulaması 1904 yılında kaldırılmıştır. 1904 yılında çıkarılan bir kanunla hem gizli doğum uygulaması teminat altına alınmış hem de çocuğun korunması anlayışı ortaya çıkmıştır. Bkz. Enselle, « Chapitre I. Avant 1993: le secret de la filiation dans l’histoire ». “Naître sans mère ?”, N. 31ff.; Steiner, “L’accouchement sous X”, 573.

politika benimsenmiştir¹⁰. Bu amaçla anaların maddi destek görmesi ve bebeklerin terk edilmesinin önlenmesinin yanı sıra doğum evlerinde kürtaj ve bebek ölümlerini engellemekle görevli bölümler teşkilatlandırılmıştır¹¹. 20. yy.'ın başında bebek kutusu (*tours*) uygulaması yerini, hastane ve doğumevlerinde anneleri tarafından bırakılan bebeklerle ilgilenmek üzere kurulan özel birimlere bırakmıştır¹². Söz konusu birimde çalışanlar, yalnızca kadınları değil aynı zamanda hekimleri ve ebeleri, çocuğu vermekten vazgeçmesi halinde anaya maddi destekte bulunulacağı yönünde bilgilendirmekle yükümlü tutulmuştur. Bu maddi desteği kabul etmek istemeyen kadınlara, çocuğun yedi aydan küçük olması durumunda, kendi kimliklerini ve çocukların kimliğini açıklamadan (*accouchement sous X*) çocuklarını bırakabilme imkânı getirilmiştir¹³. Fransa'da 1941 yılında, bütün kamu hastaneleri, anonim doğum yapmak isteyen kadınları ücretsiz olarak kabul etmekle yükümlü kılınmıştır¹⁴.

20. yy.'ın ikinci yarısında, her yıl devlet koruması altına alınan kökeni belirsiz çocuk sayısının 1.656'ya ulaştığı kayıt altına alınmıştır¹⁵. Bu dönemde ayrıca bebeğini bırakmak isteyen annelere, sosyal hizmetler tarafından bir aylık bir süre tanınması yönünde bir hukuki düzenleme yapılmış olup, bu bekleme süresi içinde anneye bebeğini geri alma imkânı getirilmiş ve söz konusu sürenin sonunda çocuğun devletin koruması altına alınması usulü benimsenmiştir¹⁶. 1956 yılında Aile ve Sosyal Yardım Kanunu kabul edilmiş ve bu kanunla, gizli doğum yapmak isteyen kadınlara doğumevleri ve kamu hastanelerinde bu imkânın ücretsiz olarak verilmesi gerekliliği bir kez daha teyit edilmiştir¹⁷. 1960'lı ve 1970'li yıllarda bir dizi gelişme daha yaşanmıştır. Çocuk yardımını da içeren sağlık ve sosyal faaliyet birimleri kurulmuş; evlatlığın evlat edinmenin ailesiyle tam anlamıyla soy bağının kurulduğu evlat edinme modeli benimsenmiş ve bu doğrultuda çocuk bir kez evlat edinen ailenin yanına yerleştirildikten sonra biyolojik ebeveynlerin artık çocuğu geri isteme imkânı ortadan kalkmıştır. Ayrıca çocuğunu bırakan

¹⁰ İkizler, "Hukuki Boyutu ile Almanya'da Bebek Sandığı", 688. Avrupa'nın diğer ülkelerine kıyasla Fransa'da doğum oranlarındaki düşüş nedeniyle özellikle üçüncü cumhuriyet döneminden itibaren çocukların korunması, kürtaj ve çocuk ölümlerinin azaltılması başlıca mesele olarak kabul edilmiş ve buna yönelik bir politika benimsenmiştir. Bkz. Enselle, « Chapitre I. Avant 1993: le secret de la filiation dans l'histoire ». "Naître sans mère ?", N. 46ff.

¹¹ Lefaucheur, "The French Tradition," 321.

¹² AİHM Odièvre- Fransa Kararı, para. 15. Ayrıca bkz. Séraphin, "L'accès aux origines", 83; Steiner, "L'accouchement sous X," 573.

¹³ Enselle, « Chapitre I. Avant 1993: le secret de la filiation dans l'histoire ». "Naître sans mère ?", N. 21-22 ile N. 34ff. 1920'li yıllarda doğum kontrolü ve kürtaj ile ilgili bilgi yayanlara yönelik ağır cezaların düzenlendiği kanunlar çıkarılmıştır. 1930'lu yılların başına kadar her yıl binden fazla soy bağı bilinmeyen çocuk devletin bakımına bırakılmak üzere kaydedilmiştir. 1923 yılında yapılan yasal düzenlemeyle küçüklerin evlat edinilmesi bakımından, yasal soy bağının ortadan kaldırılmadığı ve evlat edinmenin ailesine evlatlığın tam anlamıyla dâhil olmadığı bir soy bağı modeli benimsenmiştir. 1939 yılında Aile Kanunu kabul edilmiş ve bu kapsamda doğum bölümlerinde gebe kadınların ücretsiz ve gizli bir şekilde doğum yapabilecekleri birimler kurulmuştur. Bkz. Lefaucheur, "The French Tradition", 321-322; Enselle, « Chapitre I. Avant 1993: le secret de la filiation dans l'histoire ». "Naître sans mère ?", N. 93ff.). Dolayısıyla bir görüş anonim doğum uygulamasının 1939 tarihinde bu kanunla ortaya çıktığını savunmaktadır. Bkz. Laetitia Buron, "Le droit à l'identité: question politique et pesanteur idéologique" *Accouchement anonyme et adoption plénière*, editör Michel Cahen, Karthala 2004, 21-22.

¹⁴ AİHM Odièvre- Fransa Kararı, para. 15. Bir görüş anonim doğum uygulamasının bu kararname ile meşrulaştığını kabul etmektedir. Bkz. Enselle, « Chapitre I. Avant 1993: le secret de la filiation dans l'histoire ». "Naître sans mère ?", N. 95; Steiner, "L'accouchement sous X," 573. Bu koşullarda doğum yapmak üzere gelen bir kadını reddeden kişiler hakkında cezai müeyyide öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemeyi havi kararnamenin anonim doğumun kaynağı olduğunun hatalı bir biçimde ileri sürüldüğü ifade edilmektedir. Bkz. Lefaucheur, "The French Tradition," 322.

¹⁵ 1950-1970 yılları arasında bu sayının her yıl 500 ila 700 arasında düştüğü tespit edilmiştir. Bkz. Lefaucheur, "The French Tradition", 322. Yapılan bir araştırmada 1990'lı yıllar boyunca bu sayının 700 civarında olduğu ve 1999 yılında sayının 560'lara düştüğünü göstermiştir. Bkz. Buron, *Le droit à l'identité*, 21.

¹⁶ Lefaucheur, "The French Tradition", 322; Enselle, « Chapitre I. Avant 1993: le secret de la filiation dans l'histoire ». "Naître sans mère ?", N. 99.

¹⁷ AİHM Odièvre- Fransa Kararı, para. 15; Lefaucheur, "The French Tradition," 322.

anneye tanınan bir aylık bekleme süresi de üç aya çıkarılmıştır¹⁸. Özellikle 1978 yılında kişinin kökenini öğrenmesi bakımından önemli bir gelişme yaşanmış ve vatandaşlara kendi kişisel belgelerine erişme imkânı getiren kanun yürürlüğe girmiştir¹⁹. Çoğunlukla biyolojik ebeveynlerine ulaşmak isteyen ve gizlilik esasına göre doğumu gerçekleştiren kişiler, bu dosyalara ulaşmak için başvurmuşlardır. Bu kanunun etkisiyle devlet korumasındaki çocukların biyolojik ebeveynlerine ulaşma çabası, birtakım derneklerin kurulmasına da vesile olmuştur²⁰. 1990 yılında Fransız Danıştay'ı, söz konusu çocukların biyolojik ebeveynlerine ilişkin bilgilere ulaşması ve her iki tarafın da rızası varsa bir araya getirilmeleri konusunda bir konsey kurulması yönünde tavsiye kararı vermiştir²¹.

Fransa'nın BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne (ÇHS) taraf olması bir başka dönüm noktası olarak kabul edilebilir. Zira bu sözleşme mümkün olduğu ölçüde çocuğun kendi kökenini öğrenme hakkına vurgu yapmaktadır (ÇHS m. 7)²². 1992 yılında Fransız Parlamentosu'nda başlayan tartışmalarda anonim doğum uygulamasının bu imkânı ortadan kaldırdığı yönünde görüşler ileri sürülmüştür²³. Bu görüşlere rağmen, kadınların anonim doğum yapma haklarının olduğu görüşü Fransız Parlamentosu'nda benimsenmiş ve yalnızca Aile ve Sosyal Yardım Kanunu'nda değil aynı zamanda Medeni Kanun'da da bu hakka ilişkin düzenleme yapılması yönünde karar verilmiştir. Nitekim 1993 yılında anonim doğum Fransız Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir²⁴. Fransız Senatosu bir adım daha ileri giderek, gizlilik talep eden bir anneye karşı soybağı kurulması yönünde dava açılmasını yasaklamıştır²⁵. Fransa'da 1990-2000'li²⁶ yılları arasında gerek anonim doğum lehinde gerek aleyhinde birtakım yayınlar ve girişimler olmuştur²⁷.

¹⁸ Bu dönemde doğum kontrolüne izin verildiği gibi kürtaj da suç olmaktan çıkarılmış ve belirli koşullar altında isteğe bağlı olarak gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmiştir. Bkz. Lefaucheur, "The French Tradition," 322.

¹⁹ Darchis, "L'accouchement anonyme", 7; Ensellem, « Chapitre I. Avant 1993: le secret de la filiation dans l'histoire ». "Naître sans mère ?", N. 113ff.

²⁰ Bunlardan ilki 1978 yılında kurulan Devlet Koruması Altındaki Çocuklar Derneği'dir (*pupilles de l'Etat*). Ardından Devlet Koruması Altındaki Çocukların Kökenini Öğrenme Hakları Derneği (*Droit des pupilles de l'Etat à leurs origines*) kurulmuştur. Bkz. Lefaucheur, "The French Tradition", 322-323. Ayrıca bkz. Ensellem, « Chapitre I. Avant 1993: le secret de la filiation dans l'histoire ». "Naître sans mère ?", N. 116.

²¹ Lefaucheur, "The French Tradition", 323; Steiner, "L'accouchement sous X," 576.

²² Ayrıca ÇHS m. 8 (bkz. Bölüm I,D)

²³ Ensellem, « Chapitre I. Avant 1993: le secret de la filiation dans l'histoire ». "Naître sans mère ?", N. 117 ff.

²⁴ AİHM Odièvre- Fransa Kararı, para. 15. Ayrıca bkz. İkizler, "Hukuki Boyutu ile Almanya'da Bebek Sandığı", 689. Bu sayede anonim doğumun medeni bir hak olarak kabul edildiği ve 1996 yılında yapılan Medeni Kanun değişikliğinde bu hakkın muhafaza edildiği ifade edilmektedir. Bzk. Ensellem, « Chapitre I. Avant 1993: le secret de la filiation dans l'histoire ». "Naître sans mère ?", N. 111.

²⁵ Lefaucheur, "The French Tradition," 323.

²⁶ 1998 yılında çocuk haklarıyla ilgili bir meclis araştırması kapsamında biyolojik annelerin kimlik bilgilerinin gizli bir dosyada toplanmasına imkân verilmesi (böylece anonim kalma olanağına son verilmesi) ve böylece on sekiz yaşından önce annenin rızasıyla, on sekiz yaşını doldurduktan sonra ise bu suretle doğmuş olan kişinin annesinin bilgilerine ulaşabilmesine olanak tanınması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu araştırma sonrası anonim doğum uygulamasının ortadan kaldırılmasına yönelik hazırlanan tasarı, Parlamento'ya sunulmuş ancak tartışılma imkânı bulamamıştır. 1999 yılında Kadın Hakları Birimi tarafından özellikle anonim doğumla ilgili yürütülen bir saha araştırmasında, çalışmadan önceki beş yıl içinde on sekiz yaşından küçük on genç anneden birinin gizlilik talep ettiğini ortaya koymuştur. Buna karşılık 23 yaşından küçük kadınlardan doğum yapanların yarısının gizlilik talep ettiği, hatta 25 yaşından küçük kadınların gizlilik taleplerinde azalma olmakla birlikte 25 yaşından büyük kadınlardan gizlilik isteyenlerin sayısının artmış olduğu tespit edilmiştir. Bu araştırma doğrultusunda ergen ya da ekonomik olarak bağımsız olmasalar da anonim doğum yapan kadınların sosyolojik anlamda genç oldukları yönünde bir çıkarım yapılmıştır. Bkz. Lefaucheur, "The French Tradition," 324-325.

²⁷ Séraphin, "L'accès aux origines," 83-84. Bir çocuk psikiyatrist olan Catherine Bonnet tarafından çıkarılan kitapta, gizlilik talep eden bir annenin bu kararıyla çocuğunu da kendi çocukluğu boyunca maruz kaldığı istismardan bebeğini korumaya çalıştığı ileri sürülmüştür. Bu yayının 1992-1993 yıllarındaki Parlamento tartışmalarında etkili olduğu ifade edilmektedir. Psikanalist Geneviève Delai de Parseval ile Evlat Edinme Yüksek Komisyonu Başkanı Pierre Verdier, yayınladıkları kitapla gerek anonim doğum gerek yapay döllemede bağışçıların biyolojik ebeveynlerin kimliğinin gizlenmesinin yasaklanması gerektiği savunmuşlardır. Bkz.

2001 yılında Fransa’da teklif edilen bir kanun tasarısında, anonim doğum uygulamasının ortadan kaldırılmaması ancak bu şekilde dünyaya gelen çocukların kökenini öğrenmesi bakımından birtakım kolaylıkların sağlanması öngörülmüştür²⁸. Buna göre, gizlilik isteyen ananın öncelikle çocuğunun kökenini öğrenmesinin önemi konusunda bilgilendirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Bu doğrultuda annenin, kimlik bilgilerini bir zarfın içine koyarak ulusal bir konseye göndermesinin kendisinden isteneceği konusunda da bilgilendirilmesi önerilmiştir. Böylece kökenini öğrenmek isteyen kişilerin söz konusu konseye başvurarak biyolojik ebeveynlerinin kimliğini sormaları halinde, konsey gizliliği sürdürmek isteyip istemediklerini ebeveynlere soracaktır²⁹. 2002 yılında bu tasarı Evlat Edinilen Kişilerin ve Koruma Altındaki Çocukların Kökenini Öğrenmesi Kanunu³⁰ ismiyle yasalaşmış ve Kişisel Kökenlere Erişim Ulusal Konseyi³¹ (Ulusal Konsey) kurulmuştur³². Anılan kanun kapsamında Aile ve Sosyal Yardım Kanunu’nda³³ esaslı değişiklikler yapılmıştır³⁴. 2003 yılında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, anonim doğumla ilgili Fransa aleyhinde yapılan ilk başvuruyu oy çokluğuyla reddetmiştir³⁵.

Fransız Tıp Akademisi, 8 Mart 2011 tarihli bildirisinde, anonim doğumun ihtiyaç sahibi anneleri ve çocukları olası zararlardan koruyan oldukça yararlı bir uygulama olduğunu belirtmiştir³⁶. Fransız Anayasa Mahkemesi 16 Mayıs 2012 tarihli kararında, Fransız hukukunda kadınlara anonim doğum hakkını muhafaza eden 22 Ocak 2002 tarihli Evlat Edinilen Kişilerin ve Koruma Altındaki Çocukların Kökenini Öğrenmesi Kanunu ile getirilen düzenlemelerin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir³⁷.

B. Fransız Hukukunda Anonim Doğum Uygulaması

Fransız Medeni Kanunu m. 326 uyarınca doğum sırasında anne, sağlık kurumuna kabulünün ve kimliğinin gizli kalmasını talep edebilir. Doğum sırasında, sağlık kuruluşuna kabulü ve kimliğinin gizli tutulmasını talep eden her kadın, bu talebin hukuki sonuçları ile herkesin kendi kökenini ve geçmişini öğrenmesinin önemi konusunda bilgilendirilir (Aile ve Sosyal Yardım Kanunu m. L222-6). Bu nedenle, kabul etmesi halinde, kendisi ve babanın sağlık bilgileri, çocuğun kökenleri ve doğum koşulları hakkında bilgi vermesi ve kapalı bir zarf içinde kimliğini belirtmesi istenir (Aile ve Sosyal Yardım Kanunu m. L222-6). Ayrıca anneye gizliliği istediği zaman kaldırabileceği konusunda da bilgi verilir (Aile ve Sosyal Yardım Kanunu m. L222-6). Çocuğa verilen isim ve varsa bunun anne tarafından verildiği bilgisiyle çocuğun cinsiyeti, doğum tarihi, yeri ve saati zarfın dışına yazılır (Aile ve Sosyal Yardım Kanunu m. L222-6). Kadının anonim doğum uygulamasından yararlanması halinde hastane ve doğum masrafları sosyal hizmetler kurumu tarafından karşılanır ve talep üzerine kendisine sosyal ve psikolojik destek sağlanır (Aile ve Sosyal Yardım Kanunu m. L222-6). Doğumundan sonra çocuk,

Ensellem, « Chapitre I. Avant 1993: le secret de la filiation dans l’histoire ». “Naître sans mère ?,” N. 121. Ayrıca bu dönemde esasen uluslararası evlat edinmeleri düzenleyen bir kanun çıkarılmış olup, bu kanunla evlat edinmeden önceki bekleme süresi üç aydan iki aya indirilmiş ve biyolojik annenin gizli tutulmasını talep ettiği kimlik belirtilmeyen verilerinin toplanması olanağı getirilmiştir. Bu sayede, biyolojik anne ne zaman isterse kimliği açıklama ve çocuğun kişisel dosyasında yer alma imkânına sahip olmaktadır. Bkz. Lefaucheur, “The French Tradition,” 323-324.

²⁸ Ensellem, « Chapitre I. Avant 1993: le secret de la filiation dans l’histoire ». “Naître sans mère ?,” N. 134.

²⁹ Séraphin, “L’accès aux origines,” 84.

³⁰ Kanunun orijinal ismi, “Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l’accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l’Etat” şeklindedir.

³¹ Orijinal ismi, “Conseil National pour l’Accès aux Origines Personnelles” şeklindedir.

³² Bu konsey, altı tanesi bakanlıklardan, bir tanesi birimlerden, iki tanesi Feminist Aile Planlaması Derneklerinden, bir tanesi Biyolojik Anneler Derneğinden, bir tanesi Evlat Edinen Aileler Derneğinden ve iki tanesi Doğumda Bırakılanlar Derneğinden olmak üzere on üç üye ile dört tanesi aile bakanlığından uzmanlardan oluşan toplam on yedi üyeden teşkilidir. Bkz. Lefaucheur, “The French Tradition,” 326; Steiner, Steiner, “L’accouchement sous X,” 577

³³ Kanunun orijinal ismi “Code de la famille et de l’aide sociale” şeklindedir.

³⁴ De Beaupré, Aline Cheynet, *Droit de la Famille*, (Ellipses Edition, 2019), 189.

³⁵ Bkz. Başlık III. A.

³⁶ Hadžimanović, “Confidential and Anonymous Birth,” 7.

³⁷ Fransız Anayasa Mahkemesi, 355087 sayılı, 16.03.2012 tarihli kararı, bkz. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012248QPC.htm> (Erişim Tarihi: Eylül 15, 2025).

sosyal hizmetlere teslim edilir ve çocuğun devlet koruması altına geçici olarak alındığına dair tutanak düzenlenir³⁸.

Annenin kararından vazgeçerek çocuğu geri alma imkânı bulunmakla birlikte bunun için belirli süreler bulunmaktadır. Anne bebeğini geri almak isterse iki ay içerisinde hiçbir işleme gerek olmaksızın çocuk kendisine iade edilir (Aile ve Sosyal Yardım Kanunu m. L224-6/f. 2). Çocuğu yalnızca anne sosyal hizmetlere teslim etmişse babasının geri almak istemesi halinde, hiçbir işleme gerek olmaksızın altı ay içinde çocuk babaya verilir (Aile ve Sosyal Yardım Kanunu m. L224-6/f. 2). Tek ebeveyn veya her iki ebeveyn birlikte çocuğu sosyal hizmetlere teslim etmişlerse iki ay; yalnızca biri teslim etmişse altı ay geçtikten sonra, çocuğun sosyal hizmetlere tesliminin yargısal denetimi için, resmi kayıt tarihinden itibaren otuz gün içinde mahkemeye başvurulabilir (Aile ve Sosyal Yardım Kanunu m. L224-8). Bu süreler geçtikten sonra çocuk evlatlık verilmek üzere yerleştirilir (Fr.MK m. 352/f.2). Zira bu süreler geçtikten sonra çocuk, kesin olarak devletin koruması altına alınır ve evlatlık verilmesi mümkün hale gelir³⁹.

Çocuğun yerleştirilmesinden kasıt evlat edinecek müstakbel ebeveynlere çocuğun teslim edilmesidir (Fr.MK m. 351). Çocuğun tam evlat edinme amacıyla yerleştirilmesi, gerek çocuğun asıl ailesine geri verilmesini gerek soybağı kurulmasına yönelik işlemleri engeller (Fr.MK m. 352-2). Çocuk doğduktan sonra anne yalnızca anonim doğum uygulamasına ilişkin süreçler için değil; çocuğun evlatlık verilmesi süreci konusunda da bilgilendirilmek suretiyle her bir aşama için ayrı ayrı rızası alınır⁴⁰.

Fransız hukukunda, anonim doğum uygulamasında, gizli kalma hakkının Fr.MK m. 9 uyarınca annenin özel hayatının bir parçası olduğu kabul edilmektedir. Anonim doğum uygulamasından yararlanmak isteyen kadının içinde bulunduğu durumun açıklanması, özel hayata saygı hakkının ihlal edilmesi nedeniyle yaptırımla karşılaşmaktadır (Fr.MK m. 9). Ayrıca anonim doğum hakkını kullanmak, kadının ebeveyn olup olmamak yönündeki özgürlüğü ile uyumlu görülmektedir⁴¹.

Anonim doğum uygulaması nedeniyle birden fazla temel hakka dayanan menfaatin çatışması söz konusudur. İlk bakışta çocuğun kökenini öğrenme hakkı ile biyolojik annenin gizli doğum yapma hakkından kaynaklanan menfaatlerin çatıştığı görülmektedir. Ancak bu menfaatlerin dışında evlat edinen ailenin çocukla kurmuş olduğu ailevi, sosyal ve psikolojik bağ nedeniyle menfaati de çatışma halindedir⁴². Belirtmek gerekir ki, bu menfaatler AİHS m. 8 kapsamında korunmakta olup aralarında hiyerarşik bir düzen de bulunmamaktadır⁴³. Nitekim aşağıda incelenen AİHM kararlarında bu üç menfaat arasında denge kurmanın zorluğu açıkça ifade edilmiştir.

C. Fransız Hukukunda Anonim Doğumun Soybağı Üzerindeki Etkisi

Fransız hukukunda evlilik birliği içinde doğan çocuğun ana ve babasıyla soybağı kendiliğinden kurulmaktaydı⁴⁴. Bu doğrultuda, evlilik içinde doğan çocuğun ana babasının aynı zamanda onun biyolojik ebeveynleri olduğu anlayışı kabul ediliyordu⁴⁵. Ancak 4 Temmuz 2005 tarihinde yapılan değişiklikle, soybağı bakımından evlilik içinde doğan ile evlilik dışında doğan çocuk arasındaki ayrım

³⁸ Géraldine Mathieu, “D'Odièvre à Godelli: la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'accouchement anonyme a-t-elle évolué ?”, *Journal du droit des jeunes*, no.5 (325), (2013): 42.

³⁹ Mathieu, “D'Odièvre à Godelli,” 42.

⁴⁰ AİHM Kearns-Fransa Kararı, para 13-14.

⁴¹ Steiner, “L'accouchement sous X,” 579.

⁴² Samantha Besson, “Enforcing the child's right to know her origins: contrasting approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights”, *International Journal of Law, Policy and the Family* no.21(2) (2007): 139-140.

⁴³ Besson, “Enforcing the child's right”, 146-147; Luc Gonin, Art. 8 CEDH / V. Droit au respect de la vie privée, Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), editör Luc Gonin ve Olivier Bigler-de Mooij, (Stämpfli Verlag, AG 2025), Art. 8 CEDH, N. 73.

⁴⁴ Bénabent, *Droit de la Famille*, 352-353; Patrice Hilt ve Frédérique Granet-Lambrechts, *Droit de la Famille*, (Presses universitaires de Grenoble, 2018), 129-130.

⁴⁵ Séraphin, “L'accès aux origines,” 82-83.

ortadan kaldırılmıştır⁴⁶. 1 Temmuz 2006 tarihinde yürürlüğe giren bu değişiklikte, evlilik dışı doğan çocuklar bakımından benimsenen esas kabul edilmiştir⁴⁷. Böylece evlilik içinde ya da evlilik dışı doğan çocuğun anneye soybağı *ipso iure* kendiliğinden kurulmamaktadır. Çocukla anne arasında soybağının kurulması için ananın rızasının bulunması gerekir⁴⁸.

Öncelikle anayla çocuk arasındaki soybağı, çocuğun doğum belgesinde ananın adının belirtilmesiyle kurulur (Fr.MK m. 311-25). Doğumdan sonraki 5 gün içinde doğum belgesi, doğum beyanının üzerine hemen düzenlenmelidir (Fransız Medeni Kanunu m. 55/f. 1). Doğumla biyolojik analık söz konusu olmakla birlikte, biyolojik analık hukuki analığa karine teşkil etmez. Dolayısıyla doğum belgesinde annenin adının belirtilmesi zorunlu değildir. Zira Fr.MK m. 326, her kadına doğum sırasında kimliğinin ve sağlık kurumuna kabulünün gizli kalmasını talep hakkını tanımaktadır. Nitekim anonim doğum uygulamasında, ananın adı çocuğun doğum belgesinde belirtilmez (Fr.MK. m.62). Dolayısıyla gizli kalmayı talep eden anne ile çocuk arasında soybağı kurulmuş olmaz⁴⁹.

Çocuğun doğumundan itibaren beş gün içinde doğum belgesinin düzenlenmesi zorunlu olduğundan, anonim doğum uygulamasında çocuğun doğum belgesinde anası belirtilmemekle birlikte, beş gün geçmeden anne kararından vazgeçerse ve öncesinde yapılmış bir nüfus bildirimi varsa bu kayıt iptal edilerek yeniden kayıt yapılır⁵⁰. Ancak beş günlük süre geçtikten sonra anne kararından vazgeçerse, anayla çocuk arasında ancak tanıma yoluyla soybağının kurulması mümkündür (Fr.MK m. 316)⁵¹. Nitekim ananın rızasıyla çocuk evlat verilmek üzere yerleştirilene kadar, biyolojik anne her zaman çocuğu geri alma hakkına sahiptir. Evlat edinme tutanağı düzenlendikten sonra iki aylık süre söz konusudur. İki aylık sürede çocuk devletin geçici koruması altındadır ve sürenin sonunda çocuk evlat edinilme amacıyla yerleştirilebilir. İki aylık süre geçtikten ve çocuk evlat edinilme amacıyla yerleştirildikten sonra, artık anne çocuğu geri alma hakkını kullanamaz. Dolayısıyla buradaki iki aylık süre kesindir ve bu süre geçtikten sonra biyolojik anne tarafından çocuğun tanınması da mümkün değildir. Zira Fr. MK m. 352-2 uyarınca, çocuğun evlat edinme amacıyla yerleştirilmesi, soybağı kurulmasına yönelik işlemleri engeller. Ancak soybağı evlat edinme yoluyla evlat edinen ebeveyn ya da ebeveynlerle kurulabilir⁵². Evlat edinme gerçekleştiğinde, doğumla kurulan soybağının yerini evlat edinen aileyle kurulan soybağı almaktadır⁵³.

Fransız Senatosu gizlilik talep eden bir anneye karşı soybağı kurulması yönünde dava açılmasını yasaklamıştır. 2005'teki reform kapsamında ise anonim doğum uygulamasının anneye karşı açılacak soybağı kurulması yönündeki davanın reddine yol açan bir engel olduğu ifade edilmiştir. Ne var ki, 2009'daki reformla birlikte anonim doğumun soybağı kurulması yönündeki dava bakımından bir engel teşkil etmediği kabul edilmiş ve fakat annenin gizlilik talep etme hakkı muhafaza edilmiştir. Dolayısıyla

⁴⁶ De Beaupré, *Droit de la Famille*, 149.

⁴⁷ Bénabent, *Droit de la Famille*, 368; De Beaupré, *Droit de la Famille*, 150; Hilt ve Granet-Lambrechts, "Droit de la Famille," 123.

⁴⁸ Bénabent, *Droit de la Famille*, 369-370; Hilt ve Granet-Lambrechts, "Droit de la Famille," 130. Böylece yetişkinlerin iradesine dayalı bir soybağı sistemi benimsenmiştir. Bkz. Claire Neirinck, "Les mutations du droit français de la famille et la dette généalogique", *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, no. 1 (88) (2013): 106. Bir de rızaya dayalı ebeveynlik kavramı kullanılmaktadır. Rızaya dayalı ebeveynliğin özellikle yapay dölleme ve taşıyıcı annelik uygulamalarının öncülüğünde ortaya çıkan bir kavram olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Marie Mesnil, "La parenté d'intention en droit français Nouvelle figure du système de filiation?", *Revue des politiques sociales et familiales*, no. 2 (139-140) (2021): 102; Bühler ve Schmucki, "Das Abstammungsrecht," 3-4.

⁴⁹ Steiner, "L'accouchement sous X," 575.

⁵⁰ Darchis, "L'accouchement anonyme," 7- 8.

⁵¹ Bénabent, *Droit de la Famille*, 374; Darchis, "L'accouchement anonyme", 8; De Beaupré, *Droit de la Famille*, 173. Tanıma beyanının mutlaka doğumla uyuşması gerekmektedir. Bkz. Neirinck, "Les mutations du droit français", 107.

⁵² Darchis, "L'accouchement anonyme," 8.

⁵³ Bénabent, *Droit de la Famille*, 433-434. Burada kastedilen tam evlat edinme halidir. Oysa basit (sınırlı) evlat edinme halinde evlatlığın her iki ailesiyle de hısımlık ilişkisi devam etmektedir (Fr.MK m. 360). Ayrıca bkz. Hilt ve Granet-Lambrechts, "Droit de la Famille," 130; Bénabent, *Droit de la Famille*, 440-441.

artık annesiyle soybağının kurulmasını isteyen çocuk bakımından hukuki bir engel bulunmamaktadır⁵⁴. Ancak gizlilik talebi sebebiyle annenin kimliğine ulaşılabilmesi, bu dava bakımından zorluk teşkil etmektedir⁵⁵.

Anonim doğum uygulamasında babayla soybağının kurulmasıyla ilgili olarak 1997'deki önemli bir mahkeme kararına değinmekte fayda vardır. *Riom* davası olarak anılan olayda, baba noter huzurunda Bayan X'in taşıdığı çocuğun kendi çocuğu olduğunu beyan etmek suretiyle bebeği tanımıştır. Bebeğin biyolojik annesi babaya bebeğin ölü doğduğunu söylemiş, esasen anonim şekilde bebeğin doğumunu gerçekleştirmiş ve dört ay sonra bebeği evlatlık vermiştir. Dolayısıyla baba hukuken çocuğu tanımış olmakla birlikte, ana tarafından hâlihazırda çocuk evlat edinen ailesine verilmiştir. *Riom* İstinaf Mahkemesi ana tarafından gizlilik esasına göre doğum talep edildiğinden “ananın hukuken böyle bir çocuk doğurmamış” olduğunun varsayıldığı ve o nedenle çocuğu tanınması işleminin geçerli olmadığı gerekçesiyle biyolojik babanın aleyhine karar vermiştir⁵⁶. Buna karşılık, 16 Mayıs 2003 tarihinde *Nancy* İstinaf Mahkemesi tarafından, annenin doğum sırasında kimliğini gizli tutma isteğine rağmen, babanın doğmadan önce çocuğunu tanıma beyanına itibar edilmiştir. Bu karar doğrultusunda, annenin kimliğinin gizli olması nedeniyle zorluk arz etse de erkek tarafından çocuğun tanınması mümkün hale gelmiştir. Bu tanıma, nüfus kayıtlarına geçirilmesinden bağımsız olarak geçerli kabul edilmektedir. Nihayetinde davaya konu olayda çocuk iki yıldan uzun bir süredir evlatlık olarak yerleştirilmesine rağmen biyolojik babasına verilmiştir⁵⁷.

II. KİŞİNİN KÖKENİNİ ÖĞRENME HAKKI KARŞISINDA ANONİM DOĞUM MÜESSESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kişinin Kökenini Öğrenme Hakkına Genel Bakış

Kişinin kökenini öğrenme hakkının, kişinin soyunu, yani biyolojik ailesini ve kökenini ve doğum koşullarını bilme hakkına karşılık geldiği ifade edilmektedir⁵⁸. Kişinin kökenini öğrenmesinin manevi ve psikolojik yönünün yanında genetik kökenin bilinmesi⁵⁹ de önem arz etmektedir⁶⁰. Bu doğrultuda kişinin sağlık durumu bakımından biyolojik ebeveynlerinin birtakım tıbbi bilgilerine erişmesi

⁵⁴ Fransız hukukunda anne ile soybağı doğum yoluyla kurulmadığı için sonradan dava yoluyla kurulması imkânı bulunmaktadır. Fr.MK m. 325 uyarınca soybağının kurulması davası, mahkeme kararıyla anne ile çocuk arasında soybağının kurulmasını sağlar. Esas olarak biyolojik gerçeğin (kadının çocuğu doğurduğunun) ispat edilmesine bağlıdır. Bu davayı açma hakkı münhasıran çocuğa tanınmıştır. Bkz. Hilt ve Granet-Lambrechts, “Droit de la Famille”, 137-138; De Beaupré, *Droit de la Famille*, 186-187.

⁵⁵ Çocuğun başka kaynaklardan annenin kimlik bilgileriyle ulaşarak, biyolojik kanıtların da yardımıyla soybağının tespitini sağlaması mümkündür. Bkz. De Bénabent, *Droit de la Famille*, 382.

⁵⁶ Bu karar özellikle, babanın çocuğunu tanınması hakkını ihlal ettiği ve anonim doğumla dünyaya gelen çocukların psikolojik problemlerini görmezden geldiği noktasında eleştirilmiştir: Lefaucheur, “The French Tradition”, 324.

⁵⁷ Philippe Duverger ve Katia Nardin-Godet, “Accouchement sous X et filiations”, *Enfances & Psy*, no.1 (50) (2011): 49. Bu kararın isabetli olduğu, annesinden mahrum kalan bir çocuğun kendisini tanıyan babadan mahrum bırakılmaması gerektiği ifade edilmiştir. Aile mahkemesi tarafından tam evlat edinme yönünde verilen karar da Fransız Yargıtay'ı tarafından ÇHS m. 7 gerekçe gösterilerek bozulmuştur. Bu sayede çocuk babasına verilmiştir. Bkz. Duverger ve Nardin-Godet, “Accouchement sous X”, 49. Fransız Yargıtay'ının 7 Nisan 2006 tarihli kararıyla Aile Mahkemesi tarafından evlat edinme kararı verilinceye kadar, doğumdan önce babanın çocuğu tanımış olması sebebiyle tanıma beyanına itibar edilmesi gerektiği yönündeki kararına da dikkat çekilmektedir. Bkz. De Beaupré, *Droit de la Famille*, 188-189.

⁵⁸ Besson, “Enforcing the child's right”, 140; Bühler ve Ryser, “Das Recht des Kindes”, 12; Perrenoud, “La protection de la maternité”, 58; Nagehan Kırkbeşoğlu, “28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı ile İlgili Genel Bir Değerlendirme”, *TAAD*, 7, no. 24, (2016): 205.

⁵⁹ Fransız hukukunda genetik analize ilişkin hükümlerin değerlendirilmesi için bkz. Özlem Tüzüner, “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *AÜHFD*, 62, no.4, (2013): 1144-1145.

⁶⁰ Besson, “Enforcing the child's right,” 140; Bühler ve Ryser, “Das Recht des Kindes,” 5-6; Kırkbeşoğlu, “Kökenini Öğrenme Hakkı,” 205.

zorunluluk arz edebilir⁶¹. Kaldı ki, kişinin kökenine ilişkin söz konusu bilgiler gerek hukuki gerek ahlaki birtakım engelleri öğrenmesine ve örneğin ensestten kaçınmasına hizmet etmektedir⁶².

Kişinin kökenini öğrenme hakkının odağında kimliğini inşa etme düşüncesinin yer aldığı kabul edilmektedir⁶³. Bu doğrultuda kimliğini inşa etmenin bir parçası olarak, kişinin kökenini öğrenmesi hakkının, çocuk kadar yetişkin bakımından da hayati önemi olan bir menfaati koruduğu belirtilmektedir⁶⁴. O nedenle kökenini öğrenme hakkının, kişinin kimlik ve gelişim hakkının bir parçası olduğu kabul edilmektedir⁶⁵. Bu doğrultuda AİHS m. 8 uyarınca korunmaktadır⁶⁶. Zira kişinin kökenini öğrenme hakkının, özel hayata saygı hakkının asli unsurlarından biri olduğu ifade edilmektedir⁶⁷. AİHM, kişinin kökenini öğrenme hakkına ilişkin kesin bir tanım vermemekle birlikte, bu hakkın kişinin ebeveynlerinin kimliğini ve doğum koşullarını bilme hakkını içerdiğini belirtmektedir⁶⁸. Ayrıca kişinin kimlik ve kişisel gelişim hakkının parçası olduğundan, kişinin kökenini öğrenme hakkı, kişilik hakkının da unsurlarından biridir⁶⁹.

Çocuğun kökenini öğrenme hakkı, ÇHS m. 7 uyarınca çocuğun mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme hakkı kapsamındadır⁷⁰. Belirtmek gerekir ki, ÇHS m. 7'nin, çocuğun ebeveynlerini tanıma hakkı olarak anlaşılması ve ebeveyn kavramının biyolojik ebeveynleri, yasal ebeveynleri ve sosyal ebeveynleri kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir⁷¹. Ayrıca ÇHS m. 7'nin ÇHS m. 8 ile yakından ilgili olduğuna dikkat çekilmektedir⁷². Nitekim ÇHS m. 8, taraf devletlerin, çocuğun kanunlarla tanınan tabiiyeti, ismi ve aile bağları dâhil olmak üzere kimliğini hukuki müdahalelerde bulunmaksızın koruma hakkına saygı göstermeyi taahhüt ettiklerini düzenlemektedir⁷³. Bu doğrultuda, kişinin kökenini öğrenme hakkı ile çocuğun kimliğini koruma hakkının birbiriyle bağlantılı şekilde anlaşılması gerektiği vurgulanmaktadır⁷⁴.

⁶¹ Kırkbeşoğlu, “Kökenini Öğrenme Hakkı”, 207.

⁶² Séraphin, “L'accès aux origines,” 87.

⁶³ Séraphin, “L'accès aux origines,” 91.

⁶⁴ Besson, “Enforcing the child's right,” 140; Perrenoud, “La protection de la maternité,” 58-59.

⁶⁵ Besson, “Enforcing the child's right,” 141; Bühler ve Ryser, “Das Recht des Kindes,” 7; Perrenoud, “La protection de la maternité,” 58-59; Gonin, “Art. 8 CEDH”, N. 70; Başak Baysal, Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı, iç. Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, (On İki Levha Yayıncılık, 2010), 496; Zeynep Dönmez, “Kökenin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişisine Yönelik Bir Değerlendirme”, *TAAD*, 9, no. 36, (2018), 175.

⁶⁶ AİHM'in bu konudaki yaklaşımı aşağıda yer almaktadır. Bkz. Bölüm III. Ayrıca bkz. AİHM Başvuru No: 53176/99, T. 07.02.2002, Mikulić-Hırvatistan Kararı; AİHM Başvuru No: 58757/00, T. 13.07.2006, Jäggi-İsviçre Kararı; AİHM Başvuru No: 33783/09, T. 25.09.2012, Godelli-İtalya Kararı.

⁶⁷ Besson, “Enforcing the child's right,” 142.

⁶⁸ AİHM Odièvre- Fransa Kararı para. 29; AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 50.

⁶⁹ Baysal, “Kökenini Öğrenme Hakkı,” 498; Dönmez, “Kökenin Tespiti Talebi,” 175; Kırkbeşoğlu, “Kökenini Öğrenme Hakkı,” 208.

⁷⁰ Hükmün hazırlanması sürecinde çeşitli ulusal delegasyonlar, gizli evlat edinmeye yönelik kanuni düzenlemelerine atıfta bulunarak, çocuğun ebeveynlerini tanıma hakkının mutlak olamayacağını ifade etmişlerdir. ÇHS m. 7 hükmünün lafzının belirsizliği gerekçesiyle şüpheleri olan ülkelerin bazıları bu hükme çekince koymuşlardır. Anonim doğum geleneğine sahip olan Lüksemburg da bu ülkelerden biridir. Bkz. Hadžimanović, “Confidential and Anonymous Birth,” 11.

⁷¹ Besson, “Enforcing the child's right,” 143; Hadžimanović, “Confidential and Anonymous Birth,” 11-12.

⁷² Hadžimanović, “Confidential and Anonymous Birth,” 11.

⁷³ Düzenlemenin hazırlık süreci, 8. maddenin, Arjantin delegasyonunun çocuğun “gerçek, özgün, kişisel, ailevi ve hukuki kimliğini” korumaya yönelik önerisinden kaynaklandığını göstermektedir. Bu önerinin arkasında birtakım tarihi sebepler olduğu ifade edilmektedir. Nitekim 1970'lerde Arjantin'deki askeri cunta döneminde çocuklar ve yetişkinler ortadan kaybolmuş; bazı çocuklar başka ailelere verilmiştir. Bu durum, o dönemde Arjantin'de aile bağlarının keyfi olarak koparılmasına yol açmıştır. Dolayısıyla ÇHS m. 8 hükmünün, babalık ve evlatlık konularını açıkça ele almamasına rağmen, biyolojik ebeveyn ile çocuk arasındaki biyolojik ilişkiyle ilgili olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. Hadžimanović, “Confidential and Anonymous Birth”, 11.

⁷⁴ Besson, “Enforcing the child's right”, 143.

BM Çocuk Hakları Komitesi (Komite) tarafından, ÇHS m. 6, 7, 8, 9 ve 19 hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle taraf devletlerin bebek kutusu uygulamasını⁷⁵ terk etmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷⁶. Komite, Avusturya'ya, çocukların terk edilmesini ve yeni doğanların öldürülmesinin önlenmesi amacıyla, hastanelerde anonim doğum uygulamasını teşvik etmesi ve sayısını artırması, ayrıca çocuklar için bu tür tehlikelere sebep olan durumlarla mücadelenin güçlendirilmesi konusunda açıkça tavsiyede bulunmuştur. Bununla birlikte Avusturya'dan, çocuğun daha sonra erişebileceği şekilde gizli kalmak isteyen ebeveynlerin kayıtlarını tutması da istenmiştir⁷⁷. Komite, ÇHS m.7 uyarınca çocuğun biyolojik ebeveynlerini ve kardeşlerini tanıma hakkının tam olarak uygulanması için tüm makul tedbirlerin alınması, bu amaçla özellikle ebeveynler hakkındaki bilgilerin tamamının kayıt altına alınması için bütün önlemlerin alınması gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla Komite, taraf devletlere, Fransız hukukunda olduğu gibi biyolojik annenin kimliğinin açıklanması için rızasının alınması şartının kaldırılması ve kadınların anonim doğum yapmayı tercih etmelerine sebep olan temel sorunları ele almak bakımından daha çok çaba sarf etmeleri konusunda tavsiyelerde bulunmuştur⁷⁸. Komitenin bu değerlendirmesi, anonim doğum uygulamasının çocuğun kökenini öğrenme hakkını ihlal ettiği ve ÇHS hükümlerine aykırı olduğu şeklinde yorumlanmıştır⁷⁹. Buna karşılık, BMÇHS m. 7'de çocuğun kökenini öğrenme hakkının mutlak bir hak olmadığı ve "mümkün olduğu ölçüde" gerçekleştirilebilir bir hak olduğu ileri sürülmüştür⁸⁰.

⁷⁵ Anılan dönemde bebek kutusu uygulaması olan ülkelere Almanya, Avusturya ve İsviçre örnek verilebilir. Bkz. Stephanie Wiesner-Berg, „Babyklappe“ und „anonyme Geburt“: Rechtskonflikte zwischen Mutter und Kind?, *FamPra.ch*, no.3 (2010): 524-525; Steiner, „L'accouchement sous X,“ 571. Bebek kutusu uygulaması kapsamında hastane, dernek ve kilise gibi bazı kuruluşlar, kendi binalarına bebek kutuları (bebek sandıkları) yerleştirmektedir. Yeni doğanın ihtiyaç duyduğu sıcaklık ve diğer koşullara sahip olan bu kutulara anne tarafından bebek yerleştirildikten sonra kutunun kapağı kapanır. Kutu bir alarm sistemini tetiklemektedir. Ancak annenin (ya da bırakan kişinin) uzaklaşması için belirli bir süre geçene kadar alarm çalışmaz. Bu sürenin sonunda alarm çalarak görevlileri haberdar eder. Bu aşamada görevliler gelip bebeği teslim alır ve bakımını üstlenir. Bebek kutusu uygulamasında da annenin belirli süreler içinde hiçbir işleme gerek olmaksızın bebeğini geri alabilmesi olanağı tanınmıştır. Bu sürenin sonunda bebeğin evlatlık verilmesine ilişkin işlemler başlatılmaktadır. Bkz. Regina Aebi-Müller, „Anonyme Geburt und Babyfenster – Gedanken zu einer aktuellen Debatte“, *FamPra.ch*, no. 3 (2007): 544-545; Wiesner-Berg, „Babyklappe“ 522; İkizler, „Hukuki Boyutu ile Almanya'da Bebek Sandığı“, 684-685; Şen, 2911; Hande Ünsal, „Doğum Anında Vatandaşlığın Kazanılması Ius Soli Esası“, *Public and Private International Law Bulletin*, 43, n.2, (2023): 557, dn. 209). Ancak bebek kutusu uygulamasında doğum sırasında anneye tıbbi destek sağlanmamaktadır. Bkz. Aebi-Müller, „Anonyme Geburt und Babyfenster“, 547. Bebek kutusu ile anonim doğum uygulamasının karşılaştırılması bakımından bkz. İkizler, „Hukuki Boyutu ile Almanya'da Bebek Sandığı“, 688.

⁷⁶ United Nations, Convention of the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child, Sixty-first session, 17 September–5 October 2012 (<https://hrlibrary.umn.edu/crc/austria2012.html>, Erişim Tarihi: Eylül 15, 2025). Zira bebek kutusu uygulamasının anne ve çocuğun sağlıklı bir şekilde bakılmasını temin etmediği ve kadınları çocuklarını terk etmeye zorlayan dış baskı riskini artırdığı belirtilmektedir. Ayrıca, hastanede yapılan anonim doğum uygulamasına kıyasla, bebek kutusu uygulamasında annelere psikolojik destek sağlanmadığı da vurgulanmaktadır. Bkz. Hadžimanović, „Confidential and Anonymous Birth,“ 13.

⁷⁷ United Nations, Convention of the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child, Sixty-first session, 17 September–5 October 2012 (<https://hrlibrary.umn.edu/crc/austria2012.html>, Erişim Tarihi: Eylül 15, 2025).

⁷⁸ United Nations, Convention of the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child, Sixty-first session, 17 September–5 October 2012 (<https://hrlibrary.umn.edu/crc/austria2012.html>, Erişim Tarihi: Eylül 15, 2025).

⁷⁹ Séraphin, „L'accès aux origines“, 86; Hadžimanović, „Confidential and Anonymous Birth“, 14.

⁸⁰ Séraphin, „L'accès aux origines“, 86. Nitekim Fransa'nın "mümkün olduğu ölçüde" ifadesinden hareketle menfaatlerin yeterince korunduğu düşüncesinden hareketle anonim doğum geleneğine karşı ÇHS m. 7 hükmüne çekince koymamış olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Hadžimanović, „Confidential and Anonymous Birth“, 11. "Mümkün olduğu ölçüde" ifadesinin ise çocuğun kökenini öğrenmesi bakımından maddi imkânları ifade ettiği belirtilmektedir. O nedenle çocuğun kökenini bilme hakkı ile ebeveynlerin anonim kalma hakları arasında denge kurulmasını sağlayan bir ifade olarak anlaşılmaması gerekir. Bkz. Perrenoud, „La protection de la maternité“ 58. Bu ifadeyle ilgili değerlendirmeler için ayrıca bkz. Baysal, „Kökenini Öğrenme Hakkı“, 499-501; Dönmez, „Kökenin Tespiti Talebi“, 180ff.

AIHS ve ÇHS hükümleri doğrultusunda taraf devletler, gerek kişinin kökenini öğrenme hakkına müdahaleden kaçınma gerek kişisel kayıt tutma ve bu kayıtları ilgililere sağlama görevini yerine getirmekle yükümlüdür⁸¹. Dolayısıyla pek çok ulusal ya da uluslararası düzenlemelerde, kişinin kökenini öğrenme hakkı, devleti pozitif ve negatif yükümlülükler altına sokan temel bir hak olarak değerlendirilmiştir. Anılan düzenlemelerde bu hakkın doğrudan yatay etkisi öngörülmemiştir⁸².

B. Fransız Hukukunda Kişinin Kökenini Öğrenme Hakkı

Her ne kadar gerek AIHS gerek ÇHS'ne taraf olsa da Fransa'da kişinin kökenini öğrenme hakkı, açık bir hukuki düzenlemeye kavuşmamıştır. Ancak anonim doğum nedeniyle kişinin kökenini öğrenme hakkının gereğinin sağlanabilmesi adına, birtakım düzenlemeler bulunmaktadır. Anonim doğum uygulamasında, kimliğini gizli tutmak isteyen anadan kimlik bilgilerini ve kimliğini açıklamaya yaramayan diğer bilgilerini kapalı zarfa koyarak teslim etmesi istenir (Aile ve Sosyal Yardım Kanunu m. L222-6). Bu aşamada annenin haklarının yanı sıra çocuğun kökenini öğrenmesinin önemi konusunda anne bilgilendirilmektedir. Aile ve Sosyal Yardım Kanunu m. L147-6 uyarınca gizlilik belirli koşullar altında kaldırılabilir. Bu hükme göre, annenin gizliliğin kaldırılmasına yönelik açık beyanı varsa; kimliğinin gizli kalmasını istediğine dair açık beyanı yoksa ve bu isteği doğrulandıktan sonra; annenin ölümünden sonra çocuğun kökenine ilişkin bilgilere erişim talebi sırasında aksi yönde istek de belirtmemiş olması koşuluyla, Kişisel Kökenlere Erişim Konseyi (Ulusal Konsey) kişisel kökenlerine erişim talebinde bulunan çocuğa annesinin kimliği hakkında bilgi verir ve gerekli desteğin sunulmasını sağlar.

Fransa'da anonim kalmak isteyen ananın menfaati ile kökenini öğrenmek isteyen çocuğun menfaati arasında dengeyi sağlamak adına kurulan Ulusal Konsey, gerek kimliğini açıklamak isteyen annenin gerek kökenini öğrenmek isteyen çocuğun talebini değerlendiren makamdır⁸³. Annenin başvurusu üzerine Ulusal Konsey, öncelikle kendisinin bu yöndeki isteğinin devam edip etmediğini teyit eder; ancak yalnızca çocuğun da kökenini öğrenme yönünde bir talebinin bulunması halinde bu bilgileri çocuğa iletir⁸⁴. Çocuğun başvurusu halinde ise bazen annenin çocuğa karşı bir gizlilik kararı bulunmayabilir ve çocuğa istediği belgeler Ulusal Konsey tarafından iletilir. Ne var ki, annenin gizlilik kararı varsa, Ulusal Konsey, annenin kimliğini araştırır ve kendisine bu isteği iletir; ancak biyolojik anne kabul ettiği takdirde kimlik bilgilerini çocuğa iletir⁸⁵. Aksi halde Ulusal Konsey ananın kimlik bilgilerini çocuğa iletmez, zira annenin gizli kalma hakkına saygı duymakla yükümlüdür⁸⁶. Ne var ki, Ulusal Konsey, doğum öncesi geçmişi, doğum ve bırakılma koşulları, biyolojik ananın ve biliniyorsa diğer ebeveynin fiziksel özellikleri gibi ananın kimlik bilgilerinin dışında kalan diğer tüm bilgileri çocuğa iletmek zorundadır⁸⁷. Böylece çocuğun biyolojik kökenine ilişkin birtakım bilgileri bilmemesindeki sakıncalar kısmen giderilmektedir. Ancak ana gizli kalma kararını değiştirmede müddetçe, çocuğun bu bilgilere erişimi mümkün olmamaktadır. Ulusal Konsey ayrıca ölümünden sonra gizliliğin kaldırılmasına rızası olup olmadığını da anneye sormakla yükümlüdür. Anne ölümünden sonra dahi gizliliğin kaldırılmasını istemiyorsa, Ulusal Konsey annenin kimlik bilgilerini çocuğa açıklayamaz⁸⁸.

Fransız hukukunda gizliliğin annenin rızası olmadan kaldırılmaması, daha açık bir ifadeyle gizliliğin kaldırılması yönünde annenin zorlanamaması eleştirilmektedir. Öyle ki, çocuğun kökenini

⁸¹ Besson, "Enforcing the child's right," 144.

⁸² Besson, "Enforcing the child's right," 45.

⁸³ Bu kurumda çalışanlar bakımından, mesleki gizlilik yükümlülükleri söz konusudur (Aile ve Sosyal Yardım Kanunu m. L147-10).

⁸⁴ Mathieu, "D'Odièvre à Godelli," 43; De Beaupré, *Droit de la Famille*, 190.

⁸⁵ De Beaupré, *Droit de la Famille*, 190. 2011 yılı itibarıyla kendisine ulaşılan kadınların %40'ının gizliliği kaldırmayı kabul ettiği ifade edilmektedir. Bkz. Duverger ve Nardin-Godet, "Accouchement sous X", 49. Belirtmek gerekir ki, anne gizliliğin kaldırılmasına rıza göstermiş olsa da çocukla iletişim kurmaya ve görüşmeye zorlanamaz. Bu halde tarafların talebi üzerine kendilerine psikolojik destek sunulabilir. Bkz. Mathieu, "D'Odièvre à Godelli," 43.

⁸⁶ AIHM Cherrier-Fransa Kararı para. 24.

⁸⁷ Séraphin, "L'accès aux origines," 84.

⁸⁸ Mathieu, "D'Odièvre à Godelli," 43. Bkz. ayrıca Cherrier-Fransa Kararı para. 24.

öğrenme hakkının annenin veto yetkisiyle sınırlandırılması, anne ile çocuğun menfaatleri arasındaki dengenin anne lehine bozulduğu şeklinde yorumlanmaktadır⁸⁹. Buna karşılık Fransız hukukunda bu yaklaşımı eleştiren görüş tarafından, annenin gizliğin kaldırılması yönündeki zorlamadan kaçınarak, anonim doğum uygulamasıyla sağlanan olanaklardan yararlanmak yerine başka çareler arayabileceği ifade edilmektedir⁹⁰. İşte bu tartışma çalışmanın ilerisinde ele alınan AIHM kararlarının da odak noktasını oluşturmaktadır.

C. Anonim Doğum Müessesesine İlişkin Görüşler

Anonim doğum (*accouchement sous X*) uygulamasıyla ilgili görüşleri, temelde iki gerekçe üzerinde toplamak mümkün olmakla birlikte, bu görüşlerin arka planındaki dayanaklar değişkenlik gösterebilmektedir. Birinci yaklaşım çocuğun bırakılmasına odaklanan geleneksel görüş ekseninde anonim doğum uygulamasına karşı çıkmaktadır. Hem kadını hem de çocuğu koruduğu görüşünden hareketle ikinci yaklaşım ise bu uygulamanın lehinedir.

Anonim doğum uygulamasına karşı çıkan görüşler, daha çok politik, hukuki ve psikolojik⁹¹ esaslara dayanmaktadır. Bu görüşler, çocuğunu bırakan kadınların tek tip olmaması; anonim doğum uygulamasının kadınların çocuklarını terk etmeleri için kullanılabilmesi; anonim doğumun teşvik edilmesinin evlat edinen ailelerin lehine olması; anonim doğum yapan annelerin kendileri için ortaya çıkabilecek sonuçların tam olarak farkında olmamaları ve son olarak anonim doğum uygulamasının çocukların kimliklerini araştırması için evlat edinmelerin mümkün olduğu ölçüde açık şekilde gerçekleştirilmesi yönündeki eğilimi bertaraf etmesi şeklinde özetlenebilir⁹².

Çocuğun biyolojik ebeveynlerini bilmemesinin, manevi acılara sebep olduğu, kendi kimliğini doğru bir şekilde oluşturmamasını engellediği ve gelecek nesiller için dahi psikolojik sorunlara neden olabildiği ileri sürülmektedir⁹³. Her ne kadar çocuk devlet korumasında olsa da çocuğun kökenini bilen anne ve babasının bu bilgiyi açıklamayı reddetmesinin, çocuk için daha çekilmez ve olumsuz bir durum yarattığı ifade edilmektedir⁹⁴. Bu doğrultuda anılan görüşün hukuki dayanağını, çocuğun kökenini öğrenme hakkının bir insan hakkı olması oluşturmaktadır. Dolayısıyla özellikle Fransa’da anonim doğumun aleyhine olan görüşün esas dayanağını, bu şekilde doğan kişilerin biyolojik ebeveynleri hakkında bilgiye ulaşma meselesi teşkil etmektedir.

Anonim doğumu destekleyen görüşler farklı esaslara dayanarak, bu uygulamanın devam etmesini savunmaktadır. Geleneksel görüş, anonim doğum uygulamasının çocuğu ve kadını koruması esasına odaklanmaktadır. Bu doğrultuda kamu sağlığının üstün tutulduğu, böylece sağlıklı ortamlardaki kürtaj ve doğumların engellenmesinin yanı sıra bebek ölümlerinin de önüne geçildiği ileri sürülmektedir⁹⁵. Anonim doğum uygulamasının özellikle çocuğun sağlıklı bir ortamda terk edilmesi ve hukuka uygun olmayan şekilde evlatlık verilmesini engelleyen bir yönü olduğu ifade edilmektedir⁹⁶. Nitekim anonim

⁸⁹ Besson, “Enforcing the child’s right”, 151; Steiner, “L’accouchement sous X,” 577-578.

⁹⁰ Hadžimanović, “Confidential and Anonymous Birth,” 16ff.

⁹¹ Annenin yaşadığı psikolojik sorunları önleyerek sorunun çözüleceği yönünde bkz. Darchis, “L’accouchement anonyme,” 10ff.

⁹² Hadžimanović, “Confidential and Anonymous Birth,” 8.

⁹³ Séraphin, “L’accès aux origines”, 87-90; Lefaucheur, “The French Tradition,” 327; İkizler, “Hukuki Boyutu ile Almanya’da Bebek Sandığı”, 690. Bununla birlikte bazı kişilerin kökenlerini öğrenmeyi reddettiği ve bu yöndeki bilgilerin açıklanmasına karşı çıktığı da belirtilmektedir. Dernek kurmak ya da başka şekillerde örgütlenmedikleri ve mücadele etmedikleri için onların bakış açısının soruna çok yansımadağı ifade edilmektedir. Bkz. Séraphin, “L’accès aux origines,” 90ff.

⁹⁴ Lefaucheur, “The French Tradition,” 327; Steiner, “L’accouchement sous X,” 582.

⁹⁵ Lefaucheur, “The French Tradition,” 329; Margaria, “Anonymous Birth,” 553; Steiner, “L’accès aux origines”, 579. Bu konuda yürütülen bir araştırmada, anonim doğum uygulamasının çocukların hayatta kalma oranında önemli bir artış sağladığı ortaya konulmuştur. Bkz. Hadžimanović, “Confidential and Anonymous Birth”, 7.

⁹⁶ Steiner, “L’accouchement sous X,” 578; İkizler, “Hukuki Boyutu ile Almanya’da Bebek Sandığı”, 689-690. Yeni doğan bebeklerini güvenli olmayan bir yerde bırakan annelerin gerekçeleri ve kişisel özelliklerinin kategorize edilemeyeceği ifade edilmektedir. Genellikle ailelerinin olumsuz tepkilerinden korkması, maddi sorunlarının olması veya çocuğun babasının çocuğu istememesi gibi sebepler söz konusu olabilir. Bu annelerin

doğum uygulamasında, gizli kalmak isteyen anne, sağlıklı bir ortamda ve doktor kontrolünde doğum yapma imkânına sahip olmaktadır. Ayrıca anonim doğum uygulamasının zor durumdaki kadınlar için önemli bir imkân olduğu ifade edilmektedir⁹⁷. Zira anonim doğum uygulamasında üzerindeki baskı ortadan kaldırılarak, gerekli fiziksel ve psikolojik desteğin sağlanmasıyla kadının içinde bulunduğu durumu aşması ve doğru şekilde karar vermesi imkânı söz konusu olmaktadır⁹⁸.

Tarihsel gelişim süreci içerisinde gerek siyasi gerek toplumsal bakış açısıyla, anonim doğumun özellikle kadını ve çocuğu korumaya hizmet ettiği görüşü önem kazanmıştır. Hatta 2000’li yıllarda Fransız Parlamentosu’nda yürütülen çalışmalar sırasında sunulan raporlarda da bu esasa dayanıldığı ifade edilmektedir⁹⁹. Özellikle kürtajın yasak olduğu dönemlerde kadınların aslında çocuk sahibi olmaksızın gebeliği sona erdirmeyi tercih edebilecekleri; ancak böyle bir imkândan yoksun oldukları vurgulanmaktadır¹⁰⁰. 1970’li yıllarda yükselen feminist yaklaşımla birlikte, kadınların hem aile planlaması hem de kendi bedenleri üzerinde hak sahibi olmaları anonim doğumu desteklemiştir¹⁰¹. Bu görüşün aleyhinde anonim doğum uygulamasının yasaklanmasını ve çocuğun kendisini doğuran ana ile soybağının doğumla kurulmasını savunanlara karşı, cinsiyet temelli eşitsizlik yaratılması ekseninde bir eleştiri getirilmektedir¹⁰². Zira “çocuğu doğuran anadır” ilkesinden hareketle, kadınla çocuk arasında soybağının *ipso iure* kurulması savunulurken, evlilik dışı doğan çocukla baba arasında soybağının kurulması bakımından bir hukuki işleme ya da mahkeme kararına ihtiyaç duyulması eşitsizliğin kaynağı olarak gösterilmektedir¹⁰³. Ayrıca çeşitli nedenlerle gebeliği sonlandıramamış cinsel istismar mağduru kadınların, anonim doğum imkânından yararlanmalarının hem kadın hem de çocuğun menfaatine olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁴. Son olarak sosyal bağların önemi ekseninde özellikle biyolojik ebeveynlerden ziyade çocukla evlat edinen aile arasındaki bağların önemine vurgu yapılmaktadır¹⁰⁵. Avrupa

genel olarak genç, hamile kalmak istememiş ve gebeliklerini kabul etmeyen kişiler olduğu görülmektedir. Bir kısmının ise kendi kişisel sorunlarıyla uğraştığı, başka çocuklarının olduğu ya da şiddet içeren bir ortamda yaşadığı tespit edilmiştir. Bazı durumlarda ise durum daha travmatik olup hamilelik enstest veya başka türden hoş olmayan bir cinsel ilişki ya da cinsel istismardan kaynaklanmaktadır. Bkz. Hadžimanović, “Confidential and Anonymous Birth,” 2.

⁹⁷ İkizler, “Hukuki Boyutu ile Almanya’da Bebek Sandığı”, 690.

⁹⁸ Anonim doğum, kendisini çaresiz hisseden kadınların doğum sonrasında güç toplayarak gerçekten ne istediklerini anlamalarına yardımcı olan bir sistem olarak görülmektedir. Hatta yapılan bir araştırmada bu sonuç ortaya çıkarılmıştır. Söz konusu araştırma kapsamında, kadınların yüzde 89’unun anonim doğumun çok önemli bir destek aracı olduğunu ve yüzde 11’inin ise çaresiz bir durumda önemli bir destek olduğunu düşündüğü anlaşılmaktadır. Araştırmaya katılan kadınların hiçbiri daha sonra bu düzenlemeleri sorgulamamıştır. Kadınların sadece yaklaşık üçte biri çocuklarını evlatlık vermiştir. Kadınların yalnızca yaklaşık yüzde 5’i tamamen anonim kalmaya karar vermiştir. Araştırma anonim doğum yapma imkânı verilen kadınların üçte ikisinin çocuklarını kendileri büyüttüme karar verdiğini ortaya koymuştur. Bu kararın arkasında sadece çocuklarına karşı sevgi duyguları gelişmesinin değil, aynı zamanda sağlanan destek hizmetlerinin ve yapılan bilgilendirmelerin etkisi olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Hadžimanović, “Confidential and Anonymous Birth,” 15-16.

⁹⁹ Lefaucheur, “The French Tradition,” 329.

¹⁰⁰ Lefaucheur, “The French Tradition,” 330; Duverger, Nardin-Godet, “Accouchement sous X,” 45. Anonim doğuma ilişkin yürütülen güncel araştırmalar da kürtaj seçeneğinin olmadığı hallerde anonim doğumun tercih edildiğini göstermektedir. Bu araştırmalardan birine katılan kadınlar gebeliği geç fark ettiklerini ve yasal süre geçtiği için kürtajı gerçek bir alternatif olarak değerlendiremediklerini ifade etmişlerdir. Yürütülen diğer araştırmalardan ortaya çıkarılan başkaca sebepler, genellikle genç ve göçmen olan kadınların sosyal ve kültürel baskılara maruz kalmaları; ergin olmayanların kürtaj için ana babalarının izninin olmaması; göçmen olanların Fransa’da yasadışı olarak bulunmaları şeklinde sayılabilir Bkz. Steiner, “L'accouchement sous X,” 581.

¹⁰¹ Lefaucheur, “The French Tradition,” 331; Séraphin, “L'accès aux origines,” 94.

¹⁰² Lefaucheur, “The French Tradition,” 331; Margaria, “Anonymous Birth,” 570ff.

¹⁰³ Hukuk normlarının etkisinin sınırlı olması gerektiği ifade edilmektedir. Nitekim bu normlarla kadının hamileliği, doğumu ve çocuk yetiştirmeyi koşulsuz kabul etmeye zorlanamayacağı ve bu şekilde anneliğe yüksek bir statü kazandırılmayacağı belirtilmektedir. Bkz. Hadžimanović, “Confidential and Anonymous Birth,” 4.

¹⁰⁴ Lefaucheur, “The French Tradition,” 332; Hadžimanović, “Confidential and Anonymous Birth,” 2.

¹⁰⁵ Ebeveynleri anonim olan ve biyolojik ebeveynlerini bilmek istemeyenlerin bir kısmının evlat edinen ailenin tek ve gerçek aile olduğunu ileri sürerek, biyolojik ebeveynlere yönelik arayışın karışıklık yaratabileceği ya da

ülkelerinde son zamanlarda aynı cinsten kişilerin evlenmesi ve çocuk sahibi olabilmeleri, taşıyıcı annelik gibi uygulamalarla birlikte artık çocuğun yetiştiği ve büyüdüğü ailenin gerçek ailesi olduğu düşüncesi ön plana çıkmaktadır¹⁰⁶.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN ANONİM DOĞUM MÜESSESİNE YAKLAŞIMI

A. Odièvre- Fransa Kararı

Fransa'daki anonim doğum uygulaması, Bayan Odièvre tarafından ilk kez AİHM önüne taşınmıştır¹⁰⁷. Bu kararda AİHM, anonim doğum uygulamasını ayrıntılı bir biçimde değerlendirmek suretiyle, biyolojik ananın anonim doğum uygulamasındaki menfaati, çocuğun kökenini öğrenme hakkı ile evlat edinen ailenin menfaati arasında bir denge kurulup kurulmadığı ekseninde konuyu incelemiştir.

1. Karara Konu Olaylar

Başvurucu Bayan Odièvre 1965'te anonim doğum sonucunda dünyaya gelmiş ve evlat edinilmiştir. Annesinin kimlik bilgileri Fransız makamlarının kayıtlarında yer alsa da ebeveynleriyle ilgili bilgi almak istediğinde "kimlik belirtilmeyen veriler" bilgisine ulaşmıştır.¹⁰⁸ Başvurucu, sonradan ebeveynlerinin kendisinin doğumundan sonra yedi yıl birlikte yaşadığı ve bir tane büyük iki tane küçük kardeşi olduğunu öğrenmiş; ancak yetkili makamlar, biyolojik annesinin isminin gizli tutulduğu gerekçesiyle, ebeveynlerinin kimlik bilgilerini paylaşmayı reddetmiştir. Bayan Odièvre, 1998'te Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 8 ile özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ne başvurmuştur¹⁰⁹.

Başvurucu, esas kimliğinin gerek özel hayatının gerekse aile hayatının ve aynı zamanda doğum yoluyla parçası olduğu ailenin ayrılmaz bir parçası olduğunu ve Fransız hukuk kuralları engel olduğu için doğumla parçası olduğu aileyle bağ kuramadığını ileri sürmüştür. Başvurucunun inceleme talebi 2001'de yerinde görülmüştür¹¹⁰. Fransız hükümeti, aile hayatına saygı gösterildiğini zira başvurucunun ailesinin evlat edinenler olduğunu, ailenin yalnızca biyolojik bağı takip etmediği ve fakat yakın kişisel bağ ile kurulduğu savunmasını yapmıştır. Bu doğrultuda AİHM, başvuru tarafından kendi kimliği, biyolojik ebeveynleri ve kardeşlerini de içerecek şekilde doğumuna ve bebekken bırakılmasına ilişkin koşulları öğrenmek yönünde talepte bulunulduğundan, başvuruyu, özel hayata saygı hakkı kapsamında incelemiştir.

2. Başvurucunun ve Fransız Hükümetinin Dayanakları

Başvurucu, öncelikle çocuk haklarına ve çocuğun kökenini bilmeden yaşamasının zorluğuna atıfta bulunmuştur. Anonim doğumun bir kadın hakkı olmadığını, zira sosyal yardımlar ve evlat edinme kurumu sayesinde ananın doğumun zorluklarıyla baş edebileceğini ileri sürmüştür. Anonim doğum uygulamasına ihtiyaç duyulmadan çocuğun doğumdan sonra evlat edinilmesinin mümkün olduğu, anonim doğum sebebiyle çocuğun geçmişinden koparıldığını ifade etmiştir¹¹¹. Son olarak, ananın menfaatinin, ölçülülük ilkesine uygun olmadığını zira 2002'de çıkarılan Kanun'dan önce, ananın kimliğini gizli tutma kararını değerlendiren bir makam bulunmadığını ileri sürmüştür¹¹².

evlat edinen aileye karşı sergilenen sadakatsiz bir tutum gibi anlaşılabileceği gerekçeleriyle kendilerini bırakan ebeveynlere ilgisiz kalmakta hatta kin besleyebilmektedir bkz. Séraphin, L'accès aux origines", 90.

¹⁰⁶ Lefaucheur, "The French Tradition," 333-334.

¹⁰⁷ AİHM, Başvuru No. 42326/98, T. 13.02.2003.

¹⁰⁸ AİHM Odièvre- Fransa Kararı, para.11-12.

¹⁰⁹ AİHM Odièvre- Fransa Kararı, para. 3-4.

¹¹⁰ Her ne kadar başvuru Fransız hukuku yargılamasındaki tüm yolları tüketmemiş olsa da, Büyük Daire başvuruyu üst düzey yargı makamlarının da anonim doğumla ilgili hukuk kurallarını göz ardı edemeyeceği ve yüksek mahkemelerdeki yargılamanın da olumsuz sonuçlanacağı düşüncesiyle kabul edilmiştir: AİHM Odièvre- Fransa Kararı, para. 4-5.

¹¹¹ AİHM Odièvre- Fransa Kararı, para.30-31.

¹¹² AİHM Odièvre- Fransa Kararı, para.35.

Fransız hükümeti, anonim doğum uygulamasının meşru bir kamu sağlığı politikasının ürünü olduğunu vurgulamıştır. Böylece kadınların doğum stresini tek başına yaşamasının ve çocuğun bakımını ihmal etmesinin önüne geçildiği ifade edilmiştir. Kadının ana olmayı reddetme hakkına vurgu yapan Fransız hükümeti, gebeliğin ve anneliğin Fransız hukukunda özel hayat kapsamında değerlendirildiğini ve korunduğunu ileri sürmüştür¹¹³. Ölçülülük ilkesi bakımından ise ananın anonim doğum yapma ve kimliğini gizleme hakkı ile çocuğun kökenini öğrenme hakkı arasında bir menfaat dengesinin kurulması için anaya psikolojik ve maddi destek sağlandığı; çocuğa anonim doğumda biyolojik ailesinin kimliğini göstermeyen verilere ulaşma imkânı verildiği ve gizliliğin kaldırılabildiği ifade edilmiştir¹¹⁴.

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararı

a) Çoğunluk Görüşü

Mahkeme oy çokluğuyla (on yedide/on), anonim doğuma ilişkin Fransız hukukundaki düzenlemelerin AIHS m. 8 uyarınca özel hayata saygı hakkını ihlal etmediği yönünde karar vermiştir¹¹⁵. Çoğunluk görüşüne göre, karara konu olayda, uygun sağlık koşulları altında doğum yaparak sağlığını korumak ve anonim kalmak isteyen annenin menfaati, kökenini öğrenmek isteyen çocuğun ve evlat edinenlerin menfaatleri ile biyolojik baba, biyolojik kardeşlerin özel hayatı gibi farklı ve uzlaştırılması zor özel menfaatler söz konusudur¹¹⁶. Mahkeme, Fransız hukukunda, bebeklerin kontrolsüzce terk edilmesi ile kontrolsüz ve özellikle gizli kürtaj uygulamalarını engellemek amacıyla anonim doğum uygulamasının, doğumdan önce ve doğum anında, annenin ve çocuğun sağlığını korumaya yönelik olduğunun ve bu sayede genel bir menfaat olan yaşama hakkını gözettiğinin altını çizmiştir¹¹⁷. Ayrıca çoğunluk görüşü, 2002'de çıkarılan Kanun kapsamında, Fransız hukukunda farklı menfaatler arasındaki dengenin kurulması ve ölçülülük ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesi adına takdir yetkisinin sınırlarının aşılmadığını ifade etmiştir¹¹⁸.

Çoğunluğa katılan yargıçlardan dördüne göre, yaşama hakkı kapsamındaki genel menfaat, özel menfaatlerin üzerindedir. Bu yargıçlar, doğum stresi nedeniyle anonim olmayan doğumdan kaynaklanacak sakıncalar ve ahlaki sorumlulukla başa çıkamayacağını düşünen bir kadının yasal ya da yasal olmayan yollarla gebeliğini sonlandırmasının muhtemel olduğunu ve bu şekilde gebeliğin sonlandırılmasına yönelik meselenin kişinin kökenini öğrenme hakkından önce geldiğini ileri sürmüşlerdir¹¹⁹. Çoğunluğu destekleyen diğer dört yargıçtan birine göre, çocuğun doğumundan önce gebe ananın ve çocuğun menfaatleri eşittir. Çocuğun üstün yararı en uygun sağlık koşulları içinde doğmasını ve iyi bir tıbbi destek almasını gerektirir. Zira sağlığa erişim hakkı temel insan hakkıdır. Anonim kalmak noktasında ısrarcı olsa dahi her kadının tamamen güvenli ve sağlıklı bir ortamda doğum yapması da insan hakkıdır¹²⁰.

b) Muhalif Görüş

Yedi yargıç, çoğunluğun görüşüne katılmamıştır. Bu yargıçlar, kişinin kimliğinin ayrılmaz bir parçası olduğundan kökenini öğrenme hakkının, AIHS'nde korunan özel yaşamın temel unsurlarından biri olduğunu ileri sürmüşlerdir¹²¹. Ayrıca Fransız hukukunda ananın gizli kalma hakkı ile diğer menfaatler arasında dengenin kurulamamış olduğu, zira ananın gizli kalma hakkının yalnızca çocuğun haklarını değil; babası ve kardeşlerinin de haklarını zedelediğini ifade etmişlerdir¹²². Muhalif görüş,

¹¹³ AIHM Odièvre- Fransa Kararı, para.36.

¹¹⁴ AIHM Odièvre- Fransa Kararı, para.37.

¹¹⁵ AIHM Odièvre- Fransa Kararı, para.49.

¹¹⁶ AIHM Odièvre- Fransa Kararı, para.44.

¹¹⁷ AIHM Odièvre- Fransa Kararı, para.46.

¹¹⁸ AIHM Odièvre- Fransa Kararı, para.47.

¹¹⁹ AIHM Odièvre- Fransa Kararı, Yargıç Rozakis, Ress ve Küris'in mutabık görüşleri.

¹²⁰ AIHM Odièvre- Fransa Kararı, Yargıç Greve'in mutabık görüşü.

¹²¹ AIHM Odièvre- Fransa Kararı, Yargıç Wildhaber, Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens ve Pellonpää'nin muhalif görüşü para. 2-4.

¹²² AIHM Odièvre- Fransa Kararı, Yargıç Wildhaber, Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens ve Pellonpää'nin muhalif görüşü para. 7.

başvurucunun evlat edinme yoluyla yeni bir aileye sahip olduğu ve kendisini dünyaya getiren annesine ulaşması bakımından menfaatinin bulunmadığı yönündeki çoğunluk görüşünü eleştirmektedir. Zira kökeninden koparılan bir çocuğun, uzun vadeli yansımaları olacak bir yörüngeye sokulduğu ifade edilmektedir¹²³. Muhalef görüşteki yargıçlara göre, anonim doğum uygulanmasına son verilmesinin gebeliklerin sonlandırılması uygulamalarını artıracığı yönündeki sav, diğer Avrupa ülkeleriyle karşılaştırıldığında isabetli değildir¹²⁴. Son olarak Fransız hukuku ile anonim doğumu destekleyen ya da karşı olan diğer Avrupa ülkelerinin hukukuna ilişkin karşılaştırmayı da eleştiren muhalif görüş, bu hukuk düzenlerinin çoğunluğunda anonim doğum uygulamasının kabul edilmediğinin ya da çocuğun kökenini öğrenme hakkının tanınmadığının altını çizmektedir¹²⁵.

B. Kearns-Fransa Kararı

Fransız hukukundaki anonim doğum uygulaması bu kez, anonim doğum yapan ve çocuğunu geri almak isteyen bir annenin talebinin Fransız makamlarınca reddi üzerine AİHM önüne taşınmıştır¹²⁶. AİHM 2008 yılında verdiği bu kararında, anonim doğuma ilişkin Fransız hukuk düzenindeki mevzuat hükümlerini yeniden inceleme konusu yapmıştır. Ancak bu kez uyumsuzluk, anonim doğum uygulamasında ananın çocuğu geri alma süresi ile evlatlık verme konusunda rızanın geri alınması eksenindedir.

1. Karara Konu Olaylar

Başvurucu İrlanda uyruklu Bayan Kearns, kendi ülkesinde anonim doğum uygulaması bulunmadığı için annesi ve bir Fransız avukatın eşliğinde Fransa'daki bir hastaneye bu amaçla gelmiştir. Evli olan başvuru, evlilik dışı ilişkisinden gebe kalmıştır. Bu gebeliğinden olan çocuğunun doğumunu 2002'de gerçekleştirmiştir¹²⁷. Ardından başvurucunun annesinin ve hastane tarafından görevlendirilmiş bir hemşirenin huzurunda kendisine tercüme edilmek suretiyle anonim doğumla ilgili gerekli bilgilendirme yapılmıştır¹²⁸. Bu bilgilendirmeyi takiben, bir tutanak düzenlenmiş ve başvuru tarafından imzalanmıştır. Tutanakta, başvuru çocuğu devletin koruması altına vermek istediğini, gizlilik talep ettiğini ve Fr.MK m. 348-3 uyarınca evlat edinilmesine rıza gösterdiğini belirtmiştir. Ayrıca çocuğun babası tarafından tanınmayan evlilik dışı bir çocuk olduğunu ifade etmiştir. “Anonim doğumu kabul nedenleri” başlığı altında şu bilgiler yer almaktadır: “(Başvuran) çocuğunu evlatlık vermek zorunda kalmasının nedenlerini gizli tutmak istemektedir. Çocuğun ergin olduğu zaman, talebi üzerine kendisine verilecek olan ekli belgeleri (mektup, fotoğraflar, resmi belgeler) teslim etmeyi tercih etmektedir. Gizlilik talebi, sadece ‘bebeğini’ şiddet eğilimli ve dengesiz biyolojik babasından korumak içindir”¹²⁹.

Başvurucuya 19 Şubat 2002'de, evlatlık vermeye ve bu karardan dönmeye ilişkin gerekli bilgilendirmeler yapılarak rızası alınmıştır. Nitekim başvuru, yerleştirmenin gizli olduğu; çocuk

¹²³ AİHM Odièvre- Fransa Kararı, Yargıç Wildhaber, Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens ve Pellonpää'nin muhalif görüşü para. 8.

¹²⁴ AİHM Odièvre- Fransa Kararı, Yargıç Wildhaber, Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens ve Pellonpää'nin muhalif görüşü para. 9.

¹²⁵ AİHM Odièvre- Fransa Kararı, Yargıç Wildhaber, Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens ve Pellonpää'nin muhalif görüşü para. 13 ff.

¹²⁶ AİHM, Başvuru No. 35991/04, T. 10.01.2008. Karara ilişkin inceleme için ayrıca bkz. Khady Badiane-Devers, “Accouchement « sous X », la loi française jugée conforme au droit européen”, *Droit Déontologie & Soin*, no. 8 (2008): 487 ff.

¹²⁷ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 9.

¹²⁸ Bilgilendirmenin içeriği şu şekildedir: “Çocuğun İadesi ve Koşulları: Çocuğu teslim eden ebeveyn tarafından iki ay içinde talep edildiği takdirde çocuk, herhangi bir işleme gerek olmaksızın iade edilecektir (Sosyal Yardım ve Aile Kanunu m. L224-6/f. 2). Çocuğun, ikinci bir ebeveyni varsa ve altı ay içinde talep ederse, çocuk herhangi işleme gerek olmaksızın iade edilecektir (Sosyal Yardım ve Aile Kanunu m. L224-6/f. 2). Bu süreler geçtikten sonra, çocuk devletin koruması altına alınmaktadır. Çocuğun koruma altına alınması kararına, kayıt tarihinden itibaren otuz gün içinde, mahkeme nezdinde itiraz edilebilir (Sosyal Yardım ve Aile Kanunu'nun L224-8. maddesi). Bu sürelerin aşılması durumunda, çocuk evlat edinilmek üzere yerleştirilmişse, iade talebi kabul edilemez (Fr.MK. m. 352)”. Bkz. AİHM Kearns- Fransa Kararı, para 13.

¹²⁹ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 12.

üzerindeki tüm haklarını kaybettiği; evlat edindirme amacıyla yerleştirmenin tanımaya, soybağına ilişkin beyana veya geri alma başvurusuna engel teşkil ettiği konusunda bilgilendirilmek suretiyle “*bu belgenin iki ay sonra 20 Nisan 2002 kesinleşeceğini ve bu süre zarfında rızanın geri alınmasına ilişkin usullere uygun olarak başkaca işleme gerek olmaksızın çocuğun kendisine iade edileceğini*” kabul ederek, rızasını açıklamıştır¹³⁰. 20 Şubat 2002’de Bayan Kearns, sosyal hizmetler uzmanı ile doktorun tercümanlığı eşliğinde son kez bir görüşme gerçekleştirmiştir¹³¹. 7 Mayıs 2002’de ise çocuk evlat edinilme amacıyla yerleştirilmiştir¹³².

Bu esnada çocuğun biyolojik babası, Dublin Aile Mahkemesi’nde dava açarak, çocuk üzerindeki haklarının tanınmasını talep etmiş ve anılan mahkeme Fransa’daki evlat edinme işlemlerinin ilerlememesi, çocuğun adı ve fotoğrafının biyolojik babasına gönderilmesi hususunda karar vermiş ve bu kararın Fransa’daki ilgili makamlara gönderilmesi talimatını vermiştir¹³³. 25 ve 26 Temmuz 2002 tarihlerinde ise Bayan Kearns hastanenin doğum servisine ve ardından da Fransız Sosyal Hizmetlerine başvurarak çocuğun iadesini talep etmiştir. Sosyal Hizmetlere yönelttiği talebinde başvuru, bir yandan biyolojik babanın çocuğun doğumunu öğrenmiş olması ve İrlanda’da dava açmış olmasını diğer yandan da kocasını çocuğu tanımaya ikna etmiş olmasını gerekçe göstermiştir. Başvurucunun bu talebi, çocuğun kendisine geri verilmesine yönelik mevzuattaki sürelerin geçmiş olması nedeniyle reddedilmiştir¹³⁴. Bunun üzerine başvuru yargı yoluna başvurmuş ve çocuğunu evlatlık verme yönündeki rızasının iptalini talep etmiştir. Çocuğun biyolojik babası da davaya müdahil olmuştur. Başvuru iptal talebini tercüman olmadan sürecin kendisine açıklandığı ve ailesinin uyguladığı baskı nedeniyle anonim doğumun sonuçlarını anlamadığı için rızasının geçersiz olduğu savına dayandırmıştır¹³⁵. İstinaf mahkemesi, Bayan Kearns’e verilen bilgilerde eksiklik bulunduğu gerekçesiyle ananın lehine karar vermiş; ancak Fransız Yargıtay’ı, artık ananın çocukla soybağının bulunmadığını gerekçe göstererek, rızanın iptali talebini reddetmiştir¹³⁶. Yargılama sırasında durmuş olan evlat edinme işlemleri, çocuğun yanına yerleştirildiği aile tarafından yeniden başlatılmış ve ilgili aile mahkemesi 17 Haziran 2004 tarihinde evlat edinme kararı vermiştir¹³⁷.

2. Başvurucunun ve Fransız Hükümetinin Dayanakları

Başvurucu, Sosyal Hizmetler ve Aile Kanunu m. L224-6/ f. 2’de öngörülen rızanın geri alınmasına ilişkin iki aylık sürenin kısa olduğunu ve bunun çocukların ebeveynleriyle aile ortamında birlikte olmaları haklarına orantısız bir müdahale teşkil ettiğini ileri sürmüştür¹³⁸. Her ne kadar evlat edinme sürecindeki belirsizliğin ortadan kaldırılması çocuğun menfaatine olsa da evlat edinmenin acı verici psikolojik etkileri göz önüne alındığında evlatlık verilen çocukların biyolojik ebeveynleriyle yeniden iletişim kurmayı hedefledikleri ve doğumundan sonraki birkaç ay içinde annesinin kendisini geri almaya çalıştığını ve başarısız olduğunu öğrenmesinin çocuğunun psikolojisini daha da fazla etkileyeceğini iddia etmiştir¹³⁹. Başvurucu ayrıca çocuğunu evlatlık vermek üzere sosyal hizmetlere teslim etmek zorunda kalan bir annenin yaşadığı psikolojik sıkıntıların dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁰. Nihayetinde başvuru, evlatlık vermeye yönelik rızanın geri alınması için öngörülen iki aylık sürenin aile hayatına saygı hakkını temin etmek bakımından makul uzunlukta olmadığını ileri sürmüştür¹⁴¹.

Fransız hükümeti, AİHS m. 8’in uygulanması bakımından herhangi bir tartışmanın bulunmadığını, başvuru haklarına bir müdahalenin bulunduğunu; ancak çocuğun devletin korumasına verilmesi

¹³⁰ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 14.

¹³¹ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 15.

¹³² AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 16.

¹³³ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 17.

¹³⁴ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 18.

¹³⁵ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 19-20.

¹³⁶ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 22-25.

¹³⁷ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 27.

¹³⁸ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 48.

¹³⁹ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 49.

¹⁴⁰ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 50.

¹⁴¹ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 51.

yönündeki talebinin ve çocuğun geri alınmasına yönelik iki aylık sürenin varlığı göz önüne alındığında, bu müdahalenin AİHS m. 8'deki öngörülebilirlik, meşruiyet ve orantılılık koşullarını sağladığını ileri sürmüştür¹⁴².

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararı

AİHM öncelikle başvuru ile çocuğu arasındaki ilişkinin AİHS m. 8 uyarınca aile hayatı kapsamına girdiğini kabul etmektedir. Mahkeme, AİHS m. 8'in amacının esasen bireyi kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı korumak olduğunu, bununla birlikte devleti bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamadığını yinelemektedir. Bu doğrultuda olumsuz yükümlülüklerin yanı sıra aile hayatına etkili bir şekilde saygı gösterilmesine ilişkin olumlu yükümlülükler de söz konusu olabilir. Hatta anılan yükümlülükler, bireyler arasındaki ilişkiler konusunda özel hayata saygı gösterilmesini sağlamak için tasarlanmış önlemlerin alınmasını da içerebilir. Ne var ki, AİHS m. 8 uyarınca devletin olumlu ve olumsuz yükümlülükleri arasındaki sınırlar kesin olarak belirlenemeyebilir. Bununla birlikte, her iki yükümlülük bakımından uygulanacak ilkeler benzerdir. Nitekim çelişen menfaatler arasında adil bir denge kurulması gerektiği dikkate alınmalıdır ve her iki durumda da devlet takdir yetkisine sahiptir¹⁴³. Dolayısıyla Mahkeme, başvuruçunun çocuğunu geri alma talebini ele alırken, Fransız Devletinin AİHS m. 8 kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal edip etmediğine yönelik sınırlı bir inceleme yaptığı ifade etmektedir¹⁴⁴.

AİHM, Avrupa Konseyi üye devletleri arasında evlat edinme konusunda bir uygulama birliği olmadığını, bazılarının düşünme süresi öngördüğünü, bazı devletlerin ise öngörmediğini belirtmektedir. Rızayı geri alma süresi konusunda da bunu belirleyen üye devletlerdeki hukuki düzenlemeler arasında önemli farklılıklar bulunduğunu; bazı hukuk düzenlerinde evlat edinme kararı verilene kadar rızayı geri almanın mümkün olduğu ancak bazılarında rızanın geri alınamadığı ifade edilmiştir. Mahkeme ayrıca, belirli bir geri alma süresi öngören devletlerde, bu sürenin on gün ile üç ay arasında değiştiğini ve o nedenle, üye devletlerin mevzuatları ve uygulamaları arasında bir uyum olduğundan söz edilemeyeceğini belirtmiştir¹⁴⁵. Fransız hükümetinin savunmasında belirtildiği üzere, çocuğun mümkün olan en kısa sürede evlat edinen ailesiyle istikrarlı bir duygusal bağ kurmasını ve soybağına sahip olmasını sağlamak amacıyla evlatlık vermeye rızanın geri alınmasına ilişkin sürenin 5 Temmuz 1996 tarihli bir kanunla üç aydan iki aya indirildiğine dikkate çekilmiştir¹⁴⁶. AİHM, Odièvre-Fransa kararında da ortaya koyduğu üzere bu kararda da biyolojik ananın, çocuğun ve evlat edinen ailenin menfaatlerinin birbiriyle uzlaştırılmasındaki zorluğu yeniden vurgulamış ve sözü edilen farklı menfaatler arasında denge kurulurken, çocuğun üstün yararına öncelik tanınması gerektiğini ifade etmiştir¹⁴⁷. Fransız hükümetinin uzman raporlarına dayandığı, çocuğun yararının yeni ailesiyle mümkün olan en kısa sürede istikrarlı duygusal bağ kurması olduğuna yönelik gerekçesi, AİHM tarafından isabetli bulunmaktadır. AİHM, özellikle anonim doğum uygulaması bakımından ananın çocuğu geri alabilmesi için öngörülen iki aylık sürenin kısa olduğu düşünülse bile, biyolojik ananın çocuğu bırakma kararını sorgulaması bakımından yeterli olduğu kanaatindedir¹⁴⁸.

Mahkeme, somut olay özelinde başvuruçunun İrlanda hukuk düzeninde bulunmayan anonim doğum imkânından yararlanmak için annesi ve bir avukat eşliğinde Fransa'da bir hastaneye doğum yapmak amacıyla gelmeyi tercih ettiğini dikkate almaktadır. Nitekim mahkemeye göre, başvuruçunun bir avukatla gelmesi doğumdan önce konuyla ilgili bilgi aldığı kanaatini oluşturmaktadır¹⁴⁹. Başvuruçunun yaşadığı psikolojik sıkıntı göz ardı edilmemekle birlikte, o esnada 36 yaşında olan başvuruçunun annesinin de eşliğinde sosyal hizmetlerden uzun süreli destek aldığı, Mahkeme tarafından

¹⁴² AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 57.

¹⁴³ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 74.

¹⁴⁴ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 75.

¹⁴⁵ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 77.

¹⁴⁶ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 78.

¹⁴⁷ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 79.

¹⁴⁸ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 80-81.

¹⁴⁹ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 86.

belirlenmektedir. Bu görüşmelerde hastane tarafından tercüman olarak görevlendirilen bir hemşire ve bir doktorun hazır bulundukları; başvurucuya gerekli bilgilendirmelerin İngilizce diline çevrilerek yapıldığı ve ayrıca kendisine çocuğun iadesi için gerekli süre ile koşulları belirten yazılı bir bildirimin yanı sıra rızayı geri almaya ilişkin yazılı bir belge örneğinin teslim edildiğine dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla Mahkeme tarafından başvurucunun, çocuğunun iadesi için sahip olduğu imkânlar ve süre konusunda bir belirsizlik bulunmadığı ifade edilmektedir¹⁵⁰. Tüm bu hususları değerlendiren Mahkeme, Fransız makamlarının dil desteği de sağlayarak, başvurucunun anonim doğum ile ilgili seçiminin koşulları, süreler ve sonuçları konusunda mümkün olduğu ölçüde eksiksiz bilgi sahibi olmasını sağladığı kanaatine sahip olmuştur¹⁵¹. AİHM- üye devletlerin gerek hukuk sistemleri ve hukuk geleneklerindeki farklılıklar gerek uygulamaların çeşitliliği karşısında, devletlerin takdir yetkisi de göz önüne alındığında- Fransız hukukunda öngörülen sürenin, biyolojik ana, çocuk ve evlat edinen ailenin menfaatleri arasında yeterli denge ve orantılılığı sağlamayı amaçladığı kanaatine ulaşmaktadır. Nihayet Mahkeme, Fransız Devleti tarafından AİHS m. 8’de öngörülen pozitif yükümlülüklerin ihlal edilmediğine oybirliğiyle karar vermiştir¹⁵².

C. Cherrier-Fransa Kararı

Anonim doğum meselesi bu kez 2024’te AİHM önüne taşınmıştır¹⁵³. Mahkeme bu güncel kararında, çocuğun kökenini öğrenme hakkı ile ananın anonim doğum hakkı arasında denge kurulup kurulmaması konusunu yeniden değerlendirmiştir.

1. Karara Konu Olaylar

Başvurucu Bayan Cherrier, 1952’de anonim doğum usulüne uygun olarak anası tarafından bırakılmasının ardından evlat edinilmiştir. Başvurucu bu durumu, ikinci evlat edinen ebeveyninin ölümünden sonra, 2008’de öğrenmiştir¹⁵⁴. 2008’de Bayan Cherrier Kişisel Kökenlere Erişim Ulusal Konseyi’ne (Ulusal Konsey) başvurmuş ve biyolojik ebeveynlerinin kimler olduğunu öğrenmek istemiştir. Başvurucu ayrıca annesinin uyuğu, ailesinin tıbbi geçmişi ve biyolojik kardeşlerinin olup olmadığı konularında da bilgi talep etmiştir¹⁵⁵. Başvurucunun evlatlık verilmesiyle ilgili olarak, annenin o dönem yaşının bilinmediği, nişanlı olduğu ve nişanlısının çocuğu bırakması halinde evlenmeyi kabul ettiği bilgisi başvurucu ile paylaşılmıştır. Ulusal Konsey, Sosyal Hizmetler ve Aile Kanunu m. L147-6 uyarınca “doğum esnasında ve ölümünden sonra” kimliğinin gizliliğini korumak isteyen anneye ulaşmış, anne de biyolojik babanın kimliğini doğrulamış ve başvurucunun diğer sorularını yanıtlamıştır¹⁵⁶. 16 Nisan 2009’da başvurucu, Ulusal Konsey’e başvuru yaparak, annesiyle yeniden iletişime geçmek istediğini, hala ondan öğrenmek istediği bilgiler olduğunu iletmıştır. 27 Nisan 2009’da Ulusal Konsey, annenin iletişim kurulmamayı talep etmesi sebebiyle onunla bir daha iletişime geçmeyeceği ve annenin mahremiyetine saygı duymakla yükümlü olduğu şeklinde başvurucuya bilgi vermiştir¹⁵⁷. Bayan Cherrier, daha sonra Ulusal Konsey’e başvurarak, biyolojik babasına ulaşmasını talep etmiştir. Ulusal Konsey yaptığı araştırma sonucunda bilgilere uyan bir kişiyi tespit etmiştir. Ancak oldukça yaşlı olan bu kişi, babalık iddiasını kabul etmemiş ve ölümünden sonra bile gizliliğin kaldırılmamasını istemiştir¹⁵⁸.

Eylül 2010 ve Şubat 2012’de başvurucu, biyolojik annesine ulaşma taleplerini yinelemiş ve annesinin kimliğinin gizli tutulmasından duyduğu acıyı dile getirmiştir¹⁵⁹. Ulusal Konsey 29 Eylül 2010’da başvurucuya verdiği yanıtta, annesinin kararını her zaman değiştirebileceğini ve annesinin

¹⁵⁰ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 87-90.

¹⁵¹ AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 91.

¹⁵² AİHM Kearns- Fransa Kararı, para. 92.

¹⁵³ AİHM, Başvuru No. 18843/20, T. 30.01.2024.

¹⁵⁴ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 4.

¹⁵⁵ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 5.

¹⁵⁶ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 6.

¹⁵⁷ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 7.

¹⁵⁸ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 8.

¹⁵⁹ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 9.

gizliliğin kaldırılmasını reddetmesi yönündeki kararını geçersiz kılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir¹⁶⁰. 6 Mart 2012’de Ulusal Konsey, söz konusu talebi yine reddetmiş ve Konsey’in annenin kararına saygı duymakla yükümlü olduğunu ve ancak annesinin kararını değiştirmesi halinde bilgilerin kendisiyle paylaşılacağını başvurucuya iletmiştir¹⁶¹. Ardından başvuru tarafından konu idare mahkemesine taşınmıştır.

İdare Mahkemesi, Ulusal Konsey’in başvurunun kökenini öğrenmesi için gerekli bilgilere ulaşabilmesi için imkân dâhilindeki tüm önlemleri almadığı yönündeki iddiayı kabul etmeyerek, Ulusal Konsey’in 6 Mart 2012 tarihli kararının iptali yönündeki talebi reddetmiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde, Fransız hukuk düzeninde 22 Ocak 2002 tarihli Evlat Edinilen Kişilerin ve Devletin Koruması Altındaki Çocukların Kökenlerine Erişim Hakkına Dair Kanun ile getirilen sistemin anonim doğumu muhafaza etmekle birlikte biyolojik ebeveynin rızasıyla kimliğine yönelik gizliliğin kaldırılması yönünde bir talep imkânı getirmek suretiyle, bir yandan ebeveynin gizliliğini koruma diğer yandan da ilgili kişinin kökenini öğrenme talebi arasında adil bir denge sağladığını ve AİHS m. 8’i ihlal etmediğini ifade etmiştir. Ayrıca somut olay özelinde biyolojik ebeveynin kimliğine yönelik gizliliğin kaldırılmasını reddeden irade açıklamasının geçerliliği hakkında, yaşı veya sağlık durumu göz önüne alınarak, ehliyetini değerlendirmenin veya somut olaydaki menfaatlerin meşruiyetini nazara alarak karar vermenin ne Ulusal Konsey’in ne de idare mahkemesinin görevi olduğunu vurgulamıştır¹⁶². İstinaf mahkemesi de idare mahkemesinin gerekçelerine dayanarak istinaf başvurusunu reddetmiştir¹⁶³. Başvurucunun temyiz talebi üzerine Fransız Danıştay’ı yine idare mahkemesinin gerekçelerinin benimsenmesi suretiyle kararı onamıştır¹⁶⁴.

2. Başvurucunun ve Fransız Hükümetinin Dayanakları

Başvurucu, yukarıda ele alınan, Odièvre-Fransa kararının, Fransız hukukundaki düzenlemelerin anonim doğum konusunda azınlık niteliğinde olması ve Avrupa’da kişinin kökenine erişim hakkı bakımından geniş bir *consensus* bulunması nedeniyle sürdürülmemesi gerektiğini savunmaktadır¹⁶⁵. Nitekim başvuru, AİHM’nin Godelli-İtalya başvurusunda anonim doğum uygulaması sebebiyle İtalya’nın AİHS m. 8’i ihlal ettiği yönündeki kararına dikkat çekmektedir¹⁶⁶. 22 Ocak 2002 tarihli Evlat Edinilen Kişilerin ve Devletin Koruması Altındaki Çocukların Kökenlerine Erişim Hakkına Dair Kanun’un, ilgili menfaatler arasında adil bir denge sağlamadığını, zira Odièvre-Fransa kararındaki muhalefet şerhine atıfta bulunarak, söz konusu kanunun getirdiği düzenlemenin, kişinin kökenine erişim hakkını annenin tek başına verdiği bir karara tabi kıldığını vurgulamaktadır. Bu gerekçelerle başvuru, Ulusal Konsey’in, doğumunda onu bırakan ve gizliliğinin kaldırılması talebine karşılık kimliğini açıklamama kararını yineleyen biyolojik annesinin kimliğini bildirmeyi reddetmesinin, AİHS m. 8’i ihlal ettiğini ileri sürmektedir¹⁶⁷.

Fransız hükümeti, Ulusal Konsey’in iletişim kurduktan sonra biyolojik annenin iradesine saygı gösterme yükümlülüğünü gerekçe göstererek, talebini reddetmiş olmasının başvurunun özel hayatına saygı hakkına müdahale teşkil ettiğini inkâr etmemektedir. Ancak, bu işlemin, Ulusal Konsey’in işleyişini ve görevlerini düzenleyen 2002 tarihli Evlat Edinilen Kişilerin ve Devletin Koruması Altındaki Çocukların Kökenlerine Erişim Hakkına Dair Kanun’a dayandığını ve “başkalarının hak ve özgürlüklerini” korumayı amaçladığını ileri sürmektedir. Ayrıca, hükümet, başvurunun kökenine erişim hakkı ile biyolojik annesinin özel hayatının gizliliği hakkı arasında adil bir denge kurulduğu için, bu müdahalenin gerekli olduğunu savunmaktadır. Hükümet başvurunun annesinin kimliği dışında, doğumuyla ilgili bilgileri edinebildiğini ve böylece doğumu üzerindeki gizliliğin kalkmış olduğunu

¹⁶⁰ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 10.

¹⁶¹ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 11.

¹⁶² AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 12.

¹⁶³ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 13.

¹⁶⁴ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 15.

¹⁶⁵ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 44.

¹⁶⁶ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 45.

¹⁶⁷ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 46.

ifade etmektedir¹⁶⁸. Ayrıca 2002 tarihli Evlat Edinilen Kişilerin ve Devletin Koruması Altındaki Çocukların Kökenlerine Erişim Hakkına Dair Kanun uyarınca, devletin takdir yetkisi kapsamında ilgili kişilerin menfaatlerinin korunduğu vurgulanmaktadır¹⁶⁹. Hükümet tarafından, henüz Avrupa çapında kişinin kökenini öğrenme hakkı konusunda bir uzlaşma sağlanamadığının ileri sürülmesi suretiyle, somut davada Odièvre-Fransa kararından farklı bir sonuca varılması için hiçbir neden bulunmadığı belirtilmektedir¹⁷⁰.

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararı

a) Çoğunluk Görüşü

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, AİHS m. 8'in kişinin kimlik ve kişisel gelişim hakkını koruduğu belirtildikten sonra kişinin kimliğinin ayrıntılarının tespiti ile biyolojik kökenlerine ilişkin bilgileri elde etmek yönündeki menfaati bu gelişimin kapsamı içinde değerlendirilmektedir. Mahkemeye göre, doğum ve özellikle doğumun koşulları, çocuğun ve daha sonra yetişkinin özel hayatına dâhildir ve AİHS m. 8 ile teminat altına alınmıştır¹⁷¹. Dolayısıyla hükümetin de kabulünde olduğu üzere, Evlat Edinilen Kişilerin ve Devletin Koruması Altındaki Çocukların Kökenlerine Erişim Hakkına Dair Kanun'la getirilen düzenlemenin başvurunun özel hayatına müdahale teşkil ettiği noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamakla birlikte AİHM, devletin takdir yetkisinin sınırlarını aşmış ve bu müdahalenin amaç ile orantılı olup olmadığını incelemiştir¹⁷².

Başvurucu, Odièvre Fransa kararında yapılan değerlendirmelerin güncel duruma uymadığını ve 2002'de yürürlüğe giren Evlat Edinilen Kişilerin ve Devletin Koruması Altındaki Çocukların Kökenlerine Erişim Hakkına Dair Kanun'la getirilen düzenlemelerin anonim doğum yoluyla dünyaya gelen kişilerin AİHS m. 8 kapsamında güvence altına alınan kökenine erişme hakkından yararlanması bakımından yetersiz olduğunu iddia etmektedir. Hükümet ise anılan kararda ifade edildiği gibi, başvuru ile biyolojik annenin menfaatleri arasında adil dengenin kurulduğunu ileri sürmektedir. Mahkeme, 2003 tarihli Odièvre-Fransa kararında, söz konusu dengenin bulunduğu hükmetmiş olmasına rağmen bu sistemin 2012 ile 2019 yılları arasında gelişip uygulanmasıyla, somut olayda AİHS m. 8 kapsamında konunun yeniden incelenmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁷³.

AİHM öncelikle, yukarıda belirtilen hak ve menfaatlerin, her biri kendi iradesine sahip iki yetişkinin hak ve menfaatleri olduğunu ve bunlar arasında denge kurmanın zor olduğunu hatırlatmaktadır. Mahkeme, başvurunun özellikle belirttiği Godelli-İtalya kararında İtalyan hukukunun, annenin daha sonra fikrini değiştirip kimliğini açıklamasına izin vermemesi ve kişinin kökenini öğrenmesi hakkı ile annenin gizli kalması menfaati arasında dengeyi sağlayacak bir mekanizmanın bulunmaması sebebiyle ihlal kararı verildiğini de vurgulamaktadır¹⁷⁴.

AİHM, gizli doğum yapma ve bu gizliliği kaldırma kararının tamamen kişiye bağlı olduğunu ve gizliliği kaldırmanın annenin yaşamı boyunca veya çevresindekilerin özel hayatları üzerinde ciddi bir etki yaratacağını ifade etmektedir¹⁷⁵. Başvurucunun biyolojik annesinin 1952 yılında anonim doğum yaptığı ve o dönemdeki mevzuatın gizliliğinin kaldırılmasını kabul veya reddetme iradesini ifade etmek üzere anneye iletişime geçilmesini öngörmediği, Mahkeme tarafından belirtilmektedir. Bununla birlikte, anonim doğum yoluyla dünyaya gelen çocuğun yetişkin olduğunda annesinin hayatta olduğunu bildiği halde, gizli kalması sebebiyle çektiği acının da ciddi anlamda değerlendirilmeye değer olduğu kabul edilmektedir. Nitekim AİHM, kökenini araştırmanın kimlik oluşumunun temel unsurlarından biri olduğunu ve bunun manevi ve psikolojik acılara sebep olduğunu vurgulamaktadır¹⁷⁶. Mahkemeye göre,

¹⁶⁸ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 47.

¹⁶⁹ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 48.

¹⁷⁰ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 49.

¹⁷¹ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 50.

¹⁷² AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 52.

¹⁷³ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 52-54.

¹⁷⁴ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 55.

¹⁷⁵ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 70.

¹⁷⁶ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 72.

somut olaydaki gibi, ananın ölümünden sonra da kimliğinin gizli kalmasını talep etmesi, annenin menfaatinin ağır bastığı şeklinde yorumlanıp tarafların hak ve menfaatleri arasındaki dengenin sağlanması bakımından zorluk arz edebilir. Ne var ki, Mahkemeye göre, somut olayda Fransız hukukunda uygulanan gizliliğin kaldırılması mekanizmasının işletilmesi bakımından henüz iç hukuk makamları önünde gerekli itirazlar yapılmamıştır. Dolayısıyla annenin ölümünden sonra durumun değişip değişmeyeceği konusunda AİHM'nin karar vermesine yer olmadığı ifade edilmektedir¹⁷⁷. Sonuç olarak, Mahkeme, iç hukuk makamları tarafından haklar arasında kurulan dengeyi sorgulamak için herhangi bir neden bulunmadığını belirtmektedir. Nitekim yasama organının anonim doğumda kimlik bilgilerine ilişkin gizliliğin koşulsuz kaldırılmasına izin vermediği dikkate alınarak, kimlik bilgileri dışındaki verilere erişim imkânı sağladığı ifade edilmektedir. Annenin rızası varsa kimlik bilgilerine de ulaşılabilmektedir. Dolayısıyla annenin iradesi görmezden gelinmeden, çocuğun kökenine dair bazı bilgilere erişmesine olanak sağlanmaktadır¹⁷⁸. AİHM, bu anlamda Ulusal Konsey'in görevinin önemini de vurgulamaktadır. Nihayetinde bir yargıcın muhalefetiyle Mahkeme, AİHS m. 8'in ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir¹⁷⁹.

b) Muhalif Görüş

Muhalif yargıç, AİHS m. 8'in ihlal edilmediği görüşüne katılmamıştır. Yargıca göre, 22 Ocak 2002 tarihli Evlat Edinilen Kişilerin ve Devletin Koruması Altındaki Çocukların Kökenlerine Erişim Hakkına Dair Kanun'la, gizliliğin kaldırılmasına olanak tanınmış ve anonim şekilde doğum yapan anneler ile kökenlerini öğrenmek isteyen çocuklar arasında köprü kurmak üzere Kişisel Kökenlere Erişim Ulusal Konseyi kurulmuştur. Ancak gizliliğin kaldırılması bakımından getirilen bu düzenleme yine de annenin nihai ve mutlak iradesine tabidir. Doğumdan sonra hatta ölümünden sonra dahi gizli kalmak isteyen anneye tam koruma sağlamaktadır.

Muhalif yargıç, Odièvre-Fransa kararının, kişinin kökenine erişme hakkı bakımından 2002 yılında yeni uygulamaya konulan düzenlemeyi onayladığı ve bu anlamda önemli bir içtihat olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, söz konusu karardaki muhalif görüşün, ihlal olmadığı yönündeki kararı sorguladığı ve anne ile başvurucunun menfaatleri arasında adil bir denge sağlandığı yönündeki yaklaşımı kabul etmediğini belirtmektedir. Bu kararın üzerinden 20 yılı aşkın bir süre geçtiğini ve kişinin kökenini öğrenme hakkı konusunda bir uzlaşma oluştuğunu, bu durumun da devletlerin takdir yetkisinin sınırlarını daralttığını vurgulamaktadır. Anonim doğum uygulamasının hem anne hem de çocuk bakımından uzun vadeli etkilerinin olduğu ve bu etkilerin anneler için çocuğu bırakma kararını yönetmek; çocuk bakımından ise kökenini bilmeden kimliğini inşa etmek noktasında ortaya çıktığını ifade etmektedir. AİHM ebeveynlerinin kimliği hakkında bilgi edinmenin, çocuğun ve daha sonra yetişkinin özel hayatına ait olan ve Sözleşme'nin 8. maddesiyle güvence altına alınan kişisel gelişim için hayati bir menfaat olduğunu kabul etmektedir. Yargıç, AİHS m. 8'in ihlali yönündeki görüşünün, anonim doğum uygulamasını sorgulamak yönünden olmadığını belirtmektedir. Bu doğrultuda biyolojik annenin gizlilik hakkının korunmasının, biyolojik annesinin kimliğini öğrenme hakkına sahip olan çocuğun hakları lehine zamanla azaldığının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

Muhalif yargıç, anonim doğumun bazen çok genç ve genellikle çaresiz durumda olan, anne olmak ve bir çocuğu yetiştirmek gibi bir durumun üstesinden gelemeyen kadınlara sunulan bir seçenek olduğunu ifade etmektedir. Ancak doğum sırasında ve çocuğun hayatının başlangıcında annenin mutlak gizlilikle korunmasının çocuğun kökenini bilme hakkından üstün tutulduğu; ancak yıllar içinde bu dengenin değiştiğinin ve ilgili menfaatlerin birbirine yaklaştığının dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Yargıca göre, mevcut menfaatler ile annenin ölümünden sonra anonim kalmak yönündeki tercihini haklı gösterebilecek nedenlerin neredeyse tamamen ortadan kalktığı nazara alındığında, annenin ölümünden sonra dahi gizliliğinin devam ettirilmesi isabetli değildir¹⁸⁰.

¹⁷⁷ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 73.

¹⁷⁸ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 80.

¹⁷⁹ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, para. 83.

¹⁸⁰ AİHM Cherrier - Fransa Kararı, Yargıç Mourou-Vikström'ün muhalif görüşü.

DEĞERLENDİRMELER VE SONUÇ

Fransa’da uzun yıllardan beri tartışılan anonim doğum uygulaması, AİHM kararlarına da konu olmuştur. Annenin gizli kalmak ve çocuğun kökenini öğrenmek yönündeki menfaatleri ekseninde yapılan değerlendirmelere evlat edinen ailenin menfaati de eklenince, bu terazide denge bulmanın zorluğu giderek artmıştır. Bu doğrultuda, anılan menfaatler arasında adil bir denge kurmak adına Fransız hukukunda düzenlemeler yapılmıştır. Özellikle 22 Ocak 2002 tarihli Evlat Edinilen Kişilerin ve Koruma Altındaki Çocukların Kökenini Öğrenmesi Kanunu önem arz etmektedir. Zira anılan kanun ile Aile ve Sosyal Yardım Kanunu’nda esaslı değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler kapsamında anonim doğum uygulaması muhafaza edilmekle birlikte daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Ayrıca anonim kalmak isteyen anneler ile kökenini öğrenmek isteyen çocukların menfaatleri arasında denge kurmak amacıyla Kişisel Kökenlere Erişim Ulusal Konseyi kurulmuştur. Bu konsey, anonim doğum yoluyla dünyaya gelen ve kökenini öğrenmek isteyen kişilerin biyolojik ebeveynlerine ulaşması bakımından aracı makam olarak görevlendirilmiştir. Aile ve Sosyal Yardım Kanunu’nda yapılan değişiklikler kapsamında gizliliğin kaldırılması, ebeveynin kararına bırakılmıştır. 2002 yılından önce anonim doğum yolunu seçmiş kadınların daha sonra kimlik bilgilerine erişilmesi konusunda baştan bilgi sahibi olmalarına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna rağmen, yapılan değişiklikte birlikte, rızalarının bulunması koşuluna bağlı olarak, annelerin kimlik bilgilerine erişim mümkün hale gelmiştir. Bu tarihten sonraki uygulamada ise kadınlara gizlilik yönündeki fikirlerini daha sonra değiştirebilecekleri yönünde bilgilendirme yapılmaktadır.

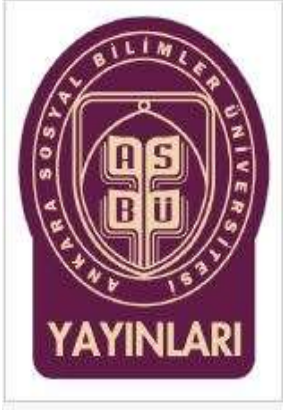
İncelenen AİHM kararlarında, anne bakımından tartışma, anonim doğum uygulamasında evlatlık verme kararını geri almaya yönelik iki aylık sürenin kesinliği eksenindedir. Anne açısından süre baskısı olumsuz karşılanabilir. Ancak kanaatimizce sürenin kısalığı ve kesinliğine yöneltilen eleştiriler, çocuğun üstün yararı ilkesi dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Diğer bir deyişle, annenin kararsız geçireceği sürenin çocuğun yararına olup olmaması değerlendirilmelidir. Olumlu senaryodan hareketle annenin bu süre sonunda çocuğu geri almak istemesinin çocuğun üstün yararına hizmet ettiği düşünülebilir. Ancak olumsuz ihtimalde çocuğun evlat edinilmesi söz konusudur. Fransız hukukunda anayla doğum yoluyla soybağı kurulmamış ve anonim doğum yoluyla dünyaya geldiği için devlet korumasında olan bir çocuğun, bir an önce evlatlık verilme amacıyla yerleştirilmesi ve akabinde evlat edinme işlemlerinin kısa sürede tamamlanmak istenmesi çocuğun üstün yararına hizmet etmektedir. Bu doğrultuda kanaatimizce, çocuğun devletin korumasında kısa süre kalmasının yanında bir an önce evlat edinecek aileyle psikolojik ve hukuki bağının kurulması çocuğun üstün yararına hizmet etmektedir.

Çocuk bakımından ise mesele kökenini öğrenme hakkına odaklanmaktadır. Fransız hukukunda anonim doğum uygulamasında, çocuğun kökenini öğrenme hakkı ile kadının gizli kalma hakkı arasındaki menfaat dengesinin kurulabilmesi için, çocuğun başvurusu halinde ananın ve biliniyorsa diğer ebeveynin kimlik bilgileri dışındaki bilgiler çocukla paylaşılmaktadır. Ancak anne tarafından gizlilik kaldırılmadıkça, kimlik bilgileri paylaşılamaz. Kanaatimizce kadının baştan kendisine verilen devlet güvencesi altında gizli kalmak noktasındaki kararının, yine kendi iradesiyle kaldırılması tutarlıdır. Belirtmek gerekir ki, gizli kalma kararı annenin kişilik hakkı kapsamında korunmaktadır. Kaldı ki, anne her zaman gizliliğin kaldırılması yönündeki kararını değiştirebilir. Ancak mevcut düzenlemeler ışığında anne ölümünden sonra bile gizli kalmak istiyorsa, bu kararına saygı gösterilmelidir. Bununla birlikte annenin ölümünden sonra dahi gizli kalması, çocuğun biyolojik ailesinin diğer üyelerine ulaşmasına da engel teşkil eder. Zira çocuk, annesi hayattayken onunla bağ kurmak amacıyla gizliliğin kaldırılmasını istemiş olabilir ancak annenin dışında biyolojik ailesinin diğer üyeleriyle de bağ kurmak isteyebilir. Kanaatimizce annenin doğum anında sahip olduğu mutlak gizlilik hakkı muhafaza edilmeli ve bu gizliliğin kaldırılması yalnızca kendi iradesine bağlı kalmalıdır. Ancak annenin menfaati çocuk lehine feda edilmeden, çocuğun kökenini öğrenme hakkının gereğini yerine getirmek adına, Fransız hukukunda annenin ölümünden belirli bir süre sonra gizliliğin kaldırılması yönünde kanuni düzenleme yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aebi-Müller, Regina. “Anonyme Geburt und Babyfenster – Gedanken zu einer aktuellen Debatte”. *FamPra.ch*, no. 3 (2007): 544–567.
- Badiane-Devers, Khady. “Accouchement « sous X », la loi française jugée conforme au droit européen”. *Droit Déontologie & Soin*, no. 8 (2008): 481–489.
- Baysal, Başak. Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı. iç. Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Besson, Samantha. “Enforcing the child’s right to know her origins: contrasting approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights”. *International Journal of Law, Policy and the Family* no.21, no.2, (2007): 137–159.
- Bénabent, Alain. *Droit de la Famille*. LGDJ, 2020.
- Buron, Laetitia. “Le droit à l’identité: question politique et pesanteur idéologique”. *Accouchement anonyme et adoption plénière*, editör Michel Cahen, Karthala, 2004.
- Bühler, Andrea ve Ryser, Nadina. “Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung”. *FamPra.ch* no.1 (2009), 1-22.
- Bühler, Andrea ve Schumucki, Antonella. “Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht (1/2)”. *FamPra.ch* (1) (2020): 1-24.
- Darchis, Élisabeth. “L’accouchement anonyme en amont de l’adoption La part du transgénérationnel”. *DIALOGUE* 3 (177) (2007): 7-25.
- De Beaupré, Aline Cheynet. *Droit de la Famille*. Ellipses Edition, 2019.
- Duverger, Philippe ve Nardin-Godet Katia. “Accouchement sous X et filiations”. *Enfances & Psy*, no.1 (50) (2011): 44-56.
- Dönmez, Zeynep. “Kökenin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişisine Yönelik Bir Değerlendirme”. *TAAD*, 9, no.6, (2018): 171-195.
- Ensellem, Cécile. *Naître sans mère ?*. (Presses universitaires de Rennes, 2004). <https://doi.org/10.4000/books.pur.24372>, Erişim tarihi: Ağustos 9, 2025.
- Gonin, Luc. Art. 8 CEDH / V. Droit au respect de la vie privée, Convention européenne des droits de l’homme (CEDH). editör Luc Gonin ve Olivier Bigler-de Mooij, Stämpfli Verlag AG, 2025.
- Hadžimanović, Nataša. Confidential and Anonymous Birth in National Laws – Useful And Compatible with the Un Convention on The Rights of The Child?. (gennaio 2018) www.comparazionedirittocivile.it, Erişim Tarihi: Eylül 11, 2025.
- Hilt Patrice ve Granet-Lambrechts Frédérique. *Droit de la famille*. Presses universitaires de Grenoble, 2018.
- İkizler, Metin. “Hukuki Boyutu ile Almanya’da Bebek Sandığı ve Anonim Doğum Uygulamaları ve Türkiye’de Durum”. *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (Özel Sayı) (2007): 683-719.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan. “28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı ile İlgili Genel Bir Değerlendirme”. *TAAD*, 7, n.24 (2016): 199-225.
- Lefaucheur, Nadine. “The French Tradition of Anonymous Birth: The Lines of Argument”. *International Journal of Law, Policy and Family*, (2004): 319-342.
- Margaria, Alice. “Anonymous Birth Expanding the Terms of Debate”. *International Journal of Children's Rights*, no.22 (2014): 552-580.
- Mathieu, Géraldine. “D’Odièvre à Godelli: la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme en matière d’accouchement anonyme a-t-elle évolué ?”. *Journal du droit des jeunes*, no.5 (325), (2013): 41- 53.
- Mesnil, Marie. “La parenté d’intention en droit français Nouvelle figure du système de filiation?”. *Revue des politiques sociales et familiales*, no. 2 (139-140) (2021): 99- 108.
- Neirinck, Claire. “Les mutations du droit français de la famille et la dette généalogique”. *La lettre de l’enfance et de l’adolescence*, no. 1 (88) (2013): 105-118.

- Perrenoud, Stéphanie. *La protection de la maternité, Etude de droit suisse, international et européen*. Stämpfli Verlag AG, 2015.
- Séraphin, Gilles. “L'accès aux origines: les ressorts d'un débat passionné”. *Esprit*, no.5, (2009): 82-102.
- Steiner, Eva. “L'accouchement sous X: réflexion critique sur le droit et la pratique d'une singularité juridique française”. *FamPra.ch*, no. 8 (2007): 568-583.
- Şen, Elif. “Alman Hukukunda Gizli Doğum Uygulaması ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5, no. 1-3, (2020): 2907-2929.
- Tüzüner, Özlem. “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”. *AÜHFD*, 62, no. 4, (2013): 1139-1166.
- United Nations, Convention of the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child, Sixty-first session, 17 September–5 October 2012 (<https://hrlibrary.umn.edu/crc/austria2012.html>, Erişim Tarihi: Eylül 15, 2025).
- Ünsal, Hande. “Doğum Anında Vatandaşlığın Kazanılması *Ius Soli* Esası”. *Public and Private International Law Bulletin*, 43, no.2 (2023): 517–579.
- Wiesner-Berg, Stephanie, “„Babyklappe“ und „anonyme Geburt“: Rechtskonflikte zwischen Mutter und Kind?”. *FamPra.ch*, no.3 (2010): 521–545.



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2025

Cilt / Volume: 7

Sayı / No: 2

Eserin Türü / Araştırma
Makalesi/ Research Article

DOI:
10.47136/asbuhfd.1707229



KARŞILAŞTIRMALI HUKUK PERSPEKTİFİNDEN TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA BOŞANMANIN MALİ SONUÇLARINA İLİŞKİN ÜÇ ELEŞTİRİ

*Three Reservations Regarding the
Financial Consequences of Divorcement in
Turkish Civil Law from a Comparative Law
Perspective*

Cihat Börklüce

Makale Gönderim Tarihi / Received: 27.05.2025

Makale Kabul Tarihi / Accepted: 22.09.2025

Hakem Değerlendirmesi / Peer Review: Çift kör hakem.
Double peer-reviewed.

Anahtar Kelimeler / Keywords:

Boşanma Hukuku, Boşanmanın Mali Sonuçları, Yoksulluk Nafakası, Kesin Ayrılık İlkesi, Şahsi Yeterlilik İlkesi. / Divorcement Law, Financial Consequences of Divorcement, Need-based Alimony, Clean Break Rule, Self-sufficiency Responsibility.

Atıf / Citation:

Börklüce, Cihat. "Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden Türk Medeni Hukukunda Boşanmanın Mali Sonuçlarına İlişkin Üç Eleştiri." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, no.2 (2025) 120-142

Yazar Bilgileri / Authors Information:

Dr. Öğr. Üyesi., Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, cihat.borkluce@bogazici.edu.tr., ORCID: 0009-0004-0232-8074.

Teşekkür / Acknowledgments: Bulunmamaktadır.

Finansal Destek / Financial Support: Finansal destek alınmamıştır.

Çıkar Çatışması / Conflict of Interest: Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval: Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence: Yapay zeka araçlarından yararlanılmamıştır.

Öz

Boşanma, kişilerin medeni halini etkileyen bir hukuki müessese olmanın ötesinde, tarafların güncel ve gelecekteki psikolojik, sosyal ve ekonomik durumlarını da derinden etkileyen hassas bir süreçtir. Türk Medeni Hukuku'nda boşanmanın mali sonuçları, evlilik süresince oluşan ekonomik dengeyi koruma amacı taşısa da kanuni boşluklar ve uygulamadaki tutarsızlıklar büyük sorunlara yol açmakta ve amacın tam tersine varan neticeler doğurmaktadır. Özellikle düğün sırasında takılan ziynet eşyalarının paylaşımına ilişkin içtihat değişiklikleri, maddi ve manevi tazminatın katı ve katalog şeklinde uygulanması ile süresiz yoksulluk nafakası düzenlemesi, boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin en çok tartışılan konuların başında gelmektedir. Bu çalışma, söz konusu üç meseleyi eleştirel bir perspektiften incelemekte ve mevcut uygulamanın yol açtığı sorunlara karşı bazı çözüm önerileri sunmaktadır.

Abstract

Divorce is not only a legal institution affecting the marital status of individuals but also a delicate process that profoundly influences their current and future psychological, social, and economic conditions. While the financial consequences of divorce in Turkish Civil Law aim to maintain the economic balance established during marriage, legal gaps and inconsistencies in practice lead to significant problems, often resulting in outcomes contrary to the intended purpose. In particular, the frequent changes in case law regarding the distribution of jewellery given during the wedding, the rigid and standardized application of material and moral compensation, and the regulation of indefinite alimony are among the most debated issues concerning the financial consequences of divorce. This study critically examines these three issues and proposes potential solutions to address the problems arising from the current system.

Extended Summary

Divorce is not only a legal transaction that changes the marital status of the parties, but also a multidimensional phenomenon that deeply affects the psychological, social and economic lives of individuals. The main purpose of the law is to ensure that the process is managed in an equitable, predictable and balanced manner by minimizing the victimization of the parties in cases where divorce is inevitable. However, the ongoing legal gaps in the Turkish legal system, changes in jurisprudence and inconsistencies in practice, especially in terms of financial consequences, may lead to an unfair aggravation of the economic effects of divorce. This issue of financial consequences of divorce in Turkish Family Law remains controversial even after the revised Turkish Civil Code (TMK). In this work, the financial consequences of divorce are broadly interpreted in a way to include the division of jewelry and three criticisms are made to the current system.

There is no regulation in our law on how to divide the jewelry given at the wedding. The issue is currently regulated by customary law and jurisprudence, and even more narrowly by the case law of the Court of Cassation (Yargıtay). It is understandable that there is no regulation on the subject in the Swiss Laws, but it is not right to leave the issue to the ever-changing case law of the Court of Cassation in countries like Turkey where the tradition of wedding jewelry is present.

There is an urgent need for a fair and just legal regulation on this issue. As this paper suggests, jewelry should be considered a gift for both the groom and bride and subject to the rules of common property.

In the jurisprudence on pecuniary and non-pecuniary damages, which are among the legal financial consequences of divorce, there is a common practice of awarding these two types of compensation twice for the same amount. This makes minimal sense because the reasons, calculations, and results of the two types of damages are vastly different. In this regard, instead of a punitive and catalog application, a concrete case-oriented and equitable practice should be changed.

The third point of criticism is the issue of permanent alimony. In Turkish Law, contrary to the tendency in the predecessor countries such as England, Switzerland and Germany, the possibility of permanent alimony exists as a rule and is applied intensively regardless of the duration of the marriage and even the economic power of the parties. At this point, in accordance with the principle of “clean break” in England, the principle of “Eigenverantwortung” in Germany and the spirit of the Swiss law, the possibility of indefinite alimony should be severely restricted.

The possibility of indefinite alimony should be completely eliminated for marriages of short duration, where the parties have not yet developed any financial dependence on each other, and this possibility should be limited to very long-lasting marriages, where the party in economic poverty can no longer be expected to work. Otherwise, there should be an upper limit for alimony decisions. A progressive system that increases according to the duration of the marriage can also be considered at this point.

The need for a broad update, encompassing all these proposals, is clear. Transforming divorce into a process of rehabilitating divorced individuals and their dependent children and reintegrating them into social and economic life, rather than a revanchist fight for material goods, should be one of the main goals of the legislator in the coming period.

GİRİŞ

Boşanma, yalnızca tarafların medeni hallerini değiştiren hukuki bir işlem olmanın ötesinde, bireylerin psikolojik, sosyal ve ekonomik yaşamlarını derinden etkileyen çok boyutlu bir olgudur. Hukukun temel amacı, boşanmanın kaçınılmaz olduğu durumlarda, tarafların mağduriyetini en aza indirerek sürecin hakkaniyetli, öngörülebilir ve dengeli bir biçimde yönetilmesini sağlamaktır. Ne var ki, özellikle mali sonuçlar açısından Türk hukukunda süregelen yasal boşluklar, içtihat değişiklikleri ve uygulamada görülen tutarsızlıklar, boşanmanın doğurduğu ekonomik etkilerin hakkaniyete aykırı ölçüde ağırlaşmasına yol açabilmektedir. Bu durum, evlilik sürecinde oluşan ekonomik dengenin

korunması bir yana, taraflar açısından uzun vadeli sosyal ve ekonomik mağduriyetlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir.

Boşanmanın toplumsal etkileri rakamsal veriler ışığında değerlendirildiğinde, sürecin yalnızca bireysel düzeyde değil, geniş bir sosyoekonomik çerçevede ele alınması gerektiği açıkça görülmektedir. TÜİK istatistiklerine göre 2021 yılında 175.000, 2022'de 182.000, 2023'te 173.000 ve 2024'te 187.000 boşanma vakasının gerçekleştiği dikkate alındığında, yılda ortalama 350.000 kişinin evliliğini sonlandırdığı ortaya çıkmaktadır.¹ Velayet altına alınan çocukları da kapsayan daha da genişletilmiş bir perspektiften bakıldığında,² boşanma her yıl toplamı yarım milyonu geçen vatandaşın hayatını kalıcı şekilde etkileyen toplumsal ve hukuki bir olguya dönüşmektedir. Üstelik boşanma süreci, yalnızca evlilik birliğinin sona ermesiyle sınırlı kalmamakta; nafaka yükümlülükleri, velayet uyumsuzlukları ve mal rejiminin tasfiyesi gibi uzun vadeye yayılan sonuçları nedeniyle, taraflar üzerinde uzun yıllar boyunca maddi ve manevi etkisini sürdürmektedir.

Bahsi geçen istatistikler,³ evliliğe dair sayılar açısından tam tersi bir tabloyu ortaya koymaktadır. Oransal olarak bakıldığında, evlilik rakamları ciddi bir düşüş içerisindedir.⁴ Kısaca, son yıllarda Türkiye'de evliliklerin sayısında düşüş, boşanma vakalarında ise artış eğilimi görülmektedir. Bu durum ekonomik, sosyal ve psikolojik birçok sebeple açıklanabilir. Kuşkusuz boşanmanın seneler boyunca devam eden artçı mali etkilerinin evlilik karar aşamasındaki bireylerde oluşturduğu baskı unsuru da düşen evlilik oranının altında yatan sebepler arasında gösterilebilir. Ailenin korunmasının bir Devlet politikası olarak görüldüğü ve Aile Hukuku açısından kanuni reformların gündeme geldiği günümüzde,⁵ boşanmanın mali sonuçlarının hakkaniyetli bir şekilde gözden geçirilmesi ihtiyacı kaçınılmaz olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu noktada, boşanma sürecinin ve sonrasındaki mali sonuçların daha adil ve öngörülebilir bir çerçevede şekillendirilmesi, yalnızca bireylerin evlilik öncesi çekincelerini ve boşanma sonrası mağduriyetlerini önlemekle kalmayacak; aynı zamanda yargı sistemine binen dosya yükünü azaltarak hukukun hızlı ve etkili şekilde tesisine de hizmet edecektir. Nitekim yıllık 200.000'leri bulan boşanma davaları, anlaşmalı boşanmaların dahi en az bir celse sürdüğü⁶ düşünüldüğünde, Aile ve Bölge Adliye Mahkemeleri ile Yargıtay'a önemli ölçüde dosya yükü getirmektedir. Bu bağlamda, mevcut hukuki düzenlemelerin günümüz ihtiyaçları doğrultusunda gözden geçirilmesi ve boşanmanın mali sonuçlarının daha sistemli, hakkaniyetli ve sürdürülebilir bir biçimde düzenlenmesi zorunluluk arz etmektedir.

Bu çalışma, Türk hukukunda boşanma sonrası dayanışma prensibinden yola çıkarak, boşanmanın mali sonuçlarıyla ilgili en çok tartışılan üç temel meseleyi eleştirel bir perspektiften incelemekte ve mevcut sistemin yol açtığı aksaklıkları gidermeye yönelik çözüm önerileri sunmayı amaçlamaktadır. Özellikle, düğün sırasında takılan ziynet eşyalarının paylaşımına ilişkin içtihat değişiklikleri, maddi ve manevi tazminatın soyut kıstaslarla ve standart rakamlarla belirlenmesi, süresiz yoksulluk nafakası uygulaması gibi konular, hukuki belirsizliklere ve adaletsizliklere sebebiyet vermektedir. Çalışmada, bu sorunların tarihsel gelişimi ve güncel hukuki uygulamalar bağlamında incelenerek Türk hukuk sisteminin daha işlevsel ve adil bir yapıya kavuşması için bazı öneriler sunulacaktır.

¹ Eserde geçen TÜİK istatistikleri için ayrıntılı olarak bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2024-54194#:~:text=Bin%20n%C3%BCfus%20ba%C5%9F%C4%B1na%20d%C3%BC%C5%9Fen%20evlenme,binde%206%2C65%20olarak%20ger%C3%A7ekle%C5%9Fti.&text=Bo%C5%9Fanan%20%C3%A7iftlerin%20say%C4%B1s%C4%B1%202023%20y%C4%B1%C4%B1nda,binde%202%2C19%20olarak%20ger%C3%A7ekle%C5%9Fti>.

² Dipnot 1'de paylaşılan TÜİK istatistiklerine göre 2024 yılında kesinleşen boşanma davaları sonucunda toplam 186 bin 536 çocuk velayete verilmiştir.

³ Tekrardan bkz. d. 1.

⁴ Nüfus başına evlilik sayısı 2000'lerin başında binde 8'in üstü seviyesindeyken, 2024'te binde 6'lar civarına düşmüştür.

⁵ Bu minvalde resmi bir açıklama için bkz. <https://www.aile.gov.tr/haberler/bakanimiz-goktas-ailenin-korunmasi-ve-guclenmesi-vizyon-belgesi-ve-eylem-planini-15-mayista-aciklayacagiz/>.

⁶ Üstelik bahsi geçen anlaşmalı boşanma protokollerinin bir kısmı da çekişmeli boşanma usulüne dönmektedir.

Bu makale, giriş ve sonuç hariç dört bölümden oluşmaktadır. Takip eden ilk bölümde, Türk Medeni Hukuku çerçevesinde boşanmanın mali sonuçları genel hatlarıyla ele alınarak mevcut yasal düzenlemeler ve uygulamalar incelenmektedir. İkinci bölümde ise çalışmanın temelini oluşturan üç eleştiri noktası ayrıntılı bir şekilde analiz edilmekte, bu hususlardaki hukuki sorunlar teorik ve uygulama boyutlarıyla değerlendirilmektedir. Üçüncü bölüm, karşılaştırmalı hukuk perspektifinden hareketle, belirlenen eleştiri noktalarının Almanya, İsviçre ve Anglosakson Hukuk Sistemi'nin bir parçası olan İngiltere hukukunda nasıl düzenlendiğini incelemektedir. Bu bağlamda, anılan ülkelerdeki yasal çerçeve, içtihatlar ve akademik yaklaşımlar karşılaştırmalı bir analiz çerçevesinde değerlendirilerek Türk hukukundaki uygulamalarla karşılaştırılmaktadır. Dördüncü bölümde, önceki kısımlarda ortaya konan tespitler doğrultusunda, Türk hukukuna yönelik kanun koyucu veya uygulama odaklı iyileştirme önerileri sunulmaktadır. Sonuç başlığı altında ise makalenin bulguları özetlenerek, ileri sürülen tezler doğrultusunda sonuçlar sıralanmaktadır.

I. TÜRK HUKUKU'NDA BOŞANMANIN MALİ SONUÇLARI (TMK §§ 174 vd.)

Türk Medeni Kanunu'na (TMK) göre boşanma, taraflar arasındaki evlilik ilişkisini sona erdirmenin yanı sıra, önemli hukuki sonuçlar da doğurur.⁷ Öncelikle, boşanma ile birlikte eşler arasındaki ölüme bağlı tasarruflar, aksine bir tasarruf yoksa hükümsüz hale gelir (§ 181/1), bu da eşlerin birbirleri lehine yaptıkları vasiyetlerin ve miras haklarının sona ermesi anlamına gelir.⁸ Mal rejiminin tasfiyesi (§ 179) kapsamında, boşanmayla birlikte eşler arasındaki mevcut mal rejimi sona erer ve eşlerin malvarlıkları paylaşılır.⁹ Bunun yanı sıra, boşanmada kusursuz veya daha az kusurlu olan taraf, diğer eşten maddi ve manevi tazminat talep edebilir (§ 174).¹⁰ Maddi tazminat, boşanma nedeniyle ekonomik kayba uğrayan eşin zararını gidermeyi amaçlarken, manevi tazminat ise zedelenmiş kişilik haklarının tazmini amacıyla öngörülmüştür. Son olarak, boşanma sonucu yoksulluğa düşecek taraf, daha kusurlu olmamak kaydıyla, diğer eşten süresiz yoksulluk nafakası talep edebilir (§ 175).¹¹

Düğün sırasında takılan ziynet eşyalarına ilişkin paylaşım usulü, kanunda boşanmanın mali sonuçları arasında açıkça düzenlenmiş bir konu değildir.¹² Ziynet eşyalarının kime ait olduğu hususu, haklı olarak boşanmanın doğrudan bir mali sonucu olarak değil, malvarlığına ilişkin bir mülkiyet meselesi olarak ele alınmaktadır. Ancak, uygulamada ziynet eşyaları ile ilgili talepler genellikle boşanma davası sırasında gündeme gelmekte ve ekonomik değeri yüksek olan bu varlıklar üzerindeki ihtilaf, taraflar arasındaki mali anlaşmazlıkların merkezinde yer almaktadır. Bu nedenle, ziynet eşyalarına ilişkin sorunlar kanunen boşanmanın mali sonuçları arasında sayılmasa da pratikte boşanma davalarıyla sıkı sıkıya bağlantılı ve önemli ekonomik sonuçlar doğuran bir uyuşmazlık türü olarak görüldüğü için, bu makalede – geniş kapsamda – boşanmanın *olası* mali sonuçları çerçevesinde ele alınmıştır.

II. ELEŞTİRİ NOKTALARI

A. Ziynet Eşyalarının Taksimi

Ziynet; altın, gümüş gibi kıymetli madenlerden yapılmış olup; insanlar tarafından takılan süs eşyası olarak tanımlanabilir.¹³ Ziynet eşyalarına ve diğer düğün takılarına ilişkin talepler, teknik anlamda

⁷ Ayrıntılı olarak bkz. Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku (İkinci Cilt)*, (Beta Yayınları, 2022), 293; Ahmet Ayar, *Evliliğin Sona Ermesi*, iç. *Aile Hukuku*, editör Şebnem Akipek Öcal ve Hayrunnisa Özdemir (Seçkin Yayınları, 2024), 156ff.

⁸ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku (İkinci Cilt)*, 293-294.

⁹ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku (İkinci Cilt)*, 294-295.

¹⁰ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku (İkinci Cilt)*, 295ff., 299ff.

¹¹ Bkz. Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku (İkinci Cilt)*, 310ff.; Özge Uzun Kazmacı, “Nafaka”, iç. *Aile Hukuku*, editör Şebnem Akipek Öcal ve Hayrunnisa Özdemir (Seçkin Yayınları, 2024), 171ff.

¹² Bkz. Mustafa, Dural, Tufan, Ögüz ve Mustafa Alper, Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi, 2024), 157ff., 169; Ayar, *Evliliğin Sona Ermesi*, 158ff.

¹³ Ejder, Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, (Yetkin Yayınları, 2011), 1529.

boşanmanın mali sonuçları arasında değerlendirilmemektedir.¹⁴ Zira ziynet alacakları hukuki niteliği itibarıyla boşanma davasının zorunlu bir unsuru olmadığı gibi, bu tür talepler yalnız boşanma davasıyla birlikte değil, evlilik esnasında veya sonrasında da ayrı bir taleple mahkemeye taşınabilmektedir.¹⁵ Ayrıca, ziynet eşyalarına dair talepler, içtihat¹⁶ ve doktrin¹⁷ tarafından, boşanmaya bağlı olarak talep edilebilen maddi tazminat ve mal rejiminin tasfiyesine ilişkin taleplerle doğrudan bağlantılı kabul edilmemektedir.¹⁸ Bu durum, hukuk tekniği açısından ziynet eşyalarının taksimini boşanmanın mali sonuçları arasında saymayı tartışmalı hale getirmektedir.

Bununla birlikte, uygulamada düğün takılarının kime ait olduğu ve kimin üzerinde kalacağı hususu, boşanma sürecinde taraflar arasında sıkça karşılaşılan mali uyuşmazlıklardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Eşler arasında evlilik birliği içinde edinilen ve düğün sırasında takılan ziynet eşyalarının tasarruf hakkı, çoğunlukla boşanma süreci ile birlikte gündeme gelmekte ve tipik anlaşmazlıklara yol açmaktadır. Dolayısıyla, her ne kadar teknik açıdan boşanmanın mali sonuçları arasında doğrudan yer almasa da ziynet eşyalarına ve düğün takılarına ilişkin taleplerin uygulamada boşanma davalarıyla sıkı sıkıya bağlantılı olduğu açıktır. Bu sebeple, bu çalışmada konunun geniş anlamda boşanmanın olası mali sonuçları çerçevesinde ele alınması uygun görülmüştür.

Düğün takılarının taksimi hususu Yargıtay içtihatlarının zaman içinde değişiklik göstermesi ve mahkemelerin farklı yorumlar getirmesi nedeniyle, boşanma sürecinde taraflar arasında tipik bir çekişme türü doğurmaktadır. Türk mahkemeleri, uzun yıllar boyunca bu konuda istikrarlı bir görüş birliği oluşturamamış, Yargıtay kararlarında sık sık değişiklikler yaşanmıştır. Geleneksel olarak kadına özgü ziynet niteliği taşıyan eşyaların¹⁹ kadına, erkeğe özgü ziynet eşyalarının²⁰ erkeğe ait olduğu kabul edilse de²¹ gram altın, Cumhuriyet altını, Ata Lira veya düğünde takılmış nakit para²² gibi unsurların kime ait olacağı konusunda bir belirsizlik, daha doğrusu bir tutarsızlık söz konusudur.

Yargıtay düğün takılarının kime ait olduğu konusundaki yaklaşımını zaman içinde belirgin bir şekilde değiştirmiştir. Önceki yıllarda, örneğin Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 2019 tarihli bir kararında,²³ düğünde takılan takıların, kim tarafından takılırsa takılsın kadına ait olduğu ve onun kişisel malı niteliğinde bulunduğu kabul edilmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de benzer bir yaklaşım benimseyerek, 2017 tarihli bir kararında,²⁴ takıların kural olarak kadına ait olduğunu; ancak erkeğe verildiği ispat edilirse kadının bu eşyalar üzerindeki hakkının sona erebileceğini belirtmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2021 yılında,²⁵ oy çokluğu ile aldığı kararda düğün takılarının kime takılmış olursa olsun aksi ispatlanmadıkça kadına ait sayılacağını tekrar teyit etmiştir. Benzeri içtihatlar, kadının bekârlık yıllarında kullandığı krediyi ödemek²⁶ veya kadının umreye gitmesi²⁷ için bozdurulmuş altınların dahi onun kişisel malı sayılması ve boşanma sonrasında iade edilmesi gibi uç noktalara kadar uzanmıştır.

¹⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku*, 169.

¹⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku*, 169.

¹⁶ Örnek olarak bkz. Yar. 2. HD, E. 2022/10203, K. 2023/642, 21.2.2023 (lexpera.com.tr); Yar. 2. HD, E. 2012/2248 K. 2012/21647, 18.9.2012 (lexpera.com.tr).

¹⁷ Örnek olarak bkz. Ayar, *Evliliğin Sona Ermesi*, 156ff.

¹⁸ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku*, 169.

¹⁹ Küpe, yüzük, bilezik gibi takılar.

²⁰ Künye, cep saati, yatırım amaçlı düşünülmeyen kol saati gibi takılar.

²¹ Aynı ilke erkek künyesi, cep saati gibi tipik olarak erkeğe özgü takılar açısından da takip edilmektedir.

²² Bkz. Yar. 3. HD, E. 2017/13340, K. 2017/13119, 2.10.2017, (lexpera.com.tr).

²³ Yar. 3. HD, E. 2019/2763, K. 2019/9997, 11.12.2019, (lexpera.com.tr).

²⁴ Yar. 2. HD, E. 2017/1769, K. 2018/13037, 19.11.2018, (lexpera.com.tr).

²⁵ Yar. HGK, E. 2017/1038, K. 2021/458, 13.8.2021, (lexpera.com.tr).

²⁶ Yar. 3. HD, E. 2017/17245, K. 2018/361, 18.1.2018, (lexpera.com.tr).

²⁷ Yar. 3. HD, E. 2014/3689, K. 2014/8800, 3.6.2014, (lexpera.com.tr).

Son olarak, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2024 tarihli kararıyla,²⁸ düğün takılarının aidiyeti konusunda yeni bir sistematik oluşturulmuştur. Öncelikle taraflar arasında bir anlaşma olup olmadığına bakılması, ardından örf ve âdet kurallarının uygulanması, bu iki unsur yoksa takıların kime takıldığına göre bir aidiyet belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Ayrıca, kadına veya erkeğe özgü takılar konusunda bilirkişi incelemesi yapılabileceği de belirtilmiştir. Böylece, önceki içtihatlardaki mutlak kadın lehine yorum kısmen yumuşatılmış ve daha ayrıntılı bir değerlendirme yöntemi benimsenmiştir.

Türk Aile Hukuku bakımından ziynet eşyaları gibi geleneksel öneme ve sürekliliğe sahip bir konu hakkında kanuni boşluk bulunması, en temel sorun olarak öne çıkmaktadır. Geleneksel Türk düğünleri tipik olarak takı töreni barındırmakta, bunun yanında, düğün seremonisiyle de sınırlı kalmayan, aile bireylerinin düğün, ev eşyası veya balayı masraflarına destek amaçlı hediyelerini de kapsayan yaygın bir takı geleneği bulunmaktadır. Dolayısıyla takı meselesi, en baştan net bir kanuni düzenlemeyle hüküm altına alınabilirdi. Bu haliyle mesele yerleşik örf ve âdete ve TMK § 1/2 hükmü gereği hâkimin takdir yetkisine,²⁹ daha da dar manada Yargıtay içtihatlarına kalmış durumdadır.³⁰

B. Maddi ve Manevi Tazminat Hesaplama Usulü (TMK § 174)

Türk Hukuku'nda boşanma sürecinde kusur esası üzerine kurulu bir tazminat sistemi mevcuttur. Konuyla ilgili 174. madde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir.

Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir.”

İlgili kanun maddesinin lafzı ve somut olay uygulamaları incelendiğinde, boşanma kararı kurulurken, mahkeme bir tarafın diğerine oranla en az %51 oranında kusurlu olduğunu tespit ederek, kusurlu taraf aleyhine maddi ve manevi tazminata hükmettiği görülecektir. Ancak kusur odaklı bu uygulamadan dolayı bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bunlardan en belirginini tazminatların şeklinin somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmesinden ziyade, katalog şeklinde gerçekleşmesidir. Mahkemeler genellikle her yıl güncelledikleri belli bir çizelge üzerinden maddi ve manevi tazminata³¹ ve genelde maddi ve manevi tazminat açısından aynı değere hükmetmektedir.³²

Maddi ve manevi tazminat, boşanmaya bağlı diğer mali sonuçları tüketen bir talep türü olarak değil, aksine nafakaya ek olarak hükmedilen bağımsız bir mali yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır.³³ Türk hukuk sisteminde, boşanmaya sebep olan olaylar bakımından daha ağır kusurlu bulunan eş, ödeme gücü de yüksek olan tarafsa yalnızca nafaka yükümlüsü olmakla kalmayıp, aynı zamanda hem maddi hem de manevi tazminat ödemekle de sorumlu tutulmaktadır. Bu yaklaşım, boşanmanın mali sonuçlarını

²⁸ Yar. 2. HD, E. 2023/5704, K. 2024/2402, 1.7.2024, (lexpera.com.tr).

²⁹ Hâkimin takdir yetkisiyle ilgili ayrıntılı olarak bkz. Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I – Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri*, (Filiz Kitabevi, 2021), 14ff.

³⁰ Ziynet eşyaları bakımından yerleşik içtihadı eleştirel bir çalışma için bkz. Emrah Kulaklı, “Ziynet Eşyasına İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25, no.1 (2019): 262-276.

³¹ 250.000 TL maddi, 250.000 TL manevi tazminat gibi.

³² Birkaç örnek için bkz. Yar. 2. HD. E. 2022/10203, K. 2023/642, 21.2.2023 (lexpera.com.tr), (40.000 TL maddi, 40.000 TL manevi tazminat); Yar. 2. HD. E. 2023/10086 K. 2024/6602, 30.9.2024 (lexpera.com.tr), (40.000 TL maddi, 40.000 TL manevi tazminat); Yar. 2. HD. E. 2023/4772 K. 2024/3971, 29.5.2024 (lexpera.com.tr), (200.000 TL maddi, 200.000 TL manevi tazminat); İstanbul 5. Aile Mahkemesi E. 2019/37 K. 2021/742, 22.06.2021 (75.000 TL maddi, 75.000 TL manevi tazminat); İstanbul 8. Aile Mahkemesi E. 2012/796 K. 2014/307, 28.04.2014 (15.000 TL maddi, 15.000 TL manevi tazminat).

³³ Ancak yükümlü eş aynı zamanda maddi ve/veya manevi tazminat yükümlülüğü altına da girmişse, bu mahkemece göz önünde bulundurulur. Bkz. S. Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, (Filiz Yayınevi, 1990), 265.

ağırlaştırılan ve boşanma hukukuna ilişkin genel ilkelerle zaman zaman çelişebilen³⁴ bir uygulamaya sebebiyet vermektedir.

Oysa birçok yabancı hukuk düzeninde bu tür bir mali külfet birikmesi söz konusu değildir. Özellikle nafakanın tek seferde toplu olarak ödenmesi durumunda, bu ödeme maddi tazminatın yerine geçmekte ve boşanmanın ekonomik sonuçlarını tek bir kalemden düzenlemektedir.³⁵ İngiliz hukukunda olduğu gibi, boşanmanın mali sonuçları açısından *clean break* ilkesi benimsenen sistemlerde, tarafların birbirine sürekli ekonomik bağımlılık içinde olmasının önüne geçilmeye çalışılmakta ve mali yükümlülükler mümkün olduğunca sınırlandırılmaktadır.³⁶

Öte yandan, manevi tazminat talebi imkânı da ülkeler arasında farklılık göstermektedir. Türk hukukunda oldukça yaygın bir uygulama alanı bulan manevi tazminat, birçok hukuk sisteminde daha istisnai durumlarla sınırlı tutulmakta, hatta bazı ülkelerde hiç uygulanmamaktadır. Örneğin, Türk Medeni Kanunu'nun temel alındığı İsviçre hukukunda boşanma nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesine ilişkin artık herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır³⁷ ve bu tür talepler boşanma hukuku kapsamında değil, oldukça istisnai olarak genel hükümler kapsamında değerlendirilmektedir.³⁸

C. (Süresiz) Yoksulluk Nafakası (TMK § 175)

2001 yılı öncesinde yürürlükte olan 743 sayılı eski Türk Kanunu Medenisi'nin ilk halinde, 144. madde gereğince yoksulluk nafakası en fazla bir yıl süreyle hükmedilebiliyordu. Madde metni şu şekildeydi:

“Kabahatsiz olan karı yahut koca, boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile mütenasip bir surette bir sene müddetle nafaka itasına mahkûm edilebilir.”

Ancak, o dönemde bu süre sınırı, özellikle İsviçre Medeni Kanunu'nda benzer bir kısıtlama bulunmadığı ve kısa süreli nafakanın boşanmış eşler açısından mağduriyet oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilere maruz kalıyordu.³⁹ Bu eleştiriler sonucunda, 1988 yılında yürürlüğe giren 3444 sayılı Kanun ile maddeye "süresiz" ibaresi eklenmiş ve bir yıllık üst sınır kaldırılmıştır.⁴⁰ Daha sonra, 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK'nın 175. maddesi de bu değişikliği aynen koruyarak süresiz yoksulluk nafakası uygulamasını sürdürmüştür. Dolayısıyla, Türk kanun koyucu, süresiz nafaka imkânını açık bir şekilde yasa ile güvence altına almış ve yoksulluk nafakasını, evlilik içindeki karşılıklı bakım ve geçindirme yükümlülüğünün bir nevi devamı olarak öngörmüştür.⁴¹

175. madde, boşanma sonrası yoksulluk nafakasına ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Buna göre, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak kaydıyla, diğer taraftan süresiz olarak nafaka talep edebilir.⁴² Bu çerçevede, yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için nafaka talep eden eşin boşanma sebebiyle yoksulluğa düşmesi, diğer eşin mali gücünün yeterli olması ve talep eden

³⁴ En başta Anayasa'nın 10. maddesine dayanan Eşler Arasında Eşitlik İlkesi olmak üzere. Benzer görüşler için bkz. Kulaklı, “Ziynet Eşyasına İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi,” 267-268; Seda Baş ve Nisa Özcan, “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununun Anayasal ve Medeni Hukuk Boyutuyla Tartışılması ve Bir Öneri Olarak Boşanma Tazminatı,” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 no.1 (2022): 328-383, 358ff.

³⁵ Bkz. Alt Başlık 4-III-c (*lump sum* şeklinde ödeme).

³⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku*, 164.

³⁷ Bahsi gecen ZGB § 151, 2000 yılındaki geniş reformla çeşitli maddelerle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

³⁸ İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) tam metni için: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de.

³⁹ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku (İkinci Cilt)*, 305.

⁴⁰ Hüseyin Bulut, “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununa İlişkin Değerlendirmeler ve Çözüm Önerileri,” *Adalet Dergisi*, no.72 (2024): 596.

⁴¹ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku (İkinci Cilt)*, 302.

⁴² Yoksulluk kavramıyla ilgili ayrıntılı olarak bkz. Remzi Demir, “Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.147 (2020): 224ff.

eşin boşanmada diğer eşten daha ağır kusurlu olmaması gerekmektedir.⁴³ Ayrıca kanun, nafaka kararında nafaka yükümlüsü olacak eşin kusurunu dahi aramamaktadır.⁴⁴

Süresiz nafaka imkânı doğrudan kanunun lafzına işlenerek süresiz yoksulluk nafakasının istisnai değil kural niteliğini haiz olduğu ortaya konulmuştur.⁴⁵ Ayrıca, Türk hukukunda yoksulluk kavramı da geniş yorumlanmakta ve nafaka yükümlülüğü, nafaka talep eden eşin evlilik sonrası yaşamını idame ettirebilmesi için gerekli bir destek mekanizması olarak değerlendirilmektedir.⁴⁶ Uygulamada, mahkemeler genellikle nafaka yükümlüsünün ödeme gücünü ve talep eden eşin ekonomik durumunu göz önünde bulundurarak karar vermekte, ancak yoksulluk ve karşı tarafın ödeme gücü devam ettiği sürece nafakanın süresiz olarak verilmesi yaygın bir yaklaşım olarak benimsenmektedir.⁴⁷ Bununla birlikte, süresiz nafaka düzenlemesi, toplumsal ve hukuki açıdan çeşitli eleştirilere konu olmakta; nafaka yükümlüsü eş için ağır bir mali külfet oluşturduğu ve özellikle uzun vadede adaletsiz sonuçlar doğurabileceği ileri sürülmektedir.⁴⁸

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA BOŞANMANIN MALİ SONUÇLARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Avrupa'ya hâkim olan hukuk düzenleri incelendiğinde, takı konusuna ilişkin doğrudan yasal düzenlemelerin bulunmadığı görülmektedir. Bu çalışmada boşanma hukukundaki güncel gelişmeler bakımından referans kabul edilen İngiltere, Almanya ve İsviçre gibi ülkelerde, takı ve ziynet eşyalarının aidiyeti konusunda belirleyici bir hüküm mevzuatlarda yer almamakta; bu mesele, genel medeni hukuk ilkeleri, örf ve âdet kuralları ya da mahkeme içtihatları çerçevesinde çözülmektedir.

İstisnai olarak takıların kime ait olacağını açıkça belirleyen ülkeler de mevcuttur. Özellikle Hindistan, bu konuda ayrıntılı düzenlemeler getiren ülkelerin başında gelmektedir. Hindistan Medeni Hukuku, *Stridhan*⁴⁹ kavramı aracılığıyla,⁵⁰ evlilik sürecinde kadına takılan takı ve diğer ziynet eşyalarının kadına ait olduğunu kabul etmektedir.⁵¹ *Stridhan*, kadının kişisel malı olarak değerlendirilmekte ve boşanma halinde dahi eşler arasında paylaşım tabi tutulmamaktadır.⁵² Hindistan

⁴³ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku (İkinci Cilt)*, 302ff.

⁴⁴ TMK § 175 son cümlesi şu şekildedir: “(...) Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz”. Ayrıca bkz. Gençcan, *Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku*, 1100.

⁴⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku*, 164; Demir, “Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar,” 239ff.

⁴⁶ Yargıtay, bireyin maddi varlığını sürdürebilmesi ve geliştirebilmesi için gerekli olan yemek, giyim, barınma, sağlık, ulaşım, kültür ve eğitim gibi temel harcamaları karşılayacak düzeyde geliri bulunmayan kişilerin yoksul olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 1998/2–656, K: 1998/688 ve 7.10.1998 tarihli kararı. Ayrıca bkz. Baş ve Özcan, “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununun Anayasal ve Medeni Hukuk Boyutuyla Tartışılması ve Bir Öneri Olarak Boşanma Tazminatı,” 338.

⁴⁷ Konuyla ilgili bir Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. AYM E: 2011/136, K: 2012/72, Tarih: 17.5.2012. Ayrıca bkz. Kürşad Yağcı, “Yoksulluk Nafakasında ‘Süresizlik’ Sorunu,” *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76, no.1, (2018): 331ff.

⁴⁸ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku*, 165; Baş ve Özcan, “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununun Anayasal ve Medeni Hukuk Boyutuyla Tartışılması ve Bir Öneri Olarak Boşanma Tazminatı,” 351ff.; Bulut, “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununa İlişkin Değerlendirmeler ve Çözüm Önerileri,” 613ff.

⁴⁹ *Stri* kadın, *Dhan* ise mülk, eşya demektir.

⁵⁰ Hindistan'da *Stridhan* kavramı, kadının evlilik öncesi, sırası veya sonrasında aldığı mücevher, nakit, mülk ve diğer değerli varlıkları ifade eder.

⁵¹ 1956 tarihli Hindu Miras Yasası'nın (Hindu Succession Act) 14. maddesi, kadının bu tür mülkler üzerindeki mutlak mülkiyet hakkını tanıır ve bu mülklerin onun kişisel malı olduğunu, dolayısıyla miras da bırakılabileceğini belirtir.

⁵² Bkz. <https://lawnotes.co/stridhan/>.

Yüksek Mahkemesi de 1985 tarihli bir kararında *Stridhan*’ın yalnızca kadına ait olduğunu ve kocasının veya ailesinin bunun üzerinde hak iddia edemeyeceğini belirtmiştir.⁵³

Belirtmek gerekir ki, İsviçre, Almanya ve İngiltere gibi ülkelerde düğün takılarıyla ilgili özel bir yasal düzenleme bulunmamasının temel sebebi, bu ülkelerde geleneksel bir takı töreninin yaygın olmaması ve dolayısıyla evlilik veya boşanma süreçlerinde böyle bir uyuşmazlık türünün ortaya çıkmamasıdır. Örneğin, Almanya’da özellikle Türk ve Arap kökenli çiftlerin evliliklerine ilişkin takı anlaşmazlıkları zaman zaman yargıya taşınsa da bu sınırlı kapsamda kalan uyuşmazlıkların çözümü içtihatlarla bırakılmıştır ve esas itibariye Yargıtay’ın içtihatları takip edilmektedir. Saarland İstinaf Mahkemesinin 2019 tarihli bir kararının gerekçesi mealen şu şekildedir:⁵⁴

“Türk töresine göre ‘gelin hediyesi’ (Türkçe: ‘takı’), Türk yüksek mahkemelerinin içtihatları dikkate alınarak, evliliğin bozulması durumunda kadının korunmasına hizmet eder.”

Alman hukuku açısından mantıklı görünen bu yaklaşımın Türk hukuku açısından da meşru görülmesiye doğru değildir. Zira düğün takıları Türk aile yapısında köklü bir gelenek olup, hemen her evlilikte gündeme gelen bir husustur. Bu nedenle, takıların aidiyeti konusunda yargı kararlarıyla şekillenen ve örf-adet kurallarına dayanan mevcut sistem yerine, açık ve öngörülebilir bir yasal düzenleme getirilmesi gerekmektedir.⁵⁵

Yoksulluk nafakasının dünyadaki uygulamasına bakıldığında, birçok ülkede nafaka belirli bir süre ile sınırlandırılmış olup, genellikle evlilik süresi kadar ya da belirli bir üst sınır⁵⁶ dâhilinde hükmedilmektedir. Birçok modern ülke, nafaka ödemelerini belirli sürelerle sınırlandırmakta veya süresiz nafakayı ağır ve oldukça istisnai koşullara bağlamaktadır. Örneğin, Almanya’da nafaka süresi, tarafların işi, sağlık durumu, yaşı ve eğitim düzeyine göre belirlenir ve nafaka alan eşin ivedilikle meslek ve mali bağımsızlık kazanması beklenir (Eigenverantwortung/Şahsi Sorumluluk İlkesi). İngiltere’de eşlerin boşanma sonrası birbirlerine karşı mali yükümlülüklerini bir an önce sona erdirmeyi amaçlayan clean break (Kesin/Temiz Ayrılık) ilkesi hâkimdir. Amerika Birleşik Devletleri de aynı ilkeyi takip etmektedir.⁵⁷

Fransa’da süresiz nafaka⁵⁸ uygulaması sayılan diğer ülkelere göre daha yaygındır; boşanma sonrası yoksulluğa düşecek eş, ömür boyu nafaka talep edebilir. Ancak, bu yaşlılık, düşkünlük gibi hallerle sınırlı ve son derece kısıtlı bir imkân olarak sunulmuş, kural olarak sermaye şeklinde ödeme öngörülmüştür.⁵⁹ Genel olarak süresiz nafaka uygulaması, Türkiye ve bu kısıtlı ihtimalde Fransa⁶⁰ dışında düzenli olarak uygulanan bir sistem değildir. Özellikle 2000li yılların başından itibaren süresiz nafaka uygulaması, nerdeyse tamamen terk edilmiş durumdadır.

⁵³ Bkz. Pratibha Rani v. Suraj Kumar & Anr., 1985 AIR 628, 1985 SCR (3) 191, Hindistan Yüksek Mahkemesi tarafından 12 Mart 1985 tarihinde karara bağlanmıştır. Bu karar, *Stridhan* kavramının kadının mülkiyet hakkı olduğunu ve kocanın bu mülkiyeti kötüye kullanmasının cezai sorumluluk doğurabileceğini vurgulamıştır.

⁵⁴ Saarländisches OLG, Tarih: 28.02.2019 - 4 U 114/17. Orijinal gerekçe metniye şu şekildedir: “Die nach türkischem Ritus sog. "Brautgabe" (türkisch: "takı") dient unter Berücksichtigung der Rechtsprechung der türkischen Obergerichte zur Absicherung der Ehefrau für den Fall des Scheiterns der Ehe”.

⁵⁵ Karşılaştırma için bkz. Alt Başlık 5.

⁵⁶ Örneğin 1 ila 3 veya 5 yıl gibi.

⁵⁷ Gerald Paul McAlinn, Dan Rosen ve Jon P. Stern, *An Introduction to American Law* (Carolina Academic Press, 2005), 360.

⁵⁸ Rente viagère.

⁵⁹ Bu konudaki kanuni düzenleme için bkz. Code Civil m. 276. Kanun metni mealen şu şekildedir: “İstisnai olarak, hâkim, alacaklının yaşı veya sağlık durumu kendi ihtiyaçlarını karşılamasına elverişli değilse, özel gerekçeli bir kararla denkleştirici tazminatın ömür boyu irat (yaşam boyu maaş) şeklinde ödenmesine karar verebilir. Bu durumda, hâkim 271. maddede öngörülen değerlendirme unsurlarını dikkate alır.

(2) Rente (ömür boyu maaş) miktarı, gerekli görülen hâllerde, 274. maddede öngörülen şekiller çerçevesinde bir kısmının sermaye (toplu ödeme) olarak ödenmesi suretiyle azaltılabilir.”.

⁶⁰ Ayrıca bkz. Yağcı, “Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Sorunu,” 331.

Bu çerçevede, bu eserde boşanmanın mali sonuçları bakımından referans kabul edilen Almanya, İsviçre ve İngiltere gibi ülkelerden örnekler verilerek, söz konusu hukuk düzenlerinde boşanmanın mali sonuçlarının ne şekilde ele alındığının açıklanması önem arz etmektedir.

A. Alman Aile Hukuku (§§ 1570-1586b vd. BGB)

1) Eigenverantwortung (Şahsi Sorumluluk) İlkesi (§ 1569 BGB)

Alman Medeni Kanunu'nda (BGB)⁶¹ 1569. paragraf, boşanma sonrası nafaka düzenlemelerinin temelini oluşturan *Eigenverantwortung* (şahsi sorumluluk) ilkesini açıkça ortaya koymaktadır.⁶² BGB bu haliyle, evlilik sonrası dayanışma sınırlamasının kanunlaşması bakımından Türk ve İsviçre hukuklarından açıkça ayrılmaktadır.⁶³ Bu ilkeye göre, boşanma sonrasında her birey kendi geçimini sağlamakla yükümlüdür. Boşanmış eşlerden her biri, boşanmadan sonra kendi ekonomik bağımsızlığını kazanma ve başkasına bağımlı olmaktan kaçınma yükümlülüğü altındadır. BGB § 1569 mealen şu şekilde düzenlenmiştir:⁶⁴

"Boşanmanın gerçekleşmesiyle birlikte, her eş kendi geçimini sağlamakla yükümlüdür. Bir eş, ancak bu kendi geçimini sağlama yükümlülüğünü yerine getiremiyorsa diğerinden nafaka talep edebilir."

Bu hüküm, Alman hukukunun boşanma sonrası ekonomik dengeyi nasıl kurduğunu anlamak açısından kritik bir öneme sahiptir. Şahsi yeterlilik ilkesi, özellikle nafakanın süresiz bir hak olmaktan çok, istisnai hallerde başvurulması gereken bir çözüm olması gerekliliğini beraberinde getirir. Boşanan eşlerin kural olarak mümkün olan en kısa sürede ekonomik olarak bağımsız hale gelmeleri beklenir. Ancak, aşağıda da açıklanacak belirli şartlar altında, nafaka talebi mümkündür.

2) Maddi – Manevi Tazminat

Almanya'da boşanma sürecinde maddi ve manevi tazminat talepleri oldukça sınırlıdır. Boşanma davası açılırken tazminat talep etmek yaygın bir uygulama değildir.⁶⁵ Ancak, bazı özel durumlarda ek talepler olabilir. Eşlerden biri boşanma sonrası ciddi ekonomik kayıp yaşayacaksa, mahkeme nafaka dışında ek bir tazminat öngörebilir. Ancak, bu sistem Türk hukukundaki maddi tazminat gibi otomatik veya katalog şekilde uygulanmaz.

Almanya'da özellikle manevi tazminat⁶⁶ çok nadiren gündeme gelir. Ancak, ağır ihanet, evlilik içinde ciddi psikolojik ve fiziksel şiddet gibi vakalar varsa, mağdur eş, genel hükümler kapsamında manevi tazminat talep edebilir. Bu tazminat, normal boşanma süreçlerinde değil, daha ziyade ceza hukuku ile ilişkili boşanmalarda ortaya çıkar.

3) Yoksulluk Nafakası Hesabı (3/7 Kuralı)

Almanya'da süreli veya süresiz nafaka genel kural değildir.⁶⁷ Nafaka verilen hallerde de hükmedilen nafaka, çoğunlukla belirli bir süreyle sınırlanır ve ekonomik olarak bağımsızlığını kazanması beklenen eşten çalışması istenir. Sadece uzun evlilikler veya çalışamayacak durumda olan

⁶¹ BGB tam metni için: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

⁶² Florian Jacoby ve Michael von Hinden, *Studienkommentar BGB*, (C.H. Beck, 2015), 735ff.; Grüneberg/von Pückler, §1569, 1976ff.

⁶³ Gediz Kocabaş, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19 no.1 (2013): 36ff.; Baş ve Özcan, "Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununun Anayasal ve Medeni Hukuk Boyutuyla Tartışılması ve Bir Öneri Olarak Boşanma Tazminatı," 343ff.

⁶⁴ Maddenin orijinal lafzı şu şekildedir: "Nach der Scheidung obliegt es jedem Ehegatten, selbst für seinen Unterhalt zu sorgen. Ist er dazu außerstande, hat er gegen den anderen Ehegatten einen Anspruch auf Unterhalt nur nach den folgenden Vorschriften".

⁶⁵ Grüneberg/von Pückler, §1569, 1977.

⁶⁶ Schmerzensgeld.

⁶⁷ BGB 1569 Grundsatz der Eigenverantwortung.

kişiler için istisnai olarak nafaka öngörülmektedir. Alman hukukunda nafaka talep eden eşin, makul bir süre içinde iş bulması beklenir. Genellikle mahkemeler, boşanmadan sonra en fazla 3 yıl içinde nafaka alan eşin ekonomik bağımsızlığını kazanmasını öngörür.⁶⁸ Çocuk bakım yükümlülüğü veya sağlık gibi istisnai durumlar dışında, nafaka alan eşin çalışmaması halinde bile nafakanın kesilmesi mümkündür.

Nafakanın bağlanabilmesi için dört temel koşulun birlikte sağlanması gerekmektedir. İlk olarak, nafaka talep eden eşin özel bir nafaka ihtiyacının bulunması gerekir. Bu durum, belirli kategoriler altında sınıflandırılmış olup çocuk bakımı (§ 1570), yaşlılık (§ 1571), hastalık (§ 1572), çalışma engeli (§ 1573), mesleki eğitim veya üniversite gibi kişiyi belli bir vade sonunda çalışma hayatına kazandıracak eğitim süreçlerinin varlığı (§ 1575) ve hakkaniyet gereği ortaya çıkan diğer haller (§ 1576) gibi sebeplerle sınırlandırılmıştır. İkinci olarak, nafaka alacaklısının yoksulluk içinde bulunması şarttır.⁶⁹ Üçüncü olarak, nafaka borçlusunun ödeme gücüne sahip olması gerekmektedir.⁷⁰ Son olarak, nafaka talep eden eşin 1579. maddede sayılmış olan negatif şartlardan herhangi birini taşıyamaması gerekir.

Bu negatif şartlar toplam sekiz farklı durumda düzenlenmiş olup, bunlar arasında kısa süreli evlilik (§ 1579 No. 1 BGB), nafaka ihtiyacını doğuran yoksulluğa bilerek düşme (§ 1579 No. 4 BGB), evlilik sırasında katılım yükümlülüğünden hukuka aykırı şekilde kaçınma (§ 1579 No. 6 BGB) gibi haller yer almaktadır. Özellikle, çalıştığı işten karşı tarafa zarar vermek amacıyla ayrılan eşlerin nafaka talebi reddedilmektedir. Bu düzenlemeler çerçevesinde, ancak belirtilen dört koşulun tamamının sağlanması halinde ve yalnızca istisnai durumlarda nafaka bağlanabilmektedir. Böylece, Alman hukukunda nafaka kurumu, bireylerin mali bağımsızlığını esas alan bir sistem içinde, istisnai ve geçici bir sosyal koruma mekanizması olarak şekillendirilmiştir.

Ayrıca Alman hukukunda nafaka miktarı, genellikle belirli bir matematiksel hesaplama dayandır ve yükümlü eşin net gelirinin belirli bir yüzdesi⁷¹ üzerinden hesaplanır.⁷²

Örneğin, Eş A 5.500 Euro, Eş B 2.000 Euro aylık net gelire sahipse;

Gelir Farkı: 3.500 Euro

3/7 Kuralına Göre Ödenecek Nafaka: 1.500 Euro.

Bu durumda Eş A'nın aylık net geliri nafaka süresince 4.000 Euro'ya düşerken, Eş B'nin geliri aylık net 3.500 Euro'ya çıkmış olmaktadır.

Almanya'da süresiz nafaka uygulaması 2008 sonrası dönemde terk edilmiştir; tüm boşanma tiplerinde nafaka yükümlülüğü belli bir süre sonra kesilir. Eşlerin çalışabilir olması ve mali bağımsızlığını kazanması beklenir; mahkemeler, nafaka alan eşin belirli bir sürede iş bulmasını şart da koşabilir.⁷³ Bu hesaplama yöntemi, Almanya'da daha öngörülebilir ve objektif bir nafaka sistemi oluştururken, Türkiye'deki geniş takdir yetkisi belirsizliklere ve uzun süreli ekonomik yükümlülüklerle yol açabilmektedir.

Kısaca Alman Aile Hukuku'nda nafaka geçici bir önlem olarak görülür ve eşin ekonomik bağımsızlığını kazanması hedeflenir. Nafaka kural olarak 3/7 kuralı ile hesaplanır ve ancak çok istisnai durumlarda verilir. Türk hukukundakine benzer bir süresiz nafaka uygulaması Alman hukukunda bulunmamaktadır.

⁶⁸ Grüneberg/von Pückler, §1569, 1977; Jacoby ve von Hinden, *Studienkommentar BGB*, 736.

⁶⁹ Allgemeine Bedürftigkeit des Berechtigten.

⁷⁰ Leistungsfähigkeit des Verpflichtenden.

⁷¹ Kural olarak 3/7 kuralıyla hesaplanır (Dreisiebtel-Regelung).

⁷² Jacoby ve von Hinden, *Studienkommentar BGB*, 737.

⁷³ Jacoby ve von Hinden, *Studienkommentar BGB*, 73ff.; Grüneberg/von Pückler, §1569, 1976ff.

B. İsviçre Aile Hukuku (§§ 124 vd. ZGB)

1) 2000 Reformu ve Zımni Şahsi Sorumluluk İlkesi

İsviçre Medeni Kanunu'nda 2000 yılında yapılan reform, özellikle aile hukuku alanında önemli değişiklikler getirmiştir.⁷⁴ Bu reformun temel amacı, modern dünyanın getirdiği kadın-erkek eşitliğini desteklemek, ekonomik adaleti gözetmek ve toplumun değişen ihtiyaçlarına uyum sağlamaktır. Bu açıdan, BGB'de açıkça düzenlenen şahsi sorumluluk ilkesi zımnen kanunun ruhuna işlenmiş oldu.⁷⁵ Mal rejimi konusunda yapılan düzenlemelerle, edinilmiş mallara katılma rejimi⁷⁶ yasal mal rejimi olarak belirlendi. Ayrıca, ev içi emeğin karşılığı da mal paylaşımında dikkate alındı. Kendi istekleriyle farklı bir mal rejimi seçmek isteyen çiftler için mal ayrılığı gibi alternatifler korunmaya devam etti.

Boşanma hukukunda sürecin daha adil ve hızlı işlenmesini sağlamak amacıyla değişiklikler yapıldı. Anlaşılmalı boşanma usulü sadeleştirildi ve tek taraflı boşanma talebi için gereken ayrı yaşama süresi altı yıldan dört yıla indirildi. Nafaka yükümlülükleri gözden geçirilerek ekonomik bağımsızlığı teşvik eden bir sistem getirildi.⁷⁷

Velayet ve çocuk hukuku alanında yapılan reformlarla, boşanma durumunda eşlerin ortak velayet sahibi olması mümkün hale geldi. Çocuğun yararını esas alan karar mekanizmaları güçlendirilirken, bakım masraflarına her iki ebeveynin de katkıda bulunması gerektiği açıkça düzenlendi. Soyadıyla ilgili yapılan değişikliklerle, evlilikte zorunlu ortak soyadı uygulaması kaldırıldı. Kadın ve erkek, evlendikten sonra kendi soyadlarını koruma hakkına sahip oldu. Çocukların soyadı konusunda ise eşlerin ortak bir karar alması gerektiği düzenlendi.

2) Maddi – Manevi Tazminat

İsviçre Medeni Kanunu'nun 2000 reformu öncesi yürürlükte olan halinde boşanmaya bağlı tazminat anlamında iki tür imkân bulunmaktaydı:

a) Maddi Tazminat (Özel Nafaka) - § 124 ZGB: Boşanmada ağır mağduriyet yaşayan eş için özel bir ödeme sistemi öngörülür. Örneğin, eşlerden biri evlilik boyunca çalışmamışsa ve boşanma sonrası ekonomik olarak büyük bir dezavantaj yaşayacaksa, nafakadan ayrı olarak bir tazminat ödemesi yapılabilir. Ancak, bu tazminat mutlak bir hak değildir ve mahkeme somut duruma göre takdir eder. Bu imkân genel itibarıyla halen devam etmektedir.

b) Manevi Tazminat⁷⁸ - § 151 ZGB: Kanunun eski halinde eşlerden biri evlilik içinde ciddi psikolojik veya fiziksel zarar gördüyse, manevi tazminat talep edebiliyordu. Bu tazminat, genellikle çok ağır vakalarla sınırlıydı (evlilik içinde şiddet, ağır ihanet gibi durumlar).⁷⁹ Ancak 2000 yılında yapılan kanun reformuyla 151. maddenin de aralarında bulunduğu birçok hüküm yürürlükten kaldırıldı. Kanunun şu anki halinde eğer boşanma kaynaklı bir manevi tazminat talebi olacaksa, bu ancak genel hükümlere göre istenebilmektedir.

⁷⁴ Bkz. Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler,” 363ff.

⁷⁵ Benzer bir görüş için bkz. Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler,” 363-364.

⁷⁶ Errungenschaftsbeteiligung.

⁷⁷ Alman Hukuku'ndaki pozitif düzenlemenin aksine şahsi sorumluluk ilkesi herhangi bir açık hüküm altına alınmadığı halde, değişikliklerin temel amacı Almanya'daki şahsi sorumluluk ilkesi temelli rejime benzer bir boşanma rejimi getirmektir.

⁷⁸ Moral Schadenersatz.

⁷⁹ Maddenin orijinal metni şu şekildedir: “Ist einem Ehegatten nicht zuzumuten, dass er für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufkommt, so hat ihm der andere einen angemessenen Beitrag zu leisten”.

3) Yoksulluk Nafakası Hesabı (1/3 Kuralı)

İsviçre’de boşanma sonrası eş nafakası geçici bir süre için öngörülür ve temel ilke yine, boşanan eşlerin mümkün olan en kısa sürede ekonomik olarak bağımsız hale gelmeleridir.⁸⁰ Nafaka ancak belirli şartlar altında, özellikle uzun süren evlilikler veya nafaka alacaklısının çalışmasına ciddi bir engel durumu⁸¹ söz konusuysa verilmektedir. Nafaka talep eden eşin çalışma yükümlülüğü vardır. Boşandıktan sonra eşlerin tekrardan iş gücüne katılması beklenir.⁸² § 125/1 ZGB şu şekilde düzenlenmiştir.⁸³

“Eşlerden birinin, uygun bir emeklilik maaşı da dâhil olmak üzere kendi geçimini sağlaması makul olarak beklenemiyorsa, diğer eş uygun bir katkıda bulunmalıdır.”

Yoksulluk nafakasının takdirinde evliliğin süresi (§ 125/2 No. 2), evlilik içi sorumluluk taksimi (§ 125/2 No. 1), boşanacak eşlerin yaş ve sağlık durumları (§ 125/2 No. 4) ile maddi güçleri (§ 125/2 No. 5) gibi özellikler göz önünde bulundurulur. Ayrıca, BGB hükümlerine paralel olarak; yoksulluk haline bilerek sebebiyet verilmesi (§ 125/3 No. 2), evlilik birliği içindeki dayanışma vazifesinin ağır şekilde terk edilmiş olması (§ 125/3 No. 1) ve nafaka talep eden kişinin yükümlüye veya onun yakınına karşı ciddi bir suç işlemesi (§ 125/3 No. 3) hallerinde nafaka talebinin reddedilmesi ve kısmen kabul edilmesi imkânı da tanınmıştır.⁸⁴

İsviçre’de nafaka miktarı genelde matematiksel bir formüle dayanarak hesaplanır ve çoğu zaman evlilik boyunca tarafların sahip olduğu yaşam standardı, eşlerin gelir durumu ve çalışabilirlik potansiyeli göz önünde bulundurularak belirlenir. Mahkemeler esas olarak *1/3 kuralı* olarak bilinen bir hesaplama yöntemi uygulayarak nafakaya hükmeder.⁸⁵ Boşanma sonrası her iki eşin gelirleri toplanır ve toplamın üçte biri düşük gelire sahip olan eşe tahsis edilir.

Örneğin, Eş A 5.500 CHF⁸⁶, Eş B 2.000 CHF aylık net gelire sahipse,

Toplam gelir: $5.500 + 2.000 = 7.500$ CHF

Toplam gelirin üçte biri: 2.500 CHF

Bu durumda, düşük gelirli eşin (Eş B) toplamda 2.500 Frank’a ulaşması gerekir. Eş B bu 2.500 Frank’ın 2.000’ini hâlihazırda kazandığına göre, Eş A’nın Eş B’ye ödeyeceği nafaka miktarı $2500 - 2000 = 500$ CHF olur. Eğer Eş B’nin hiç geliri olmasaydı, toplamda 2.500 Frank’a kadar nafaka alabilirdi.

⁸⁰ Ingeborg Schwenzer ve Roland Fankhauser, *FamKommentar Scheidung Band I: ZGB*, (Schultess, 2017), §125 No. 1ff.; Baş ve Özcan, “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununun Anayasal ve Medeni Hukuk Boyutuyla Tartışılması ve Bir Öneri Olarak Boşanma Tazminatı,” 343ff.; Mustafa Şahin, “Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK M. 175 – ZGB M. 125)”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. 3 (2017): 89ff.; Saibe Oktay Özdemir, “Türk Hukuku’nda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 35 no. 1 (2015): 42ff.

⁸¹ Örneğin yaşlılık veya hastalık gibi.

⁸² Burada Alman Hukuku’nda bahsedilen Eigenverantwortung ilkesinin yansıması görülmektedir.

⁸³ Orijinal metin: “Ist einem Ehegatten nicht zuzumuten, dass er für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufkommt, so hat ihm der andere einen angemessenen Beitrag zu leisten”.

⁸⁴ Schwenzer ve Fankhauser, *FamKommentar Scheidung Band I: ZGB*, §125 No. 5ff., 62ff., 64.

⁸⁵ Bir örnek için bkz. Cour d’appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud (Vaud Kantonu Sivil Temyiz Mahkemesi), HC/2018/908, 28.11.2018 (Kararın orijinal metni: https://www.findinfo-tc.vd.ch/justice/findinfo-pub/html/CACI/HC/20181228153743599_e.html).

⁸⁶ İsviçre Frangı.

Görüldüğü üzere denk birimler⁸⁷ üzerinden hesaplama yapıldığında, İsviçre’de standart nafaka yükümlülüğü Almanya’dan da daha az çıkmaktadır. Buna ek olarak mahkemeler genellikle nafakanın belirli bir süre sonra aşamalı olarak azaltılmasına veya tamamen kaldırılmasına da karar verebilir.⁸⁸

Özetle, İsviçre hukukunda, kural olarak geçici ve ekonomik bağımsızlığı teşvik eden bir nafaka anlayışı hâkimdir. Bu durum, İsviçre’de boşanma sonrası tarafların en kısa sürede mali bağımsızlıklarını kazanmaları ve kendi ayakları üzerinde durmalarını teşvik etmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi, İsviçre de Alman ve İngiliz Hukuku’na hâkim olan şahsi sorumluluk/kesin ayrılık ilisini zımnen kabul ve takip etmektedir.⁸⁹

C. İngiliz Aile Hukuku (Matrimonial Causes Act 1973)

1) Clean Break (Temiz/Kesin Ayrılık) İlkesi

Son bir örnek olarak, Anglosakson hukuk sisteminin bir parçası olan İngiltere Aile Hukuku’na değinilmesi yerinde olacaktır. İngiltere hukukunda da temel ilke, Almanya ve İsviçre’ye paralel şekilde, tarafların mali bağımsızlığa en kısa sürede ulaşmasını sağlamaktır.⁹⁰ Mahkemeler genellikle nafaka alan eşin yeniden iş hayatına dönmesini veya bir gelir kaynağı oluşturmalarını bekler. Özellikle genç ve sağlıklı eşler için uzun süreli nafaka bağlanması çok nadirdir. Bu uygulama İngiltere’de *clean break* prensibi adı altında yaygınlaşmıştır.⁹¹

Clean break ilkesi, boşanma sonrası eşler arasındaki mali bağların tamamen kesilmesini amaçlayan bir prensiptir. Bu ilkeye göre, boşanmanın ardından mümkün olan en kısa sürede nafaka veya diğer mali yükümlülükler sona erdirilerek tarafların bağımsız bir ekonomik hayata başlamaları teşvik edilir. İngiliz aile hukukunda boşanma sonrası tarafların uzun yıllar ekonomik olarak birbirine bağımlı kalmasını önlemeye yönelik hukuki yaklaşım, tazminat ve nafaka ödemelerini yalnızca sınırlı ve ihtiyaç esası durumlarla kısıtlayarak tarafları ikincil bağımlılıktan uzaklaştırmayı hedefler.⁹² Bu yönüyle İngiliz usulü *clean break* ve Alman usulü *Eigenverantwortung* ilkesi, ruhu itibarıyla aynı temele dayanmakta ve aynı amaca hizmet etmektedir.⁹³

Kesin Ayrılık İlkesi, 1973 tarihli Matrimonial Causes Act (MCA)⁹⁴ kapsamında yasal dayanağa sahiptir. Kanunun 25A maddesi, mahkemelere taraflar arasındaki mali ilişkileri en kısa sürede sonlandırma konusunda yetki vermektedir. § 25A MCA kısaca şöyle düzenlenmiştir:⁹⁵

⁸⁷ 5500 ve 2000 birim.

⁸⁸ Schwenzer ve Fankhauser, *FamKommentar Scheidung Band I: ZGB*, §125 No. 25ff.

⁸⁹ Ayrıca bkz. Bulut, “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununa İlişkin Değerlendirmeler ve Çözüm Önerileri,” 598ff.

⁹⁰ Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler,” 363.

⁹¹ Ayrıca bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku*, 164; Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler,” 364ff.

⁹² Joanna Miles ve Emma Hitchings, “Financial Remedy Outcomes on Divorce in England & Wales: Not a Meal Ticket for Life”, *Australian Journal of Family Law* 31, no.2 (2018): 52ff., özellikle bkz. dn. 79-80.

⁹³ Ayrıca bkz. Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler,” 363, 364ff.

⁹⁴ 1973 Tarihli Evlilikle İlişkili Davalar Kanunu.

⁹⁵ Maddenin tam ve orijinal lafzı şu şekildedir: (1) Where on or after the making of a divorce or nullity of marriage order the court decides to exercise its powers under section 23(1)(a), (b) or (c), 24 or 24A, 24B or 24E above in favour of a party to the marriage, it shall be the duty of the court to consider whether it would be appropriate so to exercise those powers that the financial obligations of each party towards the other will be terminated as soon after the making of the order as the court considers just and reasonable.

(2) Where the court decides in such a case to make a periodical payments or secured periodical payments order in favour of a party to the marriage, the court shall in particular consider whether it would be appropriate to require those payments to be made or secured only for such term as would in the opinion of the court be

“Boşanma (...) kararının verilmesi üzerine veya sonrasında, mahkeme, yukarıda belirtilen (...) yetkilerini taraflardan biri lehine kullanmaya karar verdiğinde, her iki tarafın da birbirine karşı mali yükümlülüklerinin, mahkemenin adil ve makul gördüğü en kısa sürede sona erdirilmesinin uygun olup olmadığını değerlendirmekle yükümlüdür.

Mahkeme, (...) taraflardan biri lehine (...) nafaka ödemesi yapılmasına karar verirse, bu ödemelerin, lehine karar verilen tarafın, diğer tarafa mali bağımlılığının sona ermesine makul bir şekilde uyum sağlayabilmesi için yeterli olacak bir süreyle sınırlandırılmasının uygun olup olmadığını değerlendirmelidir.

Boşanma (...) kararının verilmesi üzerine veya sonrasında, taraflardan biri nafaka için başvuruda bulunursa ve mahkeme, (...) başvuruyu reddedebilir ve başvurusunun (...) aynı evliliğe ilişkin olarak yeniden başvuruda bulunamayacağı yönünde bir karar verebilir.”

İngiliz Aile Hukuku’nda nafaka kararı verilirken tarafların gelir durumu, yaşları, sağlık durumları ve evliliğin süresi gibi çeşitli faktörler dikkate alınır. Özellikle kısa süreli evliliklerde *clean break* düzenlemeleri daha sık uygulanırken, uzun evliliklerde ve taraflardan birinin ekonomik olarak dezavantajlı olduğu durumlarda, belirli bir süre için nafaka ödenmesine hükmedilebilir.

Tabii ki her boşanma davasında salt *clean break* ilkesinin uygulanması mümkün değildir. Özellikle çocukların bakımı veya eşlerden birinin ciddi bir ekonomik dezavantaj içinde olması durumunda, mahkeme belirli bir süre için nafaka ödenmesine karar verebilir.⁹⁶ Ancak genel eğilim, taraflar arasındaki mali bağımlılığı en aza indirmektir.

Bu ilkenin en önemli avantajı, tarafların birbirlerine mali bağımlılık duymadan yeni bir hayat kurmalarına olanak tanımasıdır. Ayrıca, süresiz nafaka yükümlülüklerinin doğurabileceği uzun vadeli anlaşmazlıkları da azaltır. Öte yandan, ekonomik olarak daha zayıf olan taraf için *clean break* bazen adaletsiz sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, mahkemeler her davayı bireysel koşullara göre değerlendirerek, adil ve makul bir orta yola ulaşmaya çalışır.

2) Maddi – Manevi Tazminat

İngiliz hukuku, boşanma sürecinde maddi ve manevi zarar için özel bir tazminat düzenlemesi içermez. Ancak bazı özel durumlarda, özellikle boşanma sürecinde ekonomik olarak güçsüz kalan tarafın zararlarını gidermek için adil tazmin edici kararlar alınabilir.⁹⁷ Bunun dışında, İngiliz hukukunda boşanmada kusur kurumu⁹⁸ büyük ölçüde kaldırılmıştır. Dolayısıyla, eşlerden birinin boşanmayı gerektiren olaylardan dolayı manevi zarar da gördüğünü öne sürerek ek bir tazminat talep etmesi kural olarak mümkün değildir.

sufficient to enable the party in whose favour the order is made to adjust without undue hardship to the termination of his or her financial dependence on the other party.

(3) Where on or after the making of a divorce or nullity of marriage order an application is made by a party to the marriage for a periodical payments or secured periodical payments order in his or her favour, then, if the court considers that no continuing obligation should be imposed on either party to make or secure periodical payments in favour of the other, the court may dismiss the application with a direction that the applicant shall not be entitled to make any further application in relation to that marriage for an order under section 23(1)(a) or (b) above.

(4) See also section 52A (interpretation of certain references to divorce orders, nullity of marriage orders and judicial separation orders).

⁹⁶ Bkz. Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler,” 385.

⁹⁷ Bkz. İngiliz Hukukunda yoksulluk nafakası düzenlemesi (Alt başlık 4-III-b).

⁹⁸ Fault-based divorce.

3) Yoksulluk Nafakası

İngiltere’de boşanma sonrası nafaka⁹⁹ sistemi, Türk hukukundan önemli farklılıklar gösterir ve temel olarak süre sınırlaması, ekonomik bağımsızlık ilkesi ve gelir paylaşım modeli gibi unsurlara dayanır.¹⁰⁰ İngiltere’de nafaka kuralları MCA § 25A ve bu çerçevede gelişen içtihatlarla belirlenmektedir.

İngiltere’de boşanma sonrası eş nafakası üç şekilde olabilir:

Toplu Ödeme:¹⁰¹ Mahkeme, nafaka yükümlüsünün tek seferlik bir ödeme yapmasına karar verebilir. Bu ödeme yöntemi Türk Hukuku’ndaki nafaka sisteminden ziyade, maddi tazminat uygulamasına daha çok benzemektedir.

Belirli Süreli Nafaka:¹⁰² Genellikle belirli bir süre (örneğin 2-3 yıl) için bağlanan nafakadır ve kendisine nafaka bağlanan tarafın bu süre içerisinde mali bağımsızlığını kazanması beklenir.

Ömür Boyu Nafaka:¹⁰³ Çok uzun süren evliliklerin sona erdiği veya nafaka alacaklısının yaşlılık veya düşkünlük sebebiyle artık çalışmayacak durumda olduğu hallerde verilebilir. Ancak son yıllarda mahkemeler bu tür kararları giderek daha az vermektedir.¹⁰⁴

İngiliz hukukunda beş yıla kadar süren kısa evlilikler bakımından çoğunlukla nafaka bağlanmaz veya tek seferlik ödeme yapılır. Orta uzunlukta evlilikler bakımından genellikle belirli 2 veya 3 yıl gibi süreli nafaka bağlanır. 15-20 seneyi aşan uzun evliliklerin sonlandırıldığı hallerde daha uzun süreli nafaka bağlanabilir, ancak yine, süresiz nafaka uygulaması yok denecek kadar azdır. Tekrar belirtmek gerekir ki, İngiliz Hukuku’nda nafakaya ek olarak istenebilen maddi ve manevi tazminat imkânı da yoktur. Yalnızca, yukarıda belirtilen toplu ödeme maddi tazminata benzetilebilir. Her halükârda hem toplu şekilde para ödenmesi hem de aylık / dönemsel şekilde nafaka ödenmesi şeklinde kombine bir uygulama yoktur.

IV. GENEL DEĞERLENDİRMELER VE İYİLEŞTİRME ÖNERİLERİ

Ziynet eşyaları bakımından, kişisel kullanıma özgülenmiş takıların bireysel mülkiyet kapsamında değerlendirilmesi isabetli görünmektedir. Ancak, tüm takıların her koşulda kadına ait olduğu yönündeki yerleşik anlayışın, İslam Hukuku’ndaki Mehir benzeri geleneksel yaklaşımlardan kaynaklandığı söylenebilir.¹⁰⁵ Boşanmanın diğer mali sonuçlarıyla birlikte ele alındığında, bu anlayışın taraflar arasında adil olmayan bir paylaşım rejimine sebebiyet verdiği açıktır.

Yargıtay’ın son içtihadında benimsediği, erkeğe takılan takıların erkeğe, kadına takılanların ise kadına ait olduğu yönündeki yaklaşım, daha adil ve hakkaniyete daha uygun bir çözüm sunuyor gibi görünse de pratikte uygulanabilirlik açısından önemli sorunlar barındırmaktadır. Zira her bir uyuşmazlıkta, takının hangi amaçla ve kime takıldığına ilişkin değerlendirme yapılması, yargılama sürecini daha da karmaşık hale getirecek ve usul ekonomisi açısından verimsiz, yeni bir tartışma alanı doğuracaktır.¹⁰⁶ Dahası, Yargıtay’ın önceki içtihatları göz önünde bulundurulduğunda,¹⁰⁷ şu an daha adil görünen bu yaklaşımından her an dönebileceği de açıktır.

⁹⁹ Spousal maintenance.

¹⁰⁰ Ayrıntılı olarak bkz. Sir Nicholas Mostyn, “Spousal Maintenance: Where Did It Come From, Where Is It Now, and Where Is It Going?,” iç. *Family Matters: Essays in Honour of John Eekelaar*, editör Scherpe Jens ve Gilmore Stephen, (Intersentia, 2022), 521ff.

¹⁰¹ Lump Sum.

¹⁰² Fixed-Term Maintenance.

¹⁰³ Joint Lives Maintenance.

¹⁰⁴ Mostyn, “Spousal Maintenance: Where Did It Come From, Where Is It Now, and Where Is It Going?,” 520ff.

¹⁰⁵ Bir örnek için bkz. Yar. 3. HD. E. 2014/16026 K. 2015/9622, 27.5.2015 (lexpera.com.tr).

¹⁰⁶ Benzer bir görüş için bkz. Kulaklı, “Ziynet Eşyasına İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi,” 270.

¹⁰⁷ Ayrıntılı tartışma için bkz. Alt Başlık 3-I.

Bu bağlamda, daha uygulanabilir bir çözüm olarak, düğünde takılan takıların, düğün masraflarını karşılamak ve yeni kurulan aileye ekonomik destek sağlamak saikiyle verildiği kabul edilerek, özellikle de kime ait olduğu, daha doğrusu kime takıldığı belirlenemeyen takılar bakımından¹⁰⁸ paylı mülkiyet konusu olması gerektiği savunulmaktadır.¹⁰⁹ İlgili görüşün dayandığı TMK § 222/2 hükmünde, eşlerden kime ait olduğun belirlenemeyen malların onların paylı mülkiyetinde olacağı öngörülmüştür. Bu görüşün takibi, hem takıların paylaşımı konusunda daha öngörülebilir bir düzen sağlayacak hem de özellikle ispat yükü bakımından sıkça yaşanan sorunları en aza indirilerek¹¹⁰ olası uyuşmazlıkların çözümü hızlandıracak ve hukuki güvenliğin artmasına hizmet edecektir.

Takıların hukuki statüsüyle ilgili en temel öncelik, hangi görüş benimsenirse benimsensin, yasal bir düzenlemeye duyulan acil gereksinimdir. Türk Aile Hukuku gibi düğünlerin geleneksel olarak takı töreni barındırdığı bir sistemde, bu konunun yalnızca örf ve âdet hukuku ile içtihatlarla bırakılmış olması önemli bir kanuni eksiklik teşkil etmektedir. Türk Medeni Kanunu’nun, mehaz İsviçre Medeni Kanunu’ndan uyarlanırken bazı alanlarda kaynak metinden ayrıldığı ve ulusal ihtiyaçlara göre özgün düzenlemeler getirdiği görülmektedir. Örneğin, mal rejimleri konusunda Türk hukukuna özgü yeni bir sistem benimsenmiş¹¹¹ ve uygulamada çok sınırlı kullanım alanı bulmasına rağmen kanun koyucu özgün bir mal rejimi sistemi tanımlama şeklinde bir irade göstermeyi uygun bulmuştur. Ancak, hemen her evliliği yakından ilgilendiren takı ve ziynet eşyaları hususunda benzer bir düzenleme iradesinin gösterilmemiş olması dikkat çekicidir.

Bu nedenle, takıların hukuki statüsüne ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla, yasal bir düzenleme yapılmalı ve tarafların aksini kararlaştırabileceği, emredici nitelikte olmayan bir kanuni takı rejimi getirilmelidir. Böyle bir düzenleme hem uygulamada birlik sağlayacak hem de taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde öngörülebilirliği artırarak hukuk sistemine olan güveni pekiştirecektir.

Buradan tasarruf edilen gayret, maddi ve manevi tazminatın somut olay temelinde ayrı ayrı değerlendirilmesi şeklinde harcanabilir. Bazen sadece maddi ya da sadece manevi tazminata hükmedilebilmeli ve bu tazminatlar belirli standart değerler yerine nispi olarak, tarafların ekonomik durumlarına ve evliliği sona erdiren özel koşullara göre belirlenmelidir. Belirlenme ve hesaplanma usulleri birbirinden tamamen bağımsız olan bu iki tazminat türünün, uygulamada sıkça eşit bir miktara iki defa hükmedilmesi şeklinde ortaya çıkıyor olması, en basit tabiriyle mahkemelerin bu hususta kolayla kaçtığını göstermektedir. Bunun yerine, bazı davalarda maddi tazminatın tamamen reddedildiği ancak manevi tazminata hükmedildiği; hakeza bazı davalarda manevi tazminata gerek görülmezken maddi tazminat sağlandığı, iki tazminat türünün de verildiği hallerde de miktarın her somut olayda ne gerekiyorsa – ne eksik ne fazla – o kadar hesaplandığı bir metot daha hakkaniyetli görünmektedir.

Kıta Avrupası Hukuk sistemine dâhil Almanya gibi bazı ülkelerde süresiz yoksulluk nafakası imkânı olduğu doğrudur. Ancak, bu sistemlerin amacı süresiz nafakayı bir norm haline getirmek değil, yalnızca istisnai hallerde, örneğin çok uzun sürmüş bir evliliğin ardından taraflardan birinin boşanma esnasında ileri yaşta olması, sakatlık, düşkünlük veya çocukların bakım sorumluluğu gibi nedenlerle çalışmasının mümkün olmaması gibi hallerde ortaya çıkabilecek mağduriyetleri önlemektir. Bu ülkelerde, süresiz nafaka, hatta bizzat nafaka kurumunun kendisi bir kural olarak değil, somut olayın şartlarına göre ancak haklı ve zorunlu sebepler bulunduğu başvurulmuş bir istisna olarak düzenlenmiştir. Oysa TMK’da yapılan düzenleme, önceki sistemdeki bir yıllık üst sınırın yol açtığı mağduriyet hallerini düzeltmek isterken, süresiz nafakanın süreklilik arz eden bir kural haline dönüşmesine yol açmıştır. Gelineen noktada, kanun koyucu ifrat ile tefrit arasında gidip gelmiş; önceki

¹⁰⁸ Özellikle ortak sandığa atılmış veya isimsiz zarfla verilmiş düğün hediyeleri gibi.

¹⁰⁹ Kulaklı, “Ziynet Eşyasına İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi,” 269ff.

¹¹⁰ Ayrıca bkz. Yar. HGK, E. 2017/1038, K. 2021/458, 13.8.2021 (özellikle karşı oy). Karşı oydan küçük bir kısım şu şekildedir: “(...) tanığın, ‘adetlere göre, düğünde kıza takılan takıların kıza, erkeğe takılan takıların erkeğe ait olduğu’ beyanı karşısında, yöresel örf ve adet gereği düğünde davalı erkeğe takılan altınların davalıya ait olduğu kanıtlanmış olduğundan, mahkemenin direnme kararının yerinde olduğu, kararın onanması gerektiği görüşünde olduğumuzdan, sayın çoğunluğun aksi yöndeki bozma kararına katılmamıştır.”

¹¹¹ Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi için bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku*, 276ff.; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku (İkinci Cilt)*, 18ff.

sistemdeki kısa süreli nafaka uygulaması nasıl ki hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açmakla eleştirilmişse, şu anki süresiz nafaka sistemi de boşanma sonrası ekonomik bağımsızlığını kazanmak isteyen taraflar açısından uzun süreli mağduriyetlere neden olmasıyla haklı eleştirilere hedef olmuştur.¹¹²

Türk hukukunda boşanmanın mali sonuçları, özellikle yoksulluk nafakası ve tazminat hükümleri bakımından, uluslararası eğilimlerden önemli ölçüde farklılaşmaktadır. İngiltere’deki *clean break* ilkesi, Almanya’daki *Eigenverantwortung* anlayışı ve İsviçre’nin 2000 yılındaki reform süreci sonrası benimsediği yaklaşım, boşanma sonrası tarafların mali bağımsızlığını teşvik eden, hatta emreden yaklaşımlardır. Bu sistemlerde nafaka, geçici bir destek mekanizması olarak görülmekte ve süresiz yükümlülüklerden kaçınılması amaçlanmaktadır. Oysa Türkiye’de süresiz nafaka uygulaması, boşanma sonrası mali bağımlılığı kalıcı hale getirebilmekte ve taraflar arasında uzun yıllar süren uyuşmazlıklara neden olabilmektedir.

Dikkat çeken bir diğer nokta, Türk Aile Hukuku’nun temel olarak takip ettiği hukuk sistemi olan İsviçre Hukuku’nu, nafaka bakımından bir türlü takip etmemesidir. Eski Medeni Kanun zamanında eleştirilerin odağında olan süresiz nafaka imkânı bulunmaması hususu, tam da İsviçre Medeni Kanunu’nun reformuyla neredeyse eş zamanlı olarak Türk Aile Hukuku’na girmiş ve kural haline getirilmiştir. Gerek 2001 öncesi dönemde gerekse 2001 sonrası düzenlemelerde, Türk kanun koyucusunun nafaka hükümleri bakımından mehz kanunun sistematikliği ve temel felsefesini yeterince içselleştiremediği görülmektedir. Bu durum, özellikle son çeyrek asırda boşanma davalarında hakkaniyet ilkesine aykırı düşen çok sayıda uygulamanın ortaya çıkmasına neden olmuştur.¹¹³

Bu bağlamda, kaynak kanundan belirli yönlerden sapılması, kimi durumlarda yasa koyucunun bilinçli bir tercihi yansıtabilir. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere, düğün takılarının paylaşımı konusunda önerilen farklılık, istisnai bir yaklaşımı ve kanunların toplumun yerleşik örf ve adetleri ile sosyo-kültürel gerçekliklerine uyarlanması gereğini yansıtmaktadır. Ancak yoksulluk nafakasına ilişkin Türk Medeni Kanunu’nun 175. maddesi, bu maddeye ilişkin gerekçeler¹¹⁴ ve Yargıtay içtihatları birlikte değerlendirildiğinde, burada öngörülen ayrımın ne hukuki ne de toplumsal olarak temellendirilebildiği; aksine, gerekçeden ve sistematik ya da sosyolojik bir dayanak çerçevesinden yoksun bir tercihe dayandığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, Türk aile yapısının kendine özgü sosyo-kültürel dinamikleri göz önüne alınarak, söz konusu düzenlemelerin yeniden değerlendirilmesi ve güncellenmesi, kaçınılmaz ve ivedi bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır

Bu çerçevede, Türk hukukunda yapılacak bir reformun temel ilkesi, nafakanın makul ve hakkaniyet ilkesine¹¹⁵ uygun bir süreyle sınırlandırılması olmalıdır.¹¹⁶ İsviçre’nin, Almanya’nın ve İngiltere’nin benimsediği gibi, belirli ve oldukça istisnai durumlar haricinde süresiz nafakanın kaldırılması ve bunun yerine süreli bir sistemin kural olarak getirilmesi, tarafların bağımsız bir yaşam kurmalarını kolaylaştıracaktır. Ayrıca, Almanya’daki *Eigenverantwortung* ilkesi doğrultusunda, nafaka süresinin belirlenmesinde tarafların kendi geçimlerini sağlama kapasiteleri, iş gücü piyasasına yeniden dâhil olma imkânları ve evlilik süresinin uzunluğu gibi faktörler dikkate alınmalıdır.

¹¹² İlgili eleştirilere cevaben yazılmış bir karşıt görüş için bkz. Demir, “Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar,” 240ff.

¹¹³ Benzer bir eleştiri için bkz. Şahin, “Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK M. 175 – ZGB M. 125),” 103ff.

¹¹⁴ TMK m. 175 gerekçesi incelendiğinde, yoksulluk nafakasında getirilen sistematik değişikliğe dair hiçbir açıklama bulunmadığı görülmektedir.

¹¹⁵ Boşanmada hakkaniyet ilkesi açısından bkz. Yar. 2. HD. E. 2015/989 K. 2015/1441, 11.2.2015 (lexpera.com.tr).

¹¹⁶ Benzer görüşler için bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku*, 165; Yağcı, “Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Sorunu,” 346ff.; Oktay Özdemir, “Türk Hukuku’nda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı,” 42ff.

Benzer şekilde, İngiltere'deki *clean break* anlayışından esinlenerek, boşanma sonrası taraflar arasındaki mali ilişkileri mümkün olan en kısa sürede sona erdirecek düzenlemeler benimsenmelidir.¹¹⁷ Ayrıca, Türk hukukunda tazminat hükümlerinin somut olayın özelliklerine göre daha esnek ve orantılı hale getirilmesi, mahkemelerin tazminata hükmetme biçiminde standartlaşmış kalıplar yerine, adil ve hakkaniyete uygun bir değerlendirme yapmalarına imkân tanıyacaktır.

Kısa süreli, örneğin üç yılı aşmayan evlilikler bakımından nafaka imkânının daha da kısıtlanması gerekmektedir. Zira böylesine kısa birlikteliklerde tarafların birbirlerine mali bir yükümlülük doğurmuş sayılması, evlilik ilişkisinin doğasına aykırı görünmektedir. Dolayısıyla, örneğin bir tarafın eğitime ara vererek evlendiği ve boşanma sonrasında eğitime devam etme imkânı bulunmaması gibi istisnai durumlar saklı kalmak kaydıyla, belirli bir süreyi aşmayan evlilikler bakımından nafaka hakkının tamamen ortadan kaldırılması isabetli olacaktır. Orta süreli olarak kabul edilebilecek, örneğin 5 ila 15 yıl aralığındaki evliliklerde ise nafaka süresinin makul bir çerçevede belirlenmesi, taraflar arasındaki mali ilişkinin ölçülü ve adil bir şekilde sona erdirilmesini sağlayacaktır. Bu doğrultuda, nafaka süresinin 3 yıl civarında bir süreyle sınırlandırılması, hem eşlerin ekonomik bağımsızlıklarını kazanmalarına imkân tanıyacak hem de süresiz nafakanın doğurduğu yapısal sorunların önüne geçecektir. Evlilik süresine göre nafaka süresinin de arttığı¹¹⁸ basamaklı bir sistematığın getirilmesi de uygun olabilecektir.

Yoksulluk nafakasının amacı, boşanma sonrasında ekonomik olarak kendi geçimini sağlayamayan ve sosyal ile ekonomik yaşama uyum sağlamakta güçlük çeken eşin, bu uyumu gerçekleştirebilecek duruma gelene kadar mali olarak desteklenmesidir. Bu tür bir destek, yalnızca gereklilik arz ettiği süreyle sınırlı tutulmalı; taraflar arasında süresiz bir yükümlülüğe dönüşmemelidir. Nafaka yükümlülüğünün sona erdiği, ancak eşlerden birinin hâlen maddi desteğe ihtiyaç duyduğu durumlarda ise, bu sorumluluğun bireyler arasında değil, sosyal devlet ilkesi çerçevesinde kamusal mekanizmalarca üstlenilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, ilgili kişilerin işgücü piyasasına yeniden kazandırılması için istihdam olanakları oluşturulmalı ve geçici ihtiyaçlar, sosyal yardım programları aracılığıyla karşılanmalıdır.¹¹⁹

Bununla birlikte, uzun süreli evliliklerde, taraflardan birinin yaşlılık, hastalık veya iş hayatına dönmeyi imkânsız hale getiren diğer olağanüstü koşullar içinde bulunması halinde, süresiz nafaka imkânı tamamen ortadan kaldırılmamalı, ancak referans gösterilen ülkelere paralel olarak kanunla çerçevesi net bir şekilde çizilmiş istisnai durumlarla sınırlandırılmalıdır.¹²⁰ Zira süresiz nafakanın kural haline getirilmesi nasıl sakıncalıysa, bu olanağın mutlak olarak ortadan kaldırılması da istisnai durumlarda eşlerin mali güvencesi açısından aynı oranda sakıncalı olacaktır.

Sonuç olarak, Türk hukukunda nafaka ve tazminat düzenlemeleri, uluslararası eğilimler ve daha da önemlisi hakkaniyet ilkesi doğrultusunda güncellenmeli ve ekonomik bağımsızlığı teşvik eden bir yapıya kavuşturulmalıdır.¹²¹ Süresiz nafaka yerine süreli ve nispi nafaka anlayışının benimsenmesi hem hukuki güvenliği artıracak hem de boşanma sonrası tarafların hayatlarını bağımsız şekilde yeniden kurmalarını destekleyecektir.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, mevcut nafaka rejimi başta olmak üzere, boşanma hukukuna ilişkin hükümleri kapsayan bütüncül bir yasal güncellemeye duyulan ihtiyaç açıkça ortadadır. Boşanma süreci, taraflar arasında maddi bir rövanş mücadelesine dönüşmekten çıkarılmalı; bunun yerine, boşanan bireylerin ve varsa çocuklarının sosyal ve ekonomik yönden desteklenerek topluma yeniden kazandırılmasını amaçlayan bir yapıya kavuşturulmalıdır. Bu yaklaşım, önümüzdeki dönemde yasa koyucunun öncelikli hedeflerinden biri olmalıdır.

¹¹⁷ Benzer görüşler için bkz. Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, (On İki Levha Yayıncılık, 2021); Baş ve Özcan, “Yoksulluk Nafakasındaki Süre Sorununun Anayasal ve Medeni Hukuk Boyutuyla Tartışılması ve Bir Öneri Olarak Boşanma Tazminatı,” 369ff.

¹¹⁸ Örneğin 3 ila 5 yıl arasında sürmüş evlilikler için fazla bir yıl, 5 ila 10 yıl arasında sürmüş evlilikler için en fazla 3 yıl, 10 ila 20 yıl arasında sürmüş evlilikler için en fazla 5 yıl nafaka ödenebilir gibi.

¹¹⁹ Benzer bir görüş için bkz. Gençcan, *Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku*, 1152. Karşıt görüş için bkz. Demir, “Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar,” 244ff.

¹²⁰ Ayrıca bkz. Yağcı, “Yoksulluk Nafakasındaki “Süresizlik” Sorunu,” 347ff.

¹²¹ Benzer bir görüş için bkz. Oktay Özdemir, “Türk Hukuku’nda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı,” 42ff.

SONUÇ

Son yıllarda Türkiye’de evlenme oranlarında azalma, buna karşılık boşanma oranlarında artış gözlemlenmektedir. Bu demografik eğilim, ekonomik belirsizlikler, toplumsal dönüşüm süreçleri ve bireysel yaşam tercihlerindeki değişim gibi çok boyutlu faktörlerle açıklanabilir. Özellikle boşanmanın uzun vadeli mali sonuçları da, bireylerin evlilik kurumuna yaklaşımında belirleyici bir unsur hâline gelmekte; bu durum, evlenme kararını geciktiren ya da evlilikten kaçınan tutumları besleyen bir baskı unsuru olarak ortaya çıkmaktadır.

Türk Medeni Kanunu kapsamında boşanmanın mali sonuçları temel olarak tazminat ve nafakadan ibarettir. Ancak bu makale kapsamında, ziynet eşyalarının paylaşımı da ağırlıklı olarak boşanma sırasında ortaya çıkan ve mali nitelik taşıyan bir uyuşmazlık türü olduğundan, geniş anlamda bu sonuçlar arasında değerlendirilmiştir. Türk hukukunda düğün takılarının tasnifi ve paylaşımına ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, büyük ölçüde Türk Medeni Kanunu’nun mehazı olan İsviçre hukukunda ziynet eşyalarına özgü yerleşik bir normatif çerçevenin bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Ne var ki, Türk toplumunda düğün merasimlerinin geleneksel olarak ziynet takılarının takdim edildiği sosyal toplantılar şeklinde icra edilmesi ve bu takıların evlilik birliğinin ekonomik temelini oluşturan unsurlar arasında yer alması, söz konusu hukuki boşluğu daha görünür kılmaktadır. Bu bağlamda, uygulamada yaşanan belirsizliklerin ve içtihat farklılıklarının giderilmesi amacıyla, ziynet eşyalarına ilişkin özel bir düzenlemenin yürürlüğe konulması, gerek aile hukuku uygulamasının yeknesaklığı gerekse mal rejiminin bütünlüğü açısından ivedi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır.

Ziynet eşyalarının kişisel mal niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesine ilişkin açık bir yasal çerçevenin oluşturulması gerekmektedir. Bu çerçevede, kime takıldığı açıkça belirlenebilen ve tipik olarak kişisel mal niteliği taşıyan ziynet eşyalarının, mal rejimleri bakımından kişisel mal olarak değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Buna karşılık, kime bağışlandığı kesin biçimde tespit edilemeyen veya her iki eşe yönelik ortak nitelikte sunulan diğer hediyelerin ise, eşlere birlikte bağışlanmış sayılması ve paylı mülkiyet rejimi kapsamında ele alınması, hem kanun sistematigi hem de hakkaniyet ilkesi açısından uygun bir çözüm teşkil etmektedir.

Boşanmanın asıl mali sonuçlarından biri olan maddi ve manevi tazminat, mevcut yargı içtihatlarında standart bir katalog anlayışı çerçevesinde hükmedilen bir talep türü hâline gelmiştir. Ancak tazminata hükmedilmesi, her somut olayın kendine özgü koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Özellikle manevi tazminatın, mehaz İsviçre hukuku da dâhil olmak üzere birçok yabancı hukuk sisteminde yürürlükten kaldırıldığı veya oldukça sınırlı uygulandığı dikkate alındığında, Türk hukukundaki mevcut uygulamanın daha objektif ölçütler çerçevesinde gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Yoksulluk nafakası konusunda Türk hukukunda süresiz yoksulluk nafakası esası benimsenmiş olup, bu durum İngiltere başta olmak üzere birçok ülkede kabul edilen *clean break* ilkesiyle ve Alman hukukunda öngörülen *Eigenverantwortung* ilkesiyle çelişmektedir. Boşanma sonrası mali yükümlülüğün sınırlandırılması, evlilik süresi, eşlerin boşanma sonrası durumları ve mali güçleri gibi unsurlar dikkate alınarak yeniden düzenlenmelidir. Bu çerçevede, belirli bir evlilik süresine kadar (örneğin üç yıl ve altı) nafakanın kural olarak ödenmemesi, orta süreli evliliklerde (örneğin 5-15 yıl arası) nafakanın üç yıl civarında bir süreyle sınırlandırılması, uzun süreli evliliklerde ise makul bir azami süre belirlenmesi yönünde aşamalı bir sistem benimsenmelidir. Süresiz nafaka, kanunda açıkça öngörülmüş kısıtlı haller dışında uygulanmamalıdır. Böylelikle süresiz nafakanın norm hâline gelmesinin önüne geçilirken, aynı zamanda istisnai hâller için koruma sağlanabilmesi de mümkün olacaktır.

Sürelî nafakanın sona erdiği, ancak hâlâ yardıma ihtiyaç duyulan hallerde ise sosyal devlet ilkeleri devreye girmeli ve ilgili kişilerin gerek iş bularak sosyoekonomik hayata yeniden katılmaları desteklenmeli, gerekse ihtiyaçların çeşitli sosyal yardımlarla karşılanması sağlanmalıdır.

Türk hukukunda boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin mevcut düzenlemeler, bu çalışmada karşılaştırmalı olarak incelenen hukuk sistemlerindeki gelişmeler ışığında yeniden gözden geçirilmeli ve güncellenmelidir. Özellikle ziynet eşyalarının paylaşımına ilişkin açık bir yasal çerçevenin

oluşturulması, maddi ve manevi tazminatın somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesine imkân tanıyacak ölçütlerin belirlenmesi ve yoksulluk nafakasının süresinin belirli objektif kıstaslara dayalı olarak sınırlandırılması gerekmektedir. Bu adımlar, hem bireylerin ekonomik bağımsızlığının güçlendirilmesi hem de aile hukukunda hukuki güvenliğin, öngörülebilirliğin ve hakkaniyetin sağlanması açısından önemli reform niteliği taşıyacaktır.

Boşanma süreci, taraflar arasında hesaplaşma odaklı bir maddi çekişmeye indirgenmekten ziyade, boşanan bireylerin ve onlara bağımlı çocukların sosyal ve ekonomik açıdan ivedi biçimde topluma kazandırılmasını amaçlayan bütüncül bir sürece dönüştürülmelidir. Bu dönüşüm, önümüzdeki dönemde kanun koyucunun temel politika hedeflerinden biri olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku (İkinci Cilt)*, Beta Yayınları, 2022.
- Ayar, Ahmet. “Evliliğin Sona Ermesi,” iç. *Aile Hukuku*, editör Şebnem Akipek Öcal ve Hayrunnisa Özdemir, Seçkin Yayınları, 2024.
- Baş, Seda ve Nisa Özcan. “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununun Anayasal ve Medeni Hukuk Boyutuyla Tartışılması ve Bir Öneri Olarak Boşanma Tazminatı,” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 no.1, (2022): 328-83.
- Bulut, Hüseyin. “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununa İlişkin Değerlendirmeler ve Çözüm Önerileri,” *Adalet Dergisi*, 72 no.1, (2024): 593-617.
- Demir, Remzi. “Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.147, (2020): 221-249.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku Cilt I – Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri*, Filiz Kitabevi, 2021.
- Dural, Mustafa, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2024.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2013.
- Grüneberg, Christian. *Kommentar zum BGB mit Nebengesetzen*, 2023 (Grüneberg/Yazar şeklinde kısaltmıştır).
- Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Jacoby, Florian ve Michael von Hinden. *Studienkommentar BGB*, C.H. Beck Verlag, 2015.
- Kocabaş, Gediz. “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19 no.1, (2013): 357-91.
- Kulaklı, Emrah. “Ziyet Eşyasına İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25 no.1, (2019): 262-76.
- McAlinn, Gerald Paul, Dan Rosen ve Jon P. Stern. *An Introduction to American Law*, Carolina Academic Press, 2005.
- Miles, Joanna ve Emma Hitchings, “Financial Remedy Outcomes on Divorce in England & Wales: Not a Meal Ticket for Life,” *Australian Journal of Family Law*, 31 no.2, (2018): 43-80.
- Mostyn, Sir Nicholas. “Spousal Maintenance: Where Did It Come From, Where Is It Now, and Where Is It Going?,” iç. *Family Matters: Essays in Honour of John Eekelaar*, editor Jens Scherpe ve Stephen Gilmore, Intersentia, 2022, 517-534.
- Oktay Özdemir, Saibe. “Türk Hukuku’nda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı,” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 35 no.1, (2015): 29-46.
- Schwenzer, Ingeborg ve Roland Fankhauser. *FamKommentar Scheidung Band I: ZGB*, Schulthess Juristische Medien, 2017.
- Şahin, Mustafa. “Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK M. 175 – ZGB M. 125),” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 no.3 (2017): 75-108.
- Tekinay, S. Sulhi. *Türk Aile Hukuku*, Filiz Yayınevi, 1990.
- Uzun Kazmacı, Özge. “Nafaka,” iç. *Aile Hukuku*, editör Şebnem Akipek Öcal ve Hayrunnisa Özdemir, Seçkin Yayınları, 2024.
- Yağcı, Kürşad. “Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Sorunu,” *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76, no.1, (2018): 323-58.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, 2011.

Dijital Kaynaklar (Erişim Tarihi: 10.09.2025):

- <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2024-54194#:~:text=Bin%20n%C3%BCfus%20ba%C5%9F%C4%B1na%20d%C3%BC%C5%9Fen%20evlenme,binde%206%2C65%20olarak%20ger%C3%A7ekle%C5%9Fti.&text=Bo%C5%9Fanan%20%C3%A7iftlerin%20say%C4%B1s%C4%B1%202023%20y%C4%B1l%C4%B1nda,binde%202%2C19%20olarak%20ger%C3%A7ekle%C5%9Fti> (TÜİK Boşanma-Evlilik-Velayet İstatistik Sayfası).
- <https://www.aile.gov.tr/haberler/bakanimiz-goktas-ailenin-korunmasi-ve-guclenmesi-vizyon-belgesi-ve-eylem-planini-15-mayista-aciklayacagiz/> (Ailenin korunması amaçlı reform paketi açıklaması).
- <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (Alman Medeni Kanunu tam metin).
- <https://lawnotes.co/stridhan/> (Hindistan Aile Hukuku’nda Stridhan Kavramıyla Alakalı Bilgilendirme Sayfası).
- https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de (İsviçre Medeni Kanunu tam metin).



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2025

Cilt / Volume: 7

Sayı / No: 2

Eserin Türü / Manuscript Type

Araştırma Makalesi/Research Article

DOI:

10.47136/asbuhfd.1669581



TÜRKİYE'DE GÖLGE KABİNE UYGULAMASI ÖNÜNDEKİ ZORLUKLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Difficulties And Solution Suggestions in the Application of Shadow Cabinet in Turkey

Kazım Başaran

Öz

Gölge kabine uygulaması İngiltere'de parlamenter hükümet sistemi içinde fiili olarak ortaya çıkarak benimsenmiş ve sonrasında düzenlemeye tabi tutulmuş bir kurumdur. İngiltere'de ortaya çıkan bu uygulama İngiliz Milletler Topluluğu üyesi Avustralya, Yeni Zelanda ve Kanada gibi ülkelerde de uygulanmaktadır. Gölge kabine, hükümetin politika ve uygulamalarını eleştirme, onlara alternatif politikalar üretmek halkı ikna etme ve alternatif kabineyi göreve hazırlama işlevine sahiptir. Kuvvetler ayrılığının tüm hükümet sistemlerinde öneminin azaldığı ve yürütmenin ön plana çıktığı düşünüldüğünde gölge kabinenin hükümetin denetimi konusunda rolü önemli hale gelmiştir. Türkiye'de 2017 anayasa değişiklikleri ile cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ortaya çıkmıştır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, Türkiye'ye özgü bir başkanlık sistemi olarak ifade edilmekte olup cumhurbaşkanının partisi ile ilişkisinin sürmesi ve parti disiplini gibi nedenlerle yasama üzerindeki etkisinin devam etmesi sebebiyle sert kuvvetler ayrılığından uzaklaşmaktadır. Bununla birlikte cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, parlamenter sistemdeki denetim mekanizmalarının birçoğuna sahip değildir. Dolayısıyla hükümetin denetlenmesinde muhalefete önemli görev düşmektedir. Bu doğrultuda 11 Kasım 2023 tarihinde ana muhalefet partisi gölge kabinesini ilan etmiştir. Bu noktada Türkiye'de gölge kabine uygulamasının gerekleri ve uygulamadaki zorlukların ortaya koyularak siyasal sistem tarafından benimsenip benimsenemeyeceğinin tartışılması önemli hale gelmektedir. Çalışma, gölge kabine uygulamasının kurumsal ve kavramsal özelliklerini tespit ederek, Türkiye'de uygulanabilirliğini tartışıp, bu konuda öneriler getirmeyi amaçlamaktadır. Bu doğrultu ilk bölümde gölge kabine uygulamasının özellikleri ve işlevi ele alınmış ardından uygulamadaki örnekler incelenmiştir. İkinci bölümde ise Türkiye'deki cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde gölge kabine uygulamasının gerekleri ve zorlukları ortaya konulmuştur. Son olarak cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin gölge kabinene uygulaması bakımından dezavantajlı bir yapıya sahip olmasına rağmen sisteme uygun düşüğü ölçüde hukuki ve mali düzenlemeler yapılarak gölge kabine uygulamasının benimsenmesinin faydalı olacağı vurgulanmıştır.

Abstract

The shadow cabinet practice is an institution that emerged and was adopted in the parliamentary government system in England and then it was regulated. This practice, which emerged in England, is also adopted by the British Commonwealth countries such as Australia, New Zealand and Canada. The shadow cabinet has the function of criticizing the government's policies and practices, is aiming to convince the public by producing alternative policies for them and is preparing the alternative cabinet for duty. Considering that the importance of the separation of powers has decreased in all government systems and the executive has come to the fore, the shadow cabinet's substantial role in overseeing the government has become more important. With the 2017 constitutional amendments in Turkey, the presidential government system was included in the political system. The presidential government system is described as a presidential system specific to Turkey and moves away from the strict separation of powers due to the president's continuing relationship with his party and his continuing influence on the legislature due to reasons such as party discipline. However, the presidential government system does not have many of the oversight mechanisms in the parliamentary system. Therefore, the opposition has an important role in overseeing the government. For this reason, the main opposition party announced its shadow cabinet on November 11, 2023. At this point, it becomes important to discuss whether the shadow cabinet application in Turkey can be adopted by the political system by revealing the requirements and difficulties in its application. The study aims to determine the institutional and conceptual features of the shadow cabinet application, discuss its applicability in Turkey and make suggestions on this issue. In this direction, the features and functions of the shadow cabinet application are discussed in the first section, and then examples in practice are examined. In the second section, the requirements and difficulties of the shadow cabinet application in the presidential government system in Turkey are revealed. Finally, it is emphasized that although the presidential government system has a disadvantageous structure in terms of shadow cabinet application, it would be beneficial to adopt the shadow cabinet application by making legal and financial arrangements to the extent that it is suitable for the system.

Makale Gönderim Tarihi / Received: 03.04.2025

Makale Kabul Tarihi / Accepted: 01.12.2025

Hakem Değerlendirmesi / Peer Review: Çift kör hakem. Double peer-reviewed.

Anahtar Kelimeler / Keywords: Gölge Kabine, Gölge Bakan, Hükümet, Muhalefet, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi./ Shadow Cabinet, Shadow Minister, Government, Opposition, Presidential Government System.

Atıf / Citation: Başaran, Kazım. "Türkiye'de Gölge Kabine Uygulaması Önündeki Zorluklar ve Çözüm Önerileri" ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 7, no. 2 (2025) 143-162

Yazar Bilgileri / Authors Information: Öğr. Gör. Dr., Hitit Üniversitesi, Osmancık Ömer Derindere MYO, Mimarlık ve Şehir Planlama Bölümü, kazimbasaran@hitit.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1075-1089.

Teşekkür / Acknowledgments: Bulunmamaktadır.

Finansal Destek / Financial Support: Finansal destek alınmamıştır.

Çıkar Çatışması / Conflict of Interest: Çıkar çatışması bulunmamaktadır

Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval: Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence: Yapay zeka araçlarından yararlanılmamıştır.

Extended Summary

The shadow cabinet practice is an institution that emerged in England for the parliamentary government system and has been adopted and regulated. This practice, which emerged in England, is also applied in countries such as Australia, New Zealand and Canada, which are members of the British Commonwealth of Nations. The shadow cabinet has the function of criticizing the government's policies and practices, convincing the public by producing alternative policies to them and preparing the alternative cabinet for duty.

In all government systems based on separation of powers, the executive branch is seen to come to the fore. When the influence and power of the executive branch on the legislature is considered, the control of the government becomes difficult. At this point, the shadow cabinet plays an important role in the control of the government.

The presidential government system is expressed as a presidential system specific to Turkey. Although it exhibits the characteristics of a presidential system, it moves away from the hard separation of powers due to the president's continuing relationship with his party and his continuing influence on the legislature due to reasons such as party discipline. Although it moves away from the hard separation of powers, a significant part of the control mechanisms in the parliamentary system based on the soft separation of powers are not present in the presidential government system. The president, who is the sole authority and responsible person of the executive, continues to have direct and indirect influence on the legislature, making it difficult to control the executive. Therefore, the opposition has an important role in controlling the government. For this reason, the main opposition party announced its shadow cabinet in order to provide an alternative to the government and to control it.

It is important to discuss whether the shadow cabinet application in Turkey can be adopted by the political system by revealing the requirements and difficulties in its application. The study aims to determine the institutional and conceptual characteristics of the shadow cabinet application, discuss its applicability in Turkey and make suggestions on this issue. In this direction, the characteristics and functions of the shadow cabinet application are discussed in the first section, and then examples in practice are examined. It has been determined that the shadow cabinet has the following duties: organizing the opposition, criticizing the government's policies and practices, creating an alternative to the government and convincing the public of this, educating future government members, creating a broad-based opposition by developing cooperation with various segments and guiding the government.

When examples of shadow cabinet applications are examined, it can be stated that this application emerged as an informal institution, was adopted and then institutionalized by making some legal arrangements. This application, which emerged in England, has also been adopted in countries such as Australia, New Zealand and Canada, where the British Westminster model parliamentary system is applied. Therefore, the shadow cabinet application has developed and become institutionalized within the parliamentary system. In the countries examined, the government, which is responsible to the legislature, is under the supervision and control of the parliament, participates in legislative work, and enables it to confront the shadow cabinet through methods such as questions and discussions. In the second part of the study, the requirements and difficulties of shadow cabinet application in the presidential government system in Turkey are revealed. Shadow cabinet application offers important opportunities in terms of closing the balance and control gaps in the presidential government system, enabling the opposition to produce concrete policies and constructive policies by organizing a broad-based opposition, training potential ministers who are experts in their fields of duty, and preparing the opposition for power.

There are some difficulties in implementing the shadow cabinet in Turkey. First of all, the only responsible and authorized person for the executive branch in Turkey is the president, and no council of ministers or cabinet has been legally organized. It is seen that the council of ministers only meets in practice. Ministers do not have collective or individual responsibility to the parliament. In the presidential government system, the ministers' connection with the legislative body is cut off. If shadow ministers are appointed from outside the parliament, their opportunity to directly participate in policy-making and research processes will decrease. In addition, it has been determined that the oral question mechanism removed with the 2017 constitutional amendments and the fact that questions cannot be

asked to the president, who is directly responsible for the executive branch, even in writing, weaken the policy area of the shadow cabinet.

In conclusion, although the shadow cabinet practice in Turkey faces some difficulties, it would be beneficial to adopt the shadow cabinet practice by making legal and financial arrangements to the extent that it is compatible with the presidential government system.

GİRİŞ

Demokratik yönetim sistemlerini benimseyen devletler yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin arasındaki ilişkiye göre şekillenen, kuvvetler ayrılığına dayalı hükümet sistemleri ile yönetilmektedir. Bu sistemlerde kural olarak yargı organı bağımsız olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla hükümet sistemi, yasama ve yürütme organı arasındaki ilişkiye göre şekillenmektedir.¹ Yasama organı kural koyma işlevini yerine getirirken yürütme organı koyulan kurallar doğrultusunda siyasal kararlar almakta ve uygulamaktadır. Yürütme organı tarafından alınan siyasi kararların ya da yapılan idari işlemlerin denetlenmesi gerekmektedir. Gölge kabine mekanizması yürütmenin izlemiş olduğu politikalar ve almış olduğu kararların denetimi noktasında önemli role sahiptir.

Demokratik siyasal sistemlerde siyasal iktidar, halk egemenliğine dayanmaktadır. Yasama organı halk tarafından seçilen temsilcilerden meydana gelmektedir. Yürütme organı ise hükümet sisteminin niteliğine göre doğrudan halk tarafından seçilmekte ya da halkın seçmiş olduğu meclis içinden oluşmaktadır. Gölge kabine uygulaması, halk egemenliğine dayanarak yönetime gelmiş iktidarın denetimini sağlamak ve ona alternatif oluşturmaktadır.

İngiltere’de parlamenter hükümet sisteminde ortaya çıkan gölge kabine mekanizmasının başka ülkelerde de benimsendiği görülmektedir. Gölge kabine uygulaması hukuki olarak düzenlenmiş bir kurum olmaktan ziyade fiili olarak ortaya çıkıp benimsenmiş bir uygulamadır. Türkiye’de de gölge kabine uygulamasına geçilmesine yönelik talepler zaman zaman gündeme gelmiştir. 2023 yılında yapılan genel seçimler sonrasında ana muhalefet partisinin gölge kabinesini açıklamasıyla fiili olarak gölge kabine uygulamasına geçilmiştir.

Gölge kabine uygulaması hakkında Turner², Punnett³ ve Johnson⁴’ın yapmış olduğu çalışmalar temel oluşturmaktadır. Siyasi iktidarın denetlenmesi ve ona alternatif bir yönetim sunulması noktasında işleve sahip gölge kabine mekanizmasının, Türkiye’deki cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile birlikte uygulanmasının değerlendirilmesi önemlidir. Bu doğrultuda Türkiye’de gölge kabine uygulamasının gerekleri ve bu mekanizmanın uygulanmasında çıkabilecek olası zorlukların tespit edilmesi gerekmektedir. Çalışma, Türkiye’deki gölge kabine uygulamasının gereklerini ve zorluklarını irdeleyerek uygulamanın daha işlevsel hale getirilmesi için öneriler sunmayı amaçlamaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde gölge kabine mekanizması kuramsal olarak ilgili alanyazını doğrultusunda açıklanıp uygulamadaki örnekler incelenecektir. İkinci bölümde ise Türkiye’deki cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi doğrultusunda gölge kabine mekanizmasının gerekleri ve zorlukları tartışılıp öneriler sunulacaktır.

I. GÖLGE KABİNE

Tarihsel süreç içinde yürütme, yasamaya göre daha fazla güç kazanmıştır. Özellikle parti yöneticilerinin yürütmeye yer alıp yasama üzerindeki etkisinin devam etmesi, parti disiplini, yasama organının yaptığı kanunlara büyük oranda yürütmenin kaynaklık etmesi gibi sebepler yürütmenin güç kazanmasını sağlamıştır.⁵ Bunun yanında yürütmenin sahip olduğu yetki ve güç itibarıyla bilgi ve

¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2012), 349-350.

² Duncan Robert Turner, *The Shadow Cabinet in British Politics* (Routledge and Kegan Paul, 1969).

³ Robert Malcolm Punnett, *Frontbench Opposition: the Role of the Leader of the Opposition, the Shadow Cabinet and Shadow Government in British Politics* (Heinemann, 1973).

⁴ Nevil Johnson, "Opposition in the British Political System," *Government and Opposition* 32, no.4 (1997).

⁵ Michale G. Roskin, *Çağdaş Devlet Sistemleri: Siyaset Coğrafya, Kültür*, çev. Atilla Yayla ve Bahattin Seçilmişoğlu (Adres Yayınları, 2021), 8.

belgeye ulaşım noktasındaki avantajı, devlet sırrı zırhını kullanabilmesi yürütmeye güç kazandıran unsurlardandır.⁶ Kuvvetler ayrılığının fiili anlamda uygulanmadan uzaklaşması hükümet sistemlerinin tamamında gözlenen bir olgudur.⁷ Başka bir ifadeyle kuvvetler ayrılığına dayanan parlamenter, başkanlık ya da yarı başkanlık hükümet sistemlerinin hepsinde de yürütme zamanla güçlenmiş, yasamanın yürütmeyi denetleme imkânı zayıflamıştır. Bu noktada siyasal iktidar üzerindeki muhalefet denetimi daha önemli hale gelmiştir.

Muhalefet, seçilmiş iktidarı denetleme görevinin yanında politika üretim sürecine de katılması gerekir. İktidarın izlemiş olduğu politikaları ve almış olduğu kararları eleştirirken kendi alternatif politikalarını geliştirerek bunları toplumla paylaşmak zorundadır.⁸ Halk egemenliğine dayalı demokratik temsilde toplumun siyasal iktidar değişikliği için ikna edilmesi gerekir. Siyasi partiler arası katı rekabet ya da aşırı uzlaşmacı tavır, seçmenin ikna edilebilmesi konusunda yeterince işlevsel değildir. Seçmenler, siyasal iktidar değişikliği için muhalefetten ciddi politikalar üreterek güçlü bir alternatif olmasını beklemektedir.⁹

Gölge kabine uygulaması muhalefetin hem hükümeti denetlemesi hem de politika geliştirerek ona alternatif oluşturma amacıyla ortaya çıkmış bir kurumdur. İngiliz parlamenter sisteminde ortaya çıkan gölge kabine, mevcut hükümetteki bakanlara karşılık gelecek sayıda gölge bakandan oluşmaktadır.¹⁰ Gölge kabinedeki politika üretim süreci geleceğin potansiyel bakanları ve hükümetinin eğitimini sağlamaktadır. Bu sayede olası bir iktidar değişikliğinde göreve yeni gelen hükümet görevi tanıyıp, durum tespiti yaparak göreve daha kolay alışmakta ve yönetim sürecine uyum sağlamaktadır.

Gölge kabine, İngiltere’de gayriresmî bir süreç sonucunda oluşarak benimsenmiştir. İngiltere’de örtülü bir muhalefetin ortaya çıkışı 19. yüzyılın ortalarına rastlamaktadır. Bu dönemde muhalefet, hükümet değişikliklerine sebep olmakla birlikte henüz iki partili siyasal sistem tam anlamıyla hâkim değildir. Özellikle 1831-1867 yılları arasındaki büyük parlamenter kanunlar olarak ifade edilen dönemde, başbakanlar ve hükümetler çeşitli gruplar arasında iş birliği yapılarak değişebilmekteydi. 1867 yılından itibaren oy hakkının geniş kitlelere yayılmasıyla birlikte partilerin gelişimi sağlanmıştır. Bunun sonucu olarak iki partili sistem ve tek parti hükümetleri yerleşmiştir. İktidarı kaybeden parti kendi gölge oluşumlarını kurmaya başlamıştır. Seçimi kaybeden ana muhalefet partisi “Majestelerinin Sadık Muhalefeti” olarak adlandırılıp örgütlü bir hal almıştır.¹¹ Muhalefetin stratejisini koordine eden bir liderlik grubu olarak ortaya çıkan bu oluşum, 19. yüzyılın ikinci yarısında siyasal sistem içinde tanınan bir kurum haline gelmiştir. 20. yüzyılda ise muhalefet liderliği yasal düzenlemelerle konumunu pekiştirmiştir.¹² İngiltere’de başbakanlık ve muhalefet liderliği 1937 yılında çıkarılan Taçın Bakanları Hakkında Kanun (Minister of the Crown Act) ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Bu yasa ile başbakanın herhangi bir bakanlık üstlenmeden maaş almasının yolu açılmıştır. Ayrıca muhalefet liderliği yasal olarak tanınmış ve bu konumundan dolayı maaş verilmesi hükme bağlanmıştır.¹³

Muhalefet liderine yasal bir konum verilerek maaş bağlanması siyasal sistemlerde rastlanan bir durum değildi. Bu yasa ile birlikte muhalefeti yönetmek başlı başına bir iş olarak tanımlanmıştır. Ayrıca parlamenter sistem içinde muhalefetin konumu yasal güvence altına alınmıştır.¹⁴ Bu durum demokratik siyasal sistemlerde muhalefetin önemi ve işlevinin kurumsallaşması bakımından önemli bir adım olmuştur.

⁶ Rıza Arslan, *Demokratik Yönetim Sistemleri* (Dora Basım Yayın, 2015), 31.

⁷ Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi* (Siyasal Kitabevi, 2017), 223.

⁸ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (Beta Yayınları, 2016), 401.

⁹ Rıza Arslan, "Parlamenter Yönetim Sisteminde Gölge Kabine’li Muhalefet," *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 11, no.2 (2009): 7-8.

¹⁰ Arslan, "Parlamenter Yönetim Sisteminde Gölge Kabine’li Muhalefet," 9.

¹¹ Klaus von Beyme ve Robert V. Daniels, "Opposition," iç. *Marxism, Communism and Western - A Comparative Encyclopedia*, ed. Claus Dieter Kernig (Herder and Herder, 1973), 191.

¹² Turner, *The Shadow Cabinet in British Politics*, 14-18.

¹³ Cem Eroğul, *Anatüze Giriş (Anayasa Hukuku’na Giriş)* (İmaj Yayınevi, 2009), 26-27.

¹⁴ Beyme ve Daniels, "Muhalefet," 191.

A. Gölge Kabinenin Görevleri

İngiltere’de gölge kabinenin üç temel işlevi üzerinde durulmaktadır. Bunlar muhalefeti örgütlemek, mevcut hükümete alternatif oluşturmak ve gelecekteki hükümet üyelerinin eğitimini sağlamak olarak ifade edilmektedir.¹⁵ Eggers ve Spirling, gölge kabinenin işlevini bakanlardan hesap sormak, hükümet karşısında muhalefeti örgütlemek, siyasi parti ile parti tabanı arasındaki bağlantıyı sağlamak ve kendisinin “bekleyen hükümet” olduğunu göstermek olarak sıralamıştır.¹⁶ Steffani ise hükümetin kontrol ve denetimine ek olarak hükümeti yönlendirmek, parti programlarının geliştirilmesini sağlamak ve toplumdaki çeşitli kesimlerle ilişkiler geliştirmeyi gölge muhalefetin görevleri arasında göstermiştir.¹⁷

Muhalefet hükümeti denetlerken yazılı ya da sözlü soru, genel görüşme, gensoru, meclis araştırması, güvensizlik önergesi, meclis soruşturması, seçimleri yenilenme ve bütçenin onaylanması gibi mekanizmalardan yararlanmaktadır. Bu mekanizmalar tercih edilen hükümet sistemine göre ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Soru, genel görüşme, meclis araştırması, meclis soruşturması ve bütçenin onaylanması hem başkanlık hem de parlamenter sistemde uygulanan denetim araçlarıdır.¹⁸ Bununla birlikte gensoru, güvensizlik önergesi, seçimlerin yenilenmesi mekanizmaları hükümetin, yasama güvenine dayandığı parlamenter sistemin özelliklerinden olup kural olarak başkanlık sistemi ile bağdaşmamaktadır. Soru, genel görüşme, meclis araştırması mekanizmaları hükümetin siyasal sorumluluğuna yol açmamaktadır. Bununla birlikte bu mekanizmaların işletilmesiyle hükümetin almış olduğu karar ve uyguladığı politikalar üzerinde kamuoyu oluşturma imkânı doğmaktadır. Çoğunlukla parlamenter sistemde uygulanıp siyasal sorumluluğa yok açabilecek olan gensoru, güvensizlik oyu gibi uygulamaların ise parlamenter sistemde meclis çoğunluğuna ulaşan partinin hükümeti kurması ve disiplinli parti yapıları sebebiyle fiili olarak işlemesi zordur.¹⁹ Bununla birlikte bu mekanizmaların da kamuoyu oluşturulması bakımından etkili olduğu ifade edilebilir. Dolayısıyla muhalefet bu araçları kullanarak yapmış olduğu denetimle hükümet üzerinde bir siyasi sorumluluk doğramasa dahi toplum nezdinde politika ve uygulamalara dikkat çekip kendini gösterme fırsatı bulmaktadır.

Punnet, gölge kabinenin muhalefetin parlamentodaki işlerini organize etmek ve muhalefet liderine yardımcı olma görevine dikkat çekmektedir. Gölge kabine, uygulamada zamanının önemli bir bölümünü kanun tasarıları (bills) ve hükümete yönelik soru sorma (question time) faaliyetleri için ayırmakta olup parlamento faaliyetlerinin organize edilmesini sağlamaktadır.²⁰ Bu yaklaşım gölge kabinenin, parlamenter hükümet sistemindeki işleyiş bakımından önemini göstermektedir. Bu durum parlamenter hükümet sisteminde muhalefet etmek için kendine yasama faaliyetlerinde yer bulan gölge kabinenin diğer hükümet sistemlerinde yasama faaliyetlerinin dışında kendine alan oluşturması zorunluluğunu beraberinde getirmektedir.

¹⁵ Joel Bateman, *In the Shadows: the Shadow Cabinet in Australia* (Department of Parliamentary Services, 2009), 7.

¹⁶ Andrew C. Eggers ve Arthur Spirling, *The Shadow Cabinet in Westminster Systems: Modeling Opposition Agenda Setting in the House of Commons, 1832-1915*, (American Political Science Association, Midwest Political Science Association, the Princeton Political Methodology Seminar, 2014), 31.

¹⁷ Steffani Winfried. "Parlament, Regierung, Rechtsprechung," iç. *Politikwissenschaft, Eine Grundlegung* 2, ed. Klaus von Beyme (Verlag W. Kohlhammer, 1987), 16-23.

¹⁸ Ergun Özbudun, *Parlâmenter Rejimde Parlâmentonun Hükûmeti Murakabe Vasıtaları* (Ankara Üniversitesi Basımevi, 1962).

¹⁹ Cengiz Gül, *Demokrasi Teorisi Açısından Başkanlık/Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Demokratiklik Değeri* (Adalet Yayınevi, 2019), 67; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi-Cilt I* (Ekin Yayınları, 2020), 953.; Ceren Yıldız, 1982 Anayasasında Öngörülen Parlamenter Denetim Yollarının 2017 Anayasa Değişikliği İle Dönüşümü," *Anayasa Hukuku Dergisi* 11, no.22 (2022): 518.

²⁰ Punnett, *Frontbench Opposition: the Role of the Leader of the Opposition, the Shadow Cabinet and Shadow Government in British Politics*, 220-221.

Hükümet yürüttüğü faaliyetler dolayısıyla çeşitli kamu gücü ve ayrıcalıklarına sahiptir.²¹ Politikaları belirleme ve uygulamaya geçirme, bilgiye ulaşım, medyada daha çok yer alma gibi konularda muhalefete göre avantajlı bir konuma sahiptir. Gölge kabine uygulaması ile muhalefet de kendine bir konum açarak hükümet karşısındaki olanaklarını artırmayı amaçlamaktadır. Gölge kabine üyesi, siyasi sistem içinde edineceği konum itibarıyla bakanlara rakip potansiyel bir bakan olarak hem hükümet çalışmalarıyla daha yakından ilgilenme olağanı bulmakta hem de medyada kendine daha çok yer açmaktadır.²² Böylece hükümet ve muhalefet üyeleri arasındaki imkânlara ulaşmadaki eşitsiz durum görece azalmaktadır.

Gölge kabinenin hükümete alternatif oluşturmaya, görevdeki hükümetin almış olduğu karar ve izlemiş olduğu politikaları eleştirmenin yanında farklı politikalar ortaya koyması ile sağlanmaktadır.²³ Punnet, bu konuda gölge kabinenin ikili bir işlevi olduğunu belirtmektedir. Gölge kabinenin işlevini hem hükümete karşı bir savaş yürütmek hem de savaş sonrasında yeniden inşa sürecini belirlemek olarak tasvir etmektedir.²⁴ Bu yaklaşım gölge kabineye eleştiri dışında politika üretme görevi yüklemekte ve muhalefet anlayışını farklılaştırmaktadır.

Yasama çalışması sırasında, medya ve çeşitli kamuoyu iletişim araçlarıyla kendini gösteren gölge kabine üyelerinin temel amacı, hükümetin gösterdiği performansın yeterli olmadığı ve muhalefetin daha iyisini yapabileceği hususunda seçmeni ikna etmektir.²⁵ Dolayısıyla başarılı bir gölge kabine performansında ikna kabiliyeti ön plana çıkmaktadır. Bununla birlikte iktidardaki bir hükümet üyesinde ikna kabiliyetinden ziyade kabine içinde iyi çalışabilme ve yönetim kapasitesi ön plana çıkmaktadır. Bunların yanında bakanın ya da gölge bakanın belirlenmesinde parti içi gruplar, cinsiyet dağılımı, coğrafi etkenler gibi hususlar da dikkate alınmaktadır.²⁶ Dolayısıyla gölge bakanın bir iktidar değişikliği durumunda bakanlık için yerinin garanti olduğunu söylemek zordur. Bununla birlikte bakanlık için en önemli alternatiflerden biri olacağını ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Gölge kabine uygulaması muhalefet üyeleri arasında uzmanlaşmaya olanak sağlamaktadır. Bakanlıklar kamusal hizmetlerin görev alanlarına göre ayrılması sonucu oluşmaktadır. Bakanlığa atanacak bakanın da bakanlığın hizmet alanı ile ilgili bilgi ve deneyim sahibi olması beklenmektedir. Bununla birlikte bakan atamaları her zaman uzmanlık ya da teknik bilgiye dayalı yapılmamaktadır. Çoğu zaman parti içindeki konum, güç mücadelesi gibi siyasal sebepler atamalara etki etmektedir. Bu durum kamusal hizmetin başına geçecek bakanın yeterli bilgi ve deneyim kazanmadan görev alması sonucunu doğurabilir. Gölge kabine üyeleri ilgili olduğu alan doğrultusunda uzmanlık kazanma imkânına sahiptir. Aynı zamanda bakanlıkta yürütülen kamusal hizmetleri daha yakından tanır. Böylece sınırlı imkânlarla da olsa karmaşılaşan hükümet işlerinin öğrenilmesi konusunda avantaj sağlar.²⁷

Siyasi partilerin önemli görevlerinden biri de siyasi eğitim merkezi olmasıdır.²⁸ Gölge kabinenin, alternatif hükümet üyelerinin yetiştirilmesinde bir eğitim rolü üstlenmesi beklenmektedir. Gölge bakanlar hem mevcut bakanların uygulamış olduğu politikaları takip etmekte hem de kendi sorumlu olduğu bakanlıkla ilgili politikalar geliştirip tecrübe kazanmaktadır. Böylece olası hükümet değişikliğinde görevi devralacak potansiyel üyeler olma iddiası korunmuş olmaktadır.

Gölge kabine, muhalefete seçimlerde halkın ikna edilmesi bakımından kolaylık sağlamaktadır. Seçmenler iktidar politikalarını eleştirip alternatif politikalar üreten gölge kabine üyelerini daha ikna

²¹ Ramazan Çağlayan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no.7 (2016), 377.

²² Bateman, *In the Shadows: the Shadow Cabinet in Australia*, 12-13.

²³ Bateman, *In the Shadows: the Shadow Cabinet in Australia*, 13.

²⁴ Punnett, *Frontbench Opposition: the Role of the Leader of the Opposition, the Shadow Cabinet and Shadow Government in British Politics*, 214.

²⁵ Bateman, *In the Shadows: the Shadow Cabinet in Australia*, 21.

²⁶ Bateman, *In the Shadows: the Shadow Cabinet in Australia*, 22-23.

²⁷ Bateman, *In the Shadows: the Shadow Cabinet in Australia*, 14.

²⁸ Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 320.

edici bulacaktır.²⁹ Aynı zamanda seçmenler olası iktidar değişikliğinde ortaya çıkacak kabineye ilişkin fikir sahibi olmaktadır. Bu durum yönetimde çıkabilecek olası istikrarsızlığın minimize edilmesine katkı sağlamaktadır.

Gölge kabine üyelerinden paydaşlarla ilişki geliştirmesi beklenmektedir. Uzmanlık alanları ile ilgili sendikalar, dernekler, iş insanları başta olmak üzere çeşitli sivil toplum kuruluşlarıyla ilişkiler kurup bunların bilgi ve deneyiminden yararlanması, politika süreçlerine dahil edilmesi beklenmektedir.³⁰ Bu süreç gölge kabinenin yasama organı dışında da aktif görev yapmasını gerektirmektedir.

Gölge bakanlar uzmanlık alanlarıyla ilgili konulara cevap verme ve politikaların belirlenmesi noktasında bir dereceye kadar özerk olup muhalefetin temsilcisi niteliğindedir. Bununla birlikte son karar mercii partinin yönetim organıdır. Seçim dönemleri yaklaştıkça gölge bakanların özerkliği azalırken muhalefet liderinin etkisi artmaktadır.³¹ Çünkü seçim dönemi yaklaşırken gölge bakanlardan çıkabilecek aykırı ya da partinin genel siyasetine uymayacak bir söylem siyasi partiyi seçmenler nezdinde zayıflatır. Parti lideri ortak politikaların halka sunumu, parti gücünün üzerinde cisimleşmesi bakımından doğal bir süreç içinde ön plana çıkmaktadır.

B. Gölge Kabine Uygulamaları

Gölge kabine uygulaması İngiltere’de ortaya çıkmış olmakla birlikte Avustralya, Yeni Zelanda ve Kanada gibi ülkelerde uygulanmaktadır. Hükümeti eleştirmek ve ona alternatif oluşturma görevi bakımından aynı işleve sahip olan gölge kabine uygulaması, ülkelerin hükümet sistemi, siyasal kültürü gibi faktörlere göre uygulamasında birtakım farklılıklar kendini gösterebilir. Bununla birlikte büyük ölçüde uygulamanın birbiri ile örtüştüğü ifade edilebilir. Bu sebeple İngiltere ve Avustralya’daki gölge kabine uygulamaları incelenecektir.³²

İngiliz siyasal sisteminin işleminde etkili olan kurumlar genellikle hukuki olarak tanımlanmamıştır.³³ Gölge kabine uygulaması da bunlardan biri olup İngiliz siyasal sisteminde iktidar ve muhalefet ilişkisinde önemli bir yer tutmaktadır.³⁴ Muhalefet partileri, seçimi kazanıp iktidarı elde ettiklerinde kabinede olmasını planladıkları kişilerden oluşan bir gölge kabine oluşturmaktadır. Gölge kabine, hükümete alternatif bir oluşum sunduğu için İngiliz siyasal sistemi bakımından önemli bir kurumdur. Gölge kabinde, gölge bakanların yanında başkan yardımcıları ve diğer siyasal görevliler de belirlenmektedir. Gölge kabine kurumsallaşmış bir yapı olup kabine gibi parlamentonun ön sıralarında yer almaktadır. Gölge bakanların ilgili olduğu alanda faaliyet gösteren bakanlığın politika ve faaliyetlerini izleme, bu konuda partisini bilgilendirme ve alanıyla ilgili politika üretme yükümlülüğü bulunmaktadır. Gölge bakanlar, alanları ile ilgili parti adına açıklama yapıp kamuoyunu

²⁹ Teziç, *Anayasa Hukuku* (Beta Yayıncılık, 2016), 468.

³⁰ Bateman, *In the Shadows: the Shadow Cabinet in Australia*, 53.

³¹ Bateman, *In the Shadows: the Shadow Cabinet in Australia*, 61.

³² Richa Dwivedi ve Shrivastava Abhinav, "Institutional Opposition in Parliamentary Democracy: Experience from the UK, Australia and India," *International Journal of Public Law and Policy* 9. no.3 (2023): 314-329; Gölge kabine uygulaması görülen Yeni Zelanda ve Kanada da benzer özelliklere sahiptir. İngiliz Milletler Topluluğu üyesi olan bu ülkeler de İngiliz Westminster modeli parlamenter sistem ile yönetilmektedir. Devlet başkanı, İngiltere Taç makamı olup, bu yetkiyi Taç adına başbakan tarafından önerilip Taçın atadığı Genel Vali kullanmaktadır. Yeni Zelanda parlamentosu tek meclisli iken Kanada parlamentosu iki meclislidir. Uygulanan parlamenter sistem ve gölge kabine modeli İngiltere’deki model doğrultusunda oluşturulmuş olup İngiltere ve Avustralya ile benzer özellik göstermektedir.

³³ İngiltere’de yazısız anayasa geleneği bulunmaktadır. Anayasal hükümler 1215 Magna Carta, 1689 The Bill of Rights gibi kanunların yanında hukukun genel ilkeleri ve geleneklerden oluşur. Yazısız anayasa olmasının sonucu olarak anayasal hükümler diğer kanunlar gibi belirlenip esnek niteliktedir. Bkz. Arend Lijphart, *Demokrasi Modelleri Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*, çev. Güneş Ayas ve Utku Umut Bulsun (İthaki Yayınları, 2014), 36; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 83.

³⁴ Eggers ve Spirling, *The Shadow Cabinet in Westminster Systems: Modeling Opposition Agenda Setting in the House of Commons, 1832-1915*, 33.

bilgilendirmektedir.³⁵ Kamuoyu oluşturularak çeşitli baskı gruplarının harekete geçirilmesi modern demokrasilerin gölge bakanlara yüklediği önemli bir görevdir.³⁶

Gölge kabine, muhalefet partilerinin kendi içinde belirlediği çeşitli yöntemlerle belirlenmektedir. Muhafazakâr Parti liderinin, gölge kabine üyelerinin ataması konusunda geleneksel olarak yetkili olduğu kabul edilmektedir. Parti lideri aynı zamanda gölge bakanın görevden alınması, değiştirilmesi ve çalışma yönteminin belirlenmesi gibi konularda yetkilidir. İşçi Partisi ise 2011'e kadar parti içinde bir komite tarafından gölge bakanların belirlenmesi yoluna gitmiştir.³⁷ Sonrasında bu yetki parti liderine tanınmıştır. İşçi Partisi'nde gölge kabinede yer alan bakanların, iktidara gelindiği takdirde bakan olarak atanması geleneği bulunmaktadır. Bununla birlikte parti liderinin farklı tutum sergilediği de görülmüştür.³⁸

İngiltere'de gölge kabine olağan toplantılarını haftada bir yapmaktadır. Bununla birlikte bir konu hakkında acil görüşülmesi gerektiğinde bu rutinin dışına çıkılabilmektedir. Gündemdeki konular, iktidar politika ve uygulamalarına verilecek tepkiler ile partinin koordine edilmesi rutin toplantı konularındandır. Toplantılarda temel olarak hükümetin görüşleri ve partinin görüşleri tartışılıp izlenecek politika şekillenmektedir.³⁹

Gölge kabine, kabineye paralel olarak kolektif hareket etmektedir. Bununla birlikte kabinedeki bakanlık sorumluluğunun kısıtlamalarına tabi değildir. Dolayısıyla muhalefet lideri ile gölge bakan ilişkisi, başbakan ve bakan ilişkisinden farklılaşmaktadır. Gölge bakan, muhalefet lideriyle anlaşmazlık yaşaması ya da parti politikalarını benimsememesi gibi sebeplerle değiştirilebileceği gibi kendi de istifa edebilir.⁴⁰

İngiltere'de uygulanan parlamenter hükümet sistemi yumuşak kuvvetler ayrılığına dayanmakta olup hükümet yasama organının denetimine tabidir. Bu kapsamda Avam Kamarasında haftanın dört günü hükümet üyelerine soru sormak (question time) mümkündür. Ayrıca birleşimlerin sonunda hükümet üyeleri ile tartışma olanağı bulunmaktadır.⁴¹ Gölge bakanlar, soru ve tartışmalara katılarak kabinede bulunan kendi alanındaki bakanlarla karşılaşma olanağı bulur. Onları eleştirmek, politikalarını savunma ve kendinin hazır olduğunu gösterme fırsatı yakalamaktadır. Aynı zamanda gölge bakanlar, konumundan dolayı garantili medya erişimi elde etmektedir. Bu avantajlar arka sıralarda yer alan normal milletvekillerinin elde etmesi çok zor olan ayrıcalıklardır.⁴²

Bakanlar ve gölge bakanlar arasındaki görüşmelerin çoğu Parlamento katında, Avam Kamarasında gerçekleşir. Soru ve tartışma gibi parlamenter prosedürler, resmi muhalefetten gölge bakanlara, hükümeti eleştirmek, rakip politikaları sunmak ve hükümete hazır olduklarını göstermek için eş konumdaki görevliler arasında müzakere ve çekişme olanağı sağlamaktadır.

Avustralya, İngiliz Milletler Topluluğu üyesi bir ülke olarak İngiltere gibi meşruti monarşi ile yönetilen, federal devlet yapısına sahiptir. İngiltere'deki Taç makamı (kral ya da kraliçe) Avustralya'nın da monarşi makamı olarak kabul edilmektedir. Taç makamı Avustralya'da sembolik yetkilere sahip olup bu makam Taç tarafından atanan genel vali aracılığıyla temsil edilir. Genel valiyi Taç, başbakanın tavsiyesi üzerine atar. Yasama organı iki kanatlı olup Temsilciler Meclisi ve Senatodan oluşmaktadır. Yürütme organı ise sembolik yetkilere sahip olan Taçın temsilcisi genel vali ile başbakan, kabine ve

³⁵ Koray Karasu, "İngiltere'de Kamu Yönetimi," iç. *Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri*, ed. Koray Karasu (İmge Kitabevi, 2020), 206-207.

³⁶ Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş* (Serbest Kitaplar, 2019), 207.

³⁷ Rodney Brazier, *Constitutional Practice: The Foundations of British Government* (Oxford University Press, 1999), 172-175.

³⁸ Brazier, *Constitutional Practice: The Foundations of British Government*, 64-65.

³⁹ Johnson, "Opposition in the British Political System," 495.

⁴⁰ Brazier, *Constitutional Practice: The Foundations of British Government*, 169-170.

⁴¹ Eroğul, *Anatüze Giriş (Anayasa Hukuku'na Giriş)*, 16.

⁴² Maha Balakrishnan, "A Framework for a Shadow Cabinet in Malaysia," erişim tarihi: Mart 21, 2025, <https://bersih.org/wp-content/uploads/2021/03/Bersih-Policy-Research-A-Framework-for-Shadow-Cabinet-In-Malaysia.pdf>, 20.

diğer bakanlardan oluşmaktadır. İngiltere’deki gibi parlamenter sistemin uygulandığı Avustralya’da, en yüksek oyu alan ve meclis güvenini alma yeterliliğine sahip parti lideri, vali tarafından başbakan olarak atanır. Başbakan, bakanları belirleme yetkisine sahiptir. Başbakanın önerdiği bakanlar, genel vali tarafından atanmaktadır. Kabine üyeleri, yasama organı içinden seçilmek zorundadır.⁴³

Avustralya’da da gölge kabine gayriresmî bir kurum olarak ortaya çıkmıştır. İngiltere’deki gölge kabine konumuna oldukça benzer özelliklere sahiptir. Hükümeti kontrol etmek, hükümete alternatif oluşturmak ve gölge bakanların eğitimini sağlamak Avustralya’da gölge kabineden beklenen görevlerdir. Gölge kabine toplantıları, kabine toplantılarına benzemekle birlikte daha küçük ölçekte gerçekleşmektedir. Toplantılara bürokrasinin katılımı da söz konusu değildir. Dolayısıyla kabine toplantılarına göre daha az istişare sonucu şekillenen sunumlar söz konusudur. Toplantıda liderin gündemle ilgili rapor sunularak tartışmalar yürütülmektedir. Hükümet politikalarına ve yasa tasarılarına verilecek tepkiler ve izlenecek yöntemler belirlenip, muhalefetin politika alternatifleri hazırlanmaktadır.⁴⁴ Avustralya’da “soru zamanı (question time)” ve “medya soru zamanı (media and question time)”, hem başbakana hem de diğer bakanlara soru sorulması ve bunun üzerine kamuoyu oluşturulması bakımından bir fırsattır.⁴⁵

Bateman Avustralya’daki eski gölge kabine üyeleri ile yaptığı görüşmeler neticesinde iktidarda olmanın gölge kabine üyeliğine göre çok fazla sorumluluk getirdiğine ve zor olduğuna dikkat çekmektedir.⁴⁶ Gölge kabine üyeleri her ne kadar bakanların faaliyet ve politikalarını eleştirip kendi önerilerini ortaya koysalar da iktidardayken politika uygulama süreçlerinde ortaya çıkan zorluktan muaftırlar. Hükümet üyeleri politika yapım ve uygulama sürecinde bürokrasi ve medya ile iç içe olup kamu hizmetlerinin yürütülmesinden sorumludur. Bu noktada Avustralya’daki gölge kabine üyelerinin İngiltere’deki gölge kabine üyelerinden gerek medya ilişkilerinin yönetimi gerekse kamu hizmetinin yerine getirilmesinde nasıl sorumluluk alıp kendilerini geliştireceklerini öğrenmeleri gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁷ Bunun yanında gölge kabinenin hükümetin faaliyetlerini takip edip, onları eleştirmek ve alternatif politika üretmek bakımından oldukça fazla iş yükü bulunmaktadır. Ayrıca gölge kabinenin muhalefet etme ve politikaya ulaşım sürecinde bilgi ve kaynaklara ulaşım noktasında dezavantajları vardır. Bu durum gölge kabinenin işini zorlaştırmaktadır.⁴⁸ Başka bir ifadeyle gölge bakanların politika oluşturma sürecinde destek alacakları bir bürokrat ordusuna ya da bilgiye erişim noktasında yararlanabilecekleri kamu gücü ve ayrıcalıklarına sahip olmaması onları oldukça dezavantajlı yapmaktadır.

II. TÜRKİYE’DE GÖLGE KABİNE

Türkiye’de gölge kabine uygulaması zaman zaman gündeme gelmiştir. Gölge kabine uygulaması siyasal sisteme daha önce girmiş fakat benimsenmediği için devamı gelmemiştir. Akademik yazında ise parlamenter hükümet sistemin uygulandığı dönemde Arslan⁴⁹ gölge kabine uygulamasının Türkiye’de benimsenebileceğini ifade etmiştir.

⁴³ Ceray Aldemir ve Özge Hameş, “Katılımcı Yönetim ve Avustralya Seçim Sistemi,” *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 20, no.1 (2018): 106-107. Ayrıca bkz. Brian Galligan, *A Federal Republic: Australia's Constitutional System of Government* (No. 3), (Cambridge University Press, CUP Archive, 1995), 63-65; Parliament of Australia, erişim tarihi: Şubat 17, 2025, https://www.aph.gov.au/About_Parliament/House_of_Representatives/Powers_practice_and_procedure/Practice7/HTML/Chapter2/Cabinet; John Summers, “Parliament and Responsible Government,” iç. *Government Politics in Australia*, ed. Alan Fenna, Jane Robbins, John Summers, (Pearson Higher Education AU, 2014), 38-41.

⁴⁴ Bateman, *In the Shadows: the Shadow Cabinet in Australia*, 28-30., Anne Tiernan ve Patrick Weller. *Learning to be a Minister: Heroic Expectations, Practical Realities* (Melbourne Univ. Publishing, 2010), 35,68.

⁴⁵ Summers, *Parliament and Responsible Government*, 34-35.

⁴⁶ Bateman, *In the Shadows: the Shadow Cabinet in Australia*, 22.

⁴⁷ Bateman, *In the Shadows: the Shadow Cabinet in Australia*, 22.

⁴⁸ Bateman, *In the Shadows: the Shadow Cabinet in Australia*, 49-50.

⁴⁹ Arslan, "Parlamenter Yönetim Sisteminde Gölge Kabine’li Muhalefet," 1-16.

Türkiye’de 1965 tarih ve 648 sayılı siyasi Partiler Kanunu hükümete katılmayan, en yüksek oyu alan siyasi parti liderini ana muhalefet partisi olarak devlet protokolünde başbakanın ardından yer vermekteydi. Bunda İngiltere’de ana muhalefet liderinin resmi olarak konumunun tanımlanması etkili olmuştur. Bununla birlikte 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun 35. maddesi “Bakanlar Kuruluna katılmayan ve grubu bulunan siyasi partiler arasında en fazla milletvekiline sahip olan partiye anamuhalefet partisi, genel başkanına da anamuhalefet partisi genel başkanı denir.” hükmü ile ana muhalefeti ve liderini tanımlamakla yetinmiş özel bir konum düzenlememiştir.⁵⁰

Gölge kabine uygulaması ilk defa Sosyal Demokrat Halkçı Parti (SHP) tarafından gündeme getirilmiştir. SHP lideri Erdal İnönü 1990 yılında Anavatan Partisi (ANAP) iktidarına karşı etkin bir muhalefet yürütmek amacıyla gölge kabinesini açıklamıştır. Gölge kabinenin bakanlara yakın markaj sağlamanın yanında parti içinde uzmanlaşmayı artıracığı, bürokrasi ile ilişkileri geliştireceği ve yeni politikalar üretilmesine katkıda bulunacağı ifade edilmiştir.⁵¹ Ayrıca SHP milletvekilleri meclis görüşmeleri sırasında bu uygulama ile siyasete yeni bir boyut kazandırmayı hedeflediklerini, muhalefeti daha kapsamlı ve hazırlıklı bir şekilde donatarak hem muhalefeti kendisine hem de hükümete yararlı hale getirmeyi amaçladıklarını ifade etmişlerdir.⁵² Gölge kabine hem iktidar hem de diğer muhalefet partilerince eleştirilmiştir. Doğru Yol Partisi (DYP) lideri Süleyman Demirel gölge kabinenin kamuoyunu gereksiz meşgul etme aracı olduğunu ve bir şey değiştirmeyeceğini ifade ederken, Demokratik Sol Parti lideri Bülent Ecevit uygulamanın ancak siyasal sistemi oturtmuş ve siyasal istikrara sahip ülkelerde uygulanabileceğini, Türkiye koşullarına uygun olmadığını ifade etmiştir.⁵³ Meclis görüşmeleri sırasında da gölde kabinenin vatandaşları meşgul etmek için yapılmış gereksiz bir uygulama olduğu ve vatandaşlara bir şey veremediği şeklinde eleştiriler gelmiştir.⁵⁴ Bu dönemki gölge kabine uygulaması parti içi çekişmeler ve iktidar mücadelesinin de etkisiyle uygulamada etkili olamamış ve benimsenmemiştir.⁵⁵

2019 yılında Gelecek Partisi Lideri Ahmet Davutoğlu alternatif bakanlar kurulu anlamına gelen politika izleme kurulunun parti tüzüğüne girdiğini ifade etmiştir. Kurulun amacı, hükümeti denetleyip daha sıkı muhalefet yapılmasını sağlamak ve alternatif politikalar üretmek olarak açıklanmıştır.⁵⁶ Parti Tüzüğü’nün 45. maddesi “Politika Kurulu (PK) (Gölge Kabine)” başlığı ile düzenlenmiş olup kurulun görevi “siyasal, sosyal, ekonomik, sektörel konularda araştırma, izleme ve politika önerileri” yapmak olarak sıralanmıştır. Kurulun oluşumunda ve görev değişikliğinde ise genel başkan yetkilidir. Ayrıca 2021 yılında Türkiye Değişim Partisi lideri Mustafa Sarıgül gölge kabine açıklayacağını duyurmuştur.⁵⁷ 2023 seçimleri öncesi altı partinin ittifakından oluşan “Altılı Masa” her bakanlık için değil fakat uzmanlık alanlarına göre iktidar politikalarını eleştirip alternatif politikalar ortaya koymak adına 9 farklı

⁵⁰ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 401-402.

⁵¹ Cumhuriyet Gazetesi, erişim tarihi: Mart 5, 2025, <https://egazete.cumhuriyet.com.tr/katalog/192/1990/10/22/10>.

⁵² TBMM Tutanak Dergisi, erişim tarihi: Şubat 17, 2025 <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c050/tbmm18050024.pdf>, 96.

⁵³ Cumhuriyet Gazetesi, erişim tarihi: Mart 5, 2025, <https://egazete.cumhuriyet.com.tr/katalog/192/1990/10/22/10>.

⁵⁴ TBMM Tutanak Dergisi, erişim tarihi: Şubat 17, 2025 <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c050/tbmm18050024.pdf>, 86-88.

⁵⁵ Utku Nar, SHP’den CHP’ye Uzanan Gölge Kabine Geleneği, Politikayol, erişim tarihi: Mart 9, 2025 <https://www.politikayol.com/shpden-chpye-uzanan-golge-kabine-gelenegi>.

⁵⁶ Euronews, “Davutoğlu’nun kurduğu ‘gölge kabine’ nedir?” erişim tarihi: Mart 1, 2025, <https://tr.euronews.com/2019/12/25/davutoglu-nun-kurdugu-golge-kabine-nedir>; Independent, “Davutoğlu’nun ‘gölge kabinesi’ belli oldu,” erişim tarihi: Mart 5, 2025, <https://www.indyturk.com/node/108836/siyaset/davuto%C4%9Flunun-g%C3%B6lge-kabinesi-belli-oldu>.

⁵⁷ Independent, “Selvi: Sarıgül, Gölge Kabine’sini açıklıyor,” erişim tarihi: Mart 5, 2025, <https://www.indyturk.com/node/431441/haber/selvi-sar%C4%B1g%C3%BCl-g%C3%B6lge-kabinesini-a%C3%A7%C4%B1kl%C4%B1yor>.

alandaki gölge kabine benzeri bir oluşuma gitmiştir.⁵⁸ İttifakın dağılması ile birlikte uygulama başarılı olamamıştır.

11 Kasım 2023’te Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) lideri Özgür Özel, Türkiye’deki 17 bakanlık, cumhurbaşkanlığı ve cumhurbaşkanı yardımcılığı makamlarına karşılık gelmek üzere 19 kişilik gölge kabinesini açıklamıştır. CHP gölge kabinesi, Merkez Yönetim Kurulunun bir parçası olarak oluşturulmuştur. Özel, gölge bakanların belirlenmesinde cinsiyet dağılımı, yaş gibi konulara dikkat edildiğini ve gölge bakanların hepsinin seçilmiş parti meclis üyeleri arasından olduğunu belirtmiştir. Ayrıca cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde olmasa da parti meclisinin gölge bakanlara gensoru yönlendirebileceğini ifade etmiştir. Gölge kabine uygulaması ile alternatif politikaların halka daha etkin bir şekilde iletilmek istendiği, medyada bakanların ardından hemen gölge bakanların yer bulacağını düşünülüyor belirtmiştir.⁵⁹

A. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Gölge Kabine Uygulaması

Gölge kabine uygulamasının görüldüğü İngiltere ve Avustralya’da “Westminster” adı verilen parlamenter hükümet sistemi modeli uygulanmaktadır. Bu sistemde hükümet yasama organı içinden çıkmakta, yumuşak kuvvetler ayrılığı doğrultusunda yasama ve yürütme ilişkisi şekillenmektedir. Hükümeti oluşturan bakanların meclis faaliyetleri ile bağı kopmamaktadır. Başkanlık sistemi uygulanan ülkelerde ise kural olarak sert kuvvetler ayrılığı ilkesi uygulanmakta ve hükümet üyelerinin yasama organı ile bağı sona ermektedir.⁶⁰ Başka bir ifadeyle parlamenter sistemde hükümet iktidarda kalmak için meclisin güven ve desteğine ihtiyaç duymaktadır. Bu doğrultuda yasama organına soru, genel görüşme, gensoru, meclis araştırması ve meclis soruşturması gibi denetim yetkileri verilmiştir. Yasama organı hükümeti görevden alabilme yetkisine sahiptir. Bununla birlikte başkanlık sisteminde yasama da yürütme de ayrı ayrı ve doğrudan halk tarafından seçilmektedir. Dolayısıyla hükümetin yasama organına karşı parlamenter sistemdeki gibi bir sorumluluğu bulunmamakta, yasama organının yürütme organı üzerindeki denetim yetkisi de sınırlı kalmaktadır. Bu durum sert kuvvetler ayrılığı ilkesi benimseyen başkanlık sisteminin doğal bir sonucudur.

Türkiye’de 2017 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir. Bu sistem Türkiye’ye özgü bir başkanlık sistemi olarak kabul edilmektedir.⁶¹ Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, başkanlık sistemindeki başkanın halk tarafından seçilerek kendi hükümetini serbestçe oluşturması özelliğini taşımakla birlikte yasama organı ile karşılıklı fesih yetkisine sahip olması bakımından başkanlık sisteminden ayrılmaktadır. Fakat bu özellik sistemi başkanlık sistemi olmaktan çıkarmamaktadır.⁶² Siyasi parti başkanının aynı zamanda devlet başkanı olabildiği, disiplinli parti yapısına sahip siyasal sistemlerde lider hem yasama hem de yürütmeyi kontrol edecektir. Dolayısıyla bu durumda hükümet sistemi başkanlık sistemi bile olsa sert kuvvetler ayrılığından söz edilemeyecek, sistem yumuşak kuvvetler ayrılığı özelliği taşıyacaktır.⁶³ Türkiye’de siyasal sistemdeki partiler disiplinli parti özelliği göstermektedir. Türkiye’nin siyasal geleneği ve Siyasi Partiler Kanunu

⁵⁸ Altan Sancar, Altılı masa 'gölge kabine' kuracak: Komisyonlardan bakanlar çıkacak, erişim tarihi: Mart 7, 2025, <https://www.diken.com.tr/altili-masa-golge-kabine-kuracak-komisyonlardan-bakanlar-cikacak/>; Ortak Politikalar Mutabakat Metni, 30/01/2023, <https://chp.org.tr/yayin/ortak-politikalar-mutabakat-metni>.

⁵⁹ Bianet, “Yeni Yönetim Açıklandı,” erişim tarihi: Mart 5, 2025. <https://bianet.org/haber/chpnin-golge-kabinesi-nde-9-kadin-9-erkek-siyasetci-yer-aldi-287758>; CHP, “CHP Genel Başkanı Özgür Özel; Gölge Kabine ve İdari Görevler’den Oluşan MYK’yı Açıkladı,” erişim tarihi: Mart 04, 2025, <https://chp.org.tr/haberler/chp-genel-baskani-ozgur-ozel-golge-kabine-ve-dari-gorevlerden-olusan-mykyi-acikladi>; Wikipedia, Gölge Kabine, erişim tarihi: Mart 1, 2025, [https://tr.wikipedia.org/wiki/G%C3%B6lge_Kabine_\(T%C3%BCrkiye\)](https://tr.wikipedia.org/wiki/G%C3%B6lge_Kabine_(T%C3%BCrkiye)).

⁶⁰ Lijphart, *Demokrasi Modelleri Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*, 153.

⁶¹ Yavuz Atar, “Neden Sistem Değişikliği?” *Kamuda Sosyal Politika Dergisi* 10, no.37 (2017): 38.

⁶² Giovanni Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, çev. Ergun Özbudun (Yetkin Yayınları, 1997), 115-116; Nur Uluşahin, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi* (Yetkin Yayınları, 1999), 39.

⁶³ İsmail Yüksel, “6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu’nun Ardından Kanun Yapma Yöntemi,” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no.2 (2017): 256.

bu durumu teşvik etmektedir.⁶⁴ Disiplinli parti yapısı büyük küçük demeden tüm partilere sirayet etmektedir. Dolayısıyla her ne kadar cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi bir başkanlık sistemi olarak sert kuvvetler ayrılığına dayalı bir sistem olarak nitelendirilse de uygulamada yumuşak kuvvetler ayrılığına daha yakın olduğu söylenebilir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, cumhurbaşkanının partisi ve dolayısıyla yasama organı üzerindeki etkisini sürdürmesi bakımından başkanlık sistemindeki sert kuvvetler ayrılığından uzaklaşmaktadır.

1982 Anayasası'nın 104. maddesine göre cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yürütme yetkisi ve görevi cumhurbaşkanında olup bakanlar ve cumhurbaşkanı yardımcıları doğrudan cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Bunların atanması ya da görevden alınmasında TBMM etkili değildir. Cumhurbaşkanı eski sistemdeki sembolik rolünün aksine icracı ve güçlü bir figür olarak tasarlanmış, partisi ile ilişkisini kesme şartı sona ermiştir.⁶⁵

İngiltere'de kabine başbakan ve önemli bakanlıklardan oluşan bir kurulu ifade etmektedir.⁶⁶ Türkiye'de ise hükümet ve bakanlar kurulu sorumluluğu yalnızca cumhurbaşkanına verilmiştir.⁶⁷ Bu sistemde hukuki olarak düzenlenmiş bir bakanlar kurulu olmasa da bakanlar kurulunun fiili olarak toplandığı görülmektedir. Bakanların parlamenter sistemdeki gibi kolektif bir sorumluluğu bulunmadığı gibi bireysel olarak da TBMM'ye karşı bir sorumluluğu bulunmamaktadır. 1982 Anayasası'nın 106. maddesine göre bakanlar kendilerini atama ve görevden alma yetkisine sahip cumhurbaşkanına karşı sorumludur.⁶⁸

1. Türkiye'de Gölge Kabine Uygulamasının Gerekleri

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, Türkiye'ye özgü bir başkanlık sistemi olmakla birlikte sert kuvvetler ayrılığından uzaklaşmaktadır. Yürütme yetkisi ve sorumluluğu cumhurbaşkanında toplanmış olup partisi üzerindeki konumun devam etmesi sebebiyle yasama üzerinde de etkilidir. Dolayısıyla bu güçlü yürütme aygıtının denetlenmesi gerekmektedir. Gölge kabine uygulaması ile hükümet üzerinde yakın markaj uygulanarak, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemindeki denge ve denetim açıklarının kapatılması sağlanabilir.

Gölge bakanlar kendi görev alanlarında uzmanlaşmaya ve sorumluluk almaya mecbur kalırlar. Gölge kabine üyeleri kendi görev alanlarındaki bakanlıkların faaliyetlerini takip etmekle ve bunlara ilişkin politika üretmekle yükümlüdür. Böylece olası iktidar değişikliğinde gölge bakanlar görevine daha kolay uyum sağlayabileceği gibi çıkabilecek yönetim krizleri de minimize edilmiş olur. Bunun yanında uzmanlık alanlarına göre ayrılmış gölge bakanlar alanlarıyla ilgili profesyonel ekipler kurup sivil toplum örgütleriyle daha rahat iş birliği geliştirebilir.

Gölge kabine yapıcı muhalefet fırsatı sunmaktadır. Muhalefetin, iktidarı her yönüyle yetersiz gösterip izlenen politikaları yeni öneriler koymadan doğrudan reddetmesi toplumun muhalefeti benimsemesi için yeterli değildir. Muhalefetin görevi yalnızca iktidar politikalarını eleştirmek değil aynı zamanda hükümet değişimi durumunda yönetimi devralabilecek güçlü bir alternatifin oluşturulmasıdır. Gölge kabine, "bekleyen hükümet" olduğunu göstermek adına alternatif politikalar üretecek, muhalefeti organize etmenin yanında hükümetin politikalarına da katkıda bulunacaktır.⁶⁹ Başka bir ifadeyle iktidar politikalarının geliştirilmesine de katkı sunacaktır.

⁶⁴ Disiplinli parti yapısı parlamenter sistemin sorunsuz işleminde önemli role sahiptir. Bununla birlikte başkanlık sistemlerinde, sistemin sert kuvvetler ayrılığından uzaklaşmasına sebep olmaktadır. Bkz. Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, 242.; Bkz. Teziç, *Anayasa Hukuku*, 408-409.

⁶⁵ Kemal Gözler, *Elveda Anayasa* (Ekin Yayınları, 2017), 69.

⁶⁶ Cem Eroğlu, *Çağdaş Devlet Düzenleri* (İmaj Yayınevi, 2010), 26.

⁶⁷ İbrahim Özden Kaboğlu, "Gölge Kabine": Fırsat mı, Risk mi?, erişim tarihi: Mart 5, 2025, <https://ibrahimkaboglu.org/golge-kabine-firsat-mi-risk-mi.html/>.

⁶⁸ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Ekin Yayınları, 2019), 887.

⁶⁹ Michael Rush, *The Role of the Member of Parliament Since 1868: From Gentlemen to Players* (OUP Oxford, 2001), 168.

Gölge kabinenin sunacağı gerçekçi alternatif politikalar, muhalefeti popülist söylemlerden uzaklaştırıp iktidarı elde ettiğinde sergileyeceği yönetim kapasitesini görünür kılabılır. Siyasal arena, seçmenlerin konsolide edilmesi adına bazen yapay tartışmalara sahne olmaktadır. Gölge kabinenin üreteceği alternatif politikaların kamuoyunda yer alması siyaset zeminini, toplumu etkileyecek somut politikalar üzerinde yürütülen müzakere süreçlerine dönüştürülmesine katkı sunabilir.

Gölge kabine, görece küçük bir grup olduğu için kolay organize olup hızlı harekete geçebilir. Böylece hükümetin politikalarına ve günlük kararlarına karşı muhalefeti daha kolay organize ederek hızlı yanıt verme imkânı bulur.⁷⁰ Bu durum muhalefetin daha organize ve daha güçlü görünmesine olanak sağladığı gibi seçmeni ikna etme potansiyelini de artıracaktır.

Muhalefet partilerinden halkı mobilize ederek iktidara ulaşmak için köprü vazifesi görmesi beklenmektedir.⁷¹ Gölge kabine uygulaması muhalefete de sorumluluk yüklemektedir. Muhalefet partileri, iktidar politikalarına karşı itiraz noktasında çoğu zaman aynı tutumu gösterirken çözüm önerileri konusunda farklı tutum sergileyebilmektedir. Organize olamamış bir muhalefetin sağlayacağı dağınık görüntü seçmenin ikna sürecine olumsuz yansıyacaktır. Gölge kabine, hükümet karşısında tüm toplumsal muhalefeti organize etmekle görevlidir. Yalnızca kendi partisini değil diğer siyasi partiler başta olmak üzere çeşitli gruplar ve sivil toplum örgütleriyle iş birliği geliştirerek toplumsal muhalefeti örgütlemesi beklenmektedir. Böylece gölge kabine geniş tabanlı bir toplumsal muhalefet oluşturabilir.

Gölge muhalefete, parti içi rekabete katkıda bulunabilir. Gölge bakanların performansı kendi parti milletvekilleri tarafından kontrol altında tutulacaktır. Siyasi partide görev alanlar kendilerini daha rahat gösterebilecekleri bir pozisyon olan gölge bakanlığı elde etmek için daha aktif çalışacaktır.

2. Türkiye’de Gölge Uygulamasının Önündeki Zorluklar

Gölge kabine uygulaması önündeki zorlukları hükümet sistemindeki farklılıklardan ve siyasi kültürden kaynaklanan zorluklar olarak ifade etmek mümkündür. Başkanlık sistemindeki yasama denetiminin parlamenter sisteme göre zayıf olması ve hükümet üyelerinin yasama görevinin sona ermesi, parlamenter sistemde yasama faaliyetleri içinde kurumsallaşan gölge kabine uygulamasını zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla İngiltere ve Avustralya uygulamalarından farklı olarak gölge kabinenin yasama faaliyetleri dışında da aktif olma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu noktada gölge kabinenin hem siyasal sistem hem de toplum tarafından benimsenmesi önem arz etmektedir. Siyasal kültür, gölge kabinenin benimsenmesinde kritik rol oynamaktadır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin bir başkanlık sistemi olmasından kaynaklı olarak yasama denetimi zayıflamıştır. Cumhurbaşkanı yürütmenin tek sorumlusu olup bakanları meclis içinden seçme zorunluluğu bulunamamakta, seçilen bakanların meclisle bağı kesilmektedir. Hukuken varlığın yitirmiş olan bakanlar kurulu ise fiili olarak varlığını sürdürmektedir. Bakanların sorumluluğu ise cumhurbaşkanınadır.⁷²

İngiltere’de gölge bakanlar büyük ölçüde parlamento içinden oluşmakta Avam Kamarasının ön sıralarında Hazine sıralarının karşısında yer almaktadır. TBMM’deki grup başkan vekilliği pozisyonu gölge kabine üyeliğini anımsatmaktadır. Grup başkanvekilleri de hükümetin politikalarını eleştirme bakımından muhalefeti temsil etmektedir. Bununla birlikte gölge bakanlarla aynı görev ve yetkiye sahip değildir.⁷³ TBMM’de siyasi partiler, çalışmalara siyasi parti grupları aracılığı ile katılmaktadır. İktidarda parti gruplarının, çalışmalara temsili oranında katılacağını düzenlemektedir. Siyasi partilerin grup kurması en az yirmi milletvekili ile mümkündür. Siyasi parti grubunda gölge bakanların faaliyet göstermesine olanak olmakla birlikte rakibi ile doğrudan karşılaşmaması, beklenen etkiden uzaklaşmasına sebep olacaktır.

İngiltere ve Avustralya’daki gölge bakanların parlamentoda bakanlara soru sorma ve tartışma olanağı bulunmaktadır. Bu durum hükümetin etkin bir şekilde denetlenmesinin yanında medyada yer

⁷⁰ Bateman, *In the Shadows: the Shadow Cabinet in Australia*, 45-46.

⁷¹ Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, 180.

⁷² Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 770,773.

⁷³ Yusuf Coşkun ve Cemal Yorgancıoğlu, “Westminster Modeline ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Dayalı Bakan Yardımcılığı İçin Karşılaştırmalı Analiz,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no.46 (2021): 102.

bulması bakımından olumlu sonuçlar doğurmaktadır. Gölge kabine üyeleri yaptıkları denetim ve alternatif politika üretme faaliyetlerini seçmenlere ulaştırma imkânı bulmaktadır. Bununla birlikte 2017 değişiklikleriyle daha önce var olan sözlü soru sorma imkânı kaldırılmış yalnızca yazılı soru sorma olanağı getirilmiştir. Soru mekanizması özü itibarıyla siyasi sorumluluk doğurmaktan ziyade hükümet politikaları üzerine dikkat çekmek ve kamuoyu oluşturmayı amaçlamaktadır. Sözlü soru mekanizmasının kaldırılmış olması soru üzerine hükümet üyesi ile tartışma olanağını sona erdirmiştir. Ayrıca yazılı soruların kamuoyu oluşturma kabiliyeti daha düşüktür. Dolayısıyla gölge kabinenin kendi işlevini yerine getirmesi için en önemli araçlardan biri olan soru ve tartışma mekanizması Türkiye'deki cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi bakımından yeterince işlevsel değildir.

Soru mekanizmasına ilişkin bir değişiklik daha olmuştur. Önceki sistemde yürütmenin siyasi sorumlusu olarak başbakana ya da bakanlara soru yöneltilip sorumsuz cumhurbaşkanına soru sorulamamaktaydı. 2017 değişiklikleriyle birlikte bakanlara ve cumhurbaşkanı yardımcılara soru sorulabilmektedir. Bununla birlikte siyaseten tüm sorumluluk kendisinde olan cumhurbaşkanına soru yöneltilmemektedir. Dolayısıyla gölge kabine üyeleri soru mekanizmasıyla doğrudan yürütmenin sorumlusu olan tüm güç ve yetkiyi kendi bünyesinde toplayan cumhurbaşkanı ile karşılaşmamaktadır.

İngiltere'de gölge kabine üyelerinden parlamentodaki konumları gereği muhalefet etmeleri beklenmektedir. Bu durum meclis faaliyetlerinde gölge bakanları daha etkin bir muhalefet yapmaya zorlamaktadır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde bakanlar büyük oranda meclis dışından atanmakta, bakan olarak atanan milletvekilleri ise görevlerinden istifa etmektedir. Dolayısıyla bakanların meclisle ilişkisi parlamenter sistemden farklılaşmaktadır. Muhalefet partisinin gölge bakanları için de benzer bir durum söz konusudur. Milletvekilleri arasından görevlendirilen gölge bakanlar meclis içinde daha etkin bir muhalefet sergilese de milletvekili olmayan gölge bakanların hareket alanı daha sınırlıdır.

CHP'nin 11 Kasım 2023'te açıkladığı gölge kabine incelendiğinde 19 üyenin yalnızca 7 kişisi milletvekilidir.⁷⁴ Dolayısıyla diğer üyelerin meclis faaliyetlerine aktif katılımı sınırlı olup birçok faaliyete katılım gösterememektedir. İngiltere ve Avustralya'daki hükümetlerin kural olarak yasama organı içinden oluşması söz konusuysa gölge kabine için de aynı durum geçerlidir. Fakat Türkiye'de uygulanan cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde bakanlar çoğunlukla meclis dışından atanmakta meclis içinden atananların ise parlamento ile bağı kesildiği için durum farklılaşmaktadır. Bu durumda meclis dışından atanmış olan gölge bakanlar faaliyetlerini, İngiltere ve Avustralya'daki örneklerden farklı olarak, meclis dışına daha fazla taşıyıp, yasama faaliyetlerine katılamamaktan kaynaklı açığı kapatmak zorundadır.

Türkiye'de gölge bakanların bazı meclis faaliyetlerine izleyici olarak katıldığı görülmektedir. 2025 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu Teklifi görüşmelerini gölge bakanlar, meclis genel kurulunda izleyiciler için ayrılan locadan takip etmiştir. Aynı zamanda gölge bakanların bütçe görüşmeleri sırasında sorumlu olduğu bakanlıkların görüşmelerini takip etmek üzere komisyonda bulunacakları ifade edilmiştir.⁷⁵ Mecliste birçok konu uzmanlık alanlarına göre ayrıştırılan komisyonlarda görüşülüp olgunlaştırılmakta ve genel kurula gelmektedir.⁷⁶ TBMM İç Tüzüğü'nün 21. ve 22. maddelerine göre TBMM komisyonlarına yasama döneminde iki kez üye seçilmekte olup üyeler ilk dönem iki yıl, ikinci dönem ise kalan süre boyunca görevde bulunmaktadır. Milletvekili olmayan gölge bakanların, meclisteki komisyonlara katılma imkânı da sınırlı olacaktır. Bu durumda politika yapım süreçlerine ya da araştırmalara doğrudan katılma ve müdahil olma olanaklarını kaybedeceklerdir. Meclisteki faaliyetlerden ancak grup toplantılarına izleyici olarak katılabileceklerdir. Nitekim bütçe görüşmesi sırasında milletvekili olmayan gölge bakanların alanlarındaki ilgili bakanlıkları mecliste eleştirmesi ve cevap vermesi mümkün olmamıştır.

⁷⁴ Ayşe Sayın, "CHP'de 'gölge kabine' dönemi: 17 MYK üyesi gölge kabinde, 7'si parti yönetiminde yer aldı," erişim tarihi: Mart 5, 2025, <https://www.bbc.com/turkce/articles/cz92lmq6562o>.

⁷⁵ CHP, "Cumhuriyet Halk Partisi Gölge Kabine Üyeleri TBMM'de," 09/12/2024, erişim tarihi: Mart 4, 2025, <https://chp.org.tr/haberler/cumhuriyet-halk-partisi-golge-kabine-uyeleri-tbmmde>.

⁷⁶ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 304.

İngiltere’de iki partili siyasal sistem tek parti iktidarlarına olanak sağlamaktadır.⁷⁷ Bu doğrultuda ana muhalefet partisi tek başına iktidar olma olasılığıyla özgürce gölge kabine belirleyip, gölge bakanları bu doğrultuda çalışacaktır. Eggers ve Spirling⁷⁸ gölge kabinde yer alan gölge bakanların, partilerinin iktidara taşınması durumunda bakan olarak görev alma ihtimallerinin yüksek olduğunu ortaya koymuştur. Fakat Türkiye’de cumhurbaşkanlığı seçimlerinde çoğunluğu yakalamak ve yüzde yedilik seçim barajını aşmak amacıyla seçim ittifakları yapılmaktadır. Seçim ittifaklarının sonucu muhalefetteki partilerin iktidardaki koltukları paylaşması şeklinde kendini gösterebilir. Bu durumda bir gölge bakanın alanında etkili muhalefet yapsa bile diğer partilerle yapılacak koltuk paylaşımı sebebiyle dışarda kalmasına sebep olabilir.

Türkiye’de gölge kabinenin uygulanmasındaki bir diğer zorluk siyasal kültürle⁷⁹ ilgilidir. Türk siyasal kültüründe güçlü lider algısının önemli olduğu görülmektedir. Toplum beklentilerini liderle özdeşleştirmektedir. Hatta siyasi partiler dahi liderle özdeşleşmekte, çoğu zaman parti lideri siyasi parti programının önüne geçmektedir.⁸⁰ Başka bir ifadeyle toplum beklentilerini siyasi partilerin izlemiş olduğu politikalar yerine siyasi parti liderleri üzerinden belirtmekte ve onunla özdeşlik kurmaktadır. Dolayısıyla hükümeti eleştirip ona alternatif olma görevi gölge bakanlardan oluşan bir kuruldan ziyade güçlü bir muhalefet lideri figüründen beklenmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki güçlü bir gölge bakan hatta güçlü bir gölge cumhurbaşkanı toplum nezdinde etkili olup karşılık bulurken yeterince güçlü olmayan gölge cumhurbaşkanı ve gölge bakanların karşılık bulması zordur.

Gölge kabine mekanizması bir yasal düzenleme olmadan benimsenip kurumsallaşmış bir uygulamadır. İngiltere’de siyasal sistem içindeki birçok mekanizma yazılı olarak düzenlenmemiş olmasına karşın teamül olarak benimsenip uygulanmıştır.⁸¹ İngiliz siyasi kültüründe, müzakereci ve uzlaşmacı bir iktidar muhalefet ilişkisi hakimdir. Bununla birlikte Türkiye’de uzlaşma kültürünün yeterince güçlü olmadığı söylenebilir.⁸² Çoğu zaman partiler uzlaşma yerine kutuplaşma yolunu izlemektedir.⁸³ Bu durum iktidarın politikalarını yapıcı biçimde eleştirerek iktidara alternatif olma yanında katkı sunma işlevi de gören gölge kabine uygulamasının benimsenmesini zorlaştıracaktır.

Uygulamaya muhalefet partilerince de yeterince sahip çıkıldığını söylemek zordur. CHP’nin açıklamış olduğu gölge kabine üyelerinin gerek sosyal medya hesaplarında gerekse katıldığı programlarda kendilerini çoğunlukla gölge bakan sıfatıyla değil genel başkan yardımcısı sıfatıyla tanıttıkları görülmektedir. Gölge bakanlardan İlhan Uzgel Dışişleri Bakanı Hakan Fidan’la, Yalçın Karatepe Hazine ve Maliye Bakanı Mehmet Şimşek ile gölge bakan sıfatıyla görüşme gerçekleştirmiştir.⁸⁴ Bununla birlikte görüşmelerin sınırlı kaldığı, gölge kabine üyelerinin, gölge bakan sıfatıyla kamuoyunda yeterince yer edinemediği ifade edilebilir.

⁷⁷ Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, 141.

⁷⁸ Eggers ve Spirling, *The Shadow Cabinet in Westminster Systems: Modeling Opposition Agenda Setting in the House of Commons, 1832-1915*, 33.

⁷⁹ Bireylerin siyasete ilişkin tutum, beklenti ve davranışları siyasi kültürün konusunu oluşturur. Siyasi kültür iktidar, devlet yapısı, hükümet sistemi ya da siyasi parti sisteminden ziyade bireylerin bunlara karşı yaklaşımı ve tutumu ile ilgilenmektedir. Bkz. İnan Özer, “Siyasal Kültür, Demokrasi ve Demokratik Değerler,” *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 14, no.1 (1996): 83-84. Türkiye’de siyasi kültüre ilişkin temel yaklaşımlar için Bkz. Hakan Mehmet Kiriş, “Parti Sisteminde Kutuplaşma ve Türk Parti Sistemi Örneği,” *Amme İdaresi Dergisi* 44, no.4 (2011): 44-46.

⁸⁰ Suavi Tuncay, *Parti İçi Demokrasi ve Türkiye*, (Gündoğan Yayınları, 1996), 53.

⁸¹ Lijphart, *Demokrasi Modelleri Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*, 36.

⁸² Gürbüz Özdemir, Türk Siyasi Kültürü Bağlamında Hükümet Sistemlerine İlişkin Bir Değerlendirme, *Oğuz-Türkmen Araştırmaları Dergisi* 2, no.2 (2018): 68; Gencay Şaylan, “Cumhuriyet ve Demokrasi Kavramları Üzerine Düşünceler,” *Amme İdaresi Dergisi* 39, no.4 (2006): 1.

⁸³ Kiriş, “Parti Sisteminde Kutuplaşma ve Türk Parti Sistemi Örneği,” 63-64.

⁸⁴ CHP, “İlhan Uzgel, Dışişleri Bakanı Hakan Fidan ile Görüştü,” erişim tarihi: Mart 4, 2025, <https://chp.org.tr/haberler/ilhan-uzgel-disisleri-bakani-hakan-fidan-ile-gorustu-ilhan-uzgel-yapici-ve-tamamlayici-bir-diplomasi-onerdik>.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Hükümet sisteminin başkanlık, parlamenter ya da yarı başkanlık sistemi olmasından bağımsız olarak kuvvetler ayrılığı ilkesi teoride kalmakta; güçlü ve disiplinli parti yapısı, yürütmenin tarihsel süreç içinde artan gücü gibi sebeplerle pratikte iktidarın denetlenmesi konusunda yetersiz kalmaktadır. Bu noktada muhalefet, hükümetlerin denetimi ve demokratik sistemin işleyişi bakımından önemli bir rol üstlenmektedir. Gölge kabine uygulaması muhalefetin, hükümeti denetleme işlevinin kurumsallaşmasını sağlamaktadır.

Gölge kabinenin hükümet politikalarını eleştirmek, onlara alternatif politikalar üreterek iktidara hazır “bekleyen hükümet” olarak toplumu ikna etmek ve potansiyel hükümet üyelerini eğitmek temel görevleridir. Bunun yanında muhalefeti örgütleyip farklı kesimlerle iş birliği geliştirmek ve hükümeti yönlendirmek de gölge kabinenin işlevlerindendir. Hükümet üyeleri sahip olduğu kamu gücü ve ayrıcalıkları ile medya olanakları sayesinde muhalefete göre avantajlı bir konuma sahiptir. Gölge kabine uygulaması ile siyasal sitem içinde kendine yer edinen gölge bakanlar hem hizmet alanları ile ilgili konularda hem de medyada kendine alan açma fırsatı bulmaktadır. Ayrıca görevli olduğu alanda uzmanlaşarak olası iktidar değişikliği sonrasında sürece kolay uyum sağlamaktadır.

Ülke örnekleri incelendiğinde gölge kabine uygulamasının gayri resmi bir kurum olarak ortaya çıkıp benimsendiği ardından birtakım hukuki düzenlemelerin yapılarak kurumsallaştığı görülmektedir. Gölge kabine uygulaması İngiltere’de ortaya çıkmış olup İngiliz Westminster modeli parlamenter sistemin uygulandığı Avustralya, Yeni Zelanda ve Kanada gibi ülkelerde de benimsenmiştir. Bu ülkelerde de gölge kabineden hükümeti eleştirerek alternatif politikalar üretmesi ve alanında uzmanlaşan potansiyel hükümet üyelerini eğitmesi beklenmektedir. Gölge kabine uygulaması yumuşak kuvvetler ayrılığına dayalı parlamenter hükümet sistemi içinde gelişmiştir. Parlamenteoya karşı sorumlu hükümetin meclisin denetim ve kontrolü altında olması, yasama çalışmalarına katılması, soru ve tartışma gibi yöntemlerle gölge kabine ile karşılaşmasına olanak sağlamaktadır. Bu durum gölge kabinenin konumunu pekiştirmekte ve medyada görünür kılarak toplumu politikaları konusunda ikna etme olasılığını artırmaktadır.

Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, 2017 anayasa değişikliğiyle siyasal siteme girmiş olup kendine özgü bir başkanlık sistemi olarak ifade edilmektedir. Başkanlık sistemine geçişin doğal bir sonucu olarak cumhurbaşkanı, yürütmenin tek sorumlusu olarak icracı ve güçlü figür olarak ortaya çıkmıştır. Bakanlar kurulu hukuki olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte fiili olarak varlığını sürdürmektedir. Bakanların kolektif sorumluluğu olmayıp yalnızca cumhurbaşkanına karşı sorumlulukları mevcuttur. Cumhurbaşkanının hem bakanlar hem de partisi üzerindeki konumun devam etmesi sebebiyle yasama organı üzerinde önemli etkisi bulunmaktadır. Bu durum sistemi sert kuvvetler ayrılığı ilkesinden uzaklaştırmaktadır. Gölge kabine uygulaması bu noktada hükümetin denetimi ve alternatif politika üretilmesi konusunda işlevsel bir kurum olarak uygulanabilir. Gölge kabine uygulaması, siyasal zemini yapay tartışmalar yerine somut politikalar üzerinde yürütülen bir müzakere alanına dönüştürebilir. Hükümeti eleştirmekle birlikte somut çözüm önerileri ortaya koyan bir yapıcı muhalefet yaklaşımı, toplum nezdinde daha ikna edici olacaktır.

Gölge kabine uygulamasının demokratik siyaset alanının gelişmesi bakımından birçok faydasının yanında Türkiye’de uygulanma sürecinde gerek hükümet sistemi yapısından gerekse siyasi kültürden kaynaklı birtakım zorluklarla karşılaşması muhtemeldir. Bu zorlukların büyük çoğunluğu gölge kabine uygulamasının içinde doğup geliştiği parlamenter sisteme uygun tasarlanmasından kaynaklanmaktadır. İncelenen ülke örneklerinde gölge bakanların neredeyse tamamı parlamento içinden atanmakta ve yasama faaliyetleri sırasında aktif muhalefet etmektedir. Bununla birlikte Türkiye’deki sistemde bakanların olduğu gibi gölge bakanların da büyük çoğunluğunun meclis dışından atandığı görülmektedir. CHP’nin 11 Kasım 2023’te açıkladığı 19 gölge bakanın sadece 7’si milletvekilidir. Bu durum gölge bakanların önemli bir kısmının yasama faaliyeti kapsamındaki politika süreçlerine doğrudan katılma ve müdahil olma olanağını sınırlandıracaktır. Westminster modelindeki gibi parlamentoda kabinenin karşısında konumlanan bir gölge kabine uygulamasının görülmesi zordur. Ayrıca cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde bakanların meclise karşı bir sorumluluğu yoktur. Gölge kabinenin kendini en çok gösterme fırsatı bulduğu, İngiltere ve Avustralya’daki gibi soru ve tartışma olanağı sınırlıdır. 2017 değişiklikleriyle birlikte sözlü soru önergesi kaldırılmış olup yazılı soru önergesi

de cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlara karşı sorulabilmektedir. Dolayısıyla gölge kabinenin kendi görev alanındaki bakanlarla sözlü soru üzerine tartışıp kendini gösterme fırsatı bulabileceği önemli bir mekanizma kaldırılmıştır. Bunun yanında güç ve yetki kendinde toplanan cumhurbaşkanına yazılı da olsa soru yöneltilememektedir.

Türkiye’de toplum güçlü lider odaklı siyasal kültüre sahiptir. Bu noktada gölge kabinenin kurul olarak ürettiği politikalar ve yaptığı muhalefet, güçlü bir muhalefet lideri kadar toplum nezdinde etkili olmayabilir. Dolayısıyla gölge kabineyi oluşturan üyelerin kişilik yapısı uygulamanın benimsenmesi bakımından önemlidir.

İngiltere’de iki partili siyasal sistem büyük oranda tek parti hükümetlerini beraberinde getirmektedir. Türkiye’de çok partili siyasal sistem hakim olup hükümet bir partiye mensup başkan tarafından kurulsada gerek cumhurbaşkanlığı seçimi gerekse yasama sürecinde diğer partilerin desteğine ihtiyaç duyulabilmektedir. Gerek muhalefet gerekse iktidar partisinin gireceği seçim ittifakı tek bir gölge kabine oluşturulması konusunda zorluklar meydana getirebilir. Bu durumda iktidara gelmeyi hedefleyen tüm siyasi partiler kendi gölge kabinelerini oluşturabilir. Böylece yalnızca iktidar değil ana muhalefet partisi de kendini baskı altında hissedip politika geliştirme konusunda daha dikkatli davranacaktır.

Gölge kabine uygulamasının hem hükümet sisteminden hem de Türkiye’nin kendine özgü koşullarından kaynaklanan birtakım zorluklar içerdiği gerçektir. Bununla birlikte gölge kabine uygulamasının İngiltere’deki koşullarda ortaya çıktığını ve şekillendiğini unutmamak gerekir. Dolayısıyla Türkiye’de de mevcut hükümet sistemi ve siyasal sistemin diğer unsurları göz önüne alarak gölge kabine uygulaması benimsenebilir.

Gölge bakanların meclis faaliyetlerinde daha fazla etkinlik göstermelerini sağlamak için meclisteki milletvekilleri arasından atanması faydalı olacaktır. Bununla birlikte gölge bakanların meclis dışından da olabileceği göz önüne alınarak yasama çalışmalarına doğrudan ya da dolaylı olarak katılımı sağlayacak mekanizmalar oluşturulmalıdır. Özellikle milletvekili olmayan gölge bakanlar meclis içinde kuracağı ekiplerle koordinasyon sağlayarak yasama süreçlerinde etkili olabilir. Bunun dışında gölge kabineye yasama faaliyetlerinde alan açılması, gölge bakanın meclis dışından olsa bile oy kullanmaksızın meclis faaliyetlerine katılımına olanak sağlanması yararlı olacaktır.

Gölge bakanların meclis dışında olma ihtimalinin yanında meclis faaliyetleri sırasında sözlü soru olamaması ve alanındaki hükümet üyeleri ile tartışma olanağının sınırlı olması gölge bakanların faaliyetlerini meclis dışına da taşımalarını zorunlu kılmaktadır. Hem medyada kendine yer açabilmek hem de alanındaki bakanla karşılaşabilmek adına “gölge bakan” ve “gölge kabine” unvanının öne çıkarılması gerekmektedir. Ayrıca gölge bakanların meclis dışında çeşitli kesimlerle iş birliği geliştirerek geniş tabanlı bir muhalefet ve kamuoyu oluşturması, hükümetin kendine dikkat etmesini sağlayacak ve muhalefetin de iktidara hazırlanmasına katkı sunacaktır.

Bakanların aksine bir bürokratik örgüt ile kamu gücü ve ayrıcalıklarına sahip olmayan gölge bakanların, iş yükü göz önüne alınıp personel ve mali ayrıcalıklar sağlanması, gölge kabinenin konumunu netleştirecektir. Bu kapsamda yapılan düzenlemeler gölge kabineye hukuki zemin kazandıracak, siyasal sistem tarafından benimsenmesini sağlayacaktır.

Sonuç olarak gölge kabine uygulamasının Türkiye’de uygulanmasının önünde zorluklar olsa da hem hükümet hem de muhalefet bakımından faydalı olacağı bir gerçektir. Bu doğrultuda Türk siyasal sistemine uygun düşeceği ölçüde yasal düzenlemeye kavuşması sistemin kurumsallaştıracaktır.

Kaynakça

- Aldemir, Ceray ve Özge Hameş. “Katılımcı Yönetim ve Avustralya Seçim Sistemi.” *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 20, no.1 (2018): 99-116.
- Arslan, Rıza. “Parlamentar Yönetim Sisteminde Gölge Kabine’li Muhalefet.” *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 11, no.2 (2009): 1-16.
- Arslan, Rıza. *Demokratik Yönetim Sistemleri*. Dora Basım Yayın, 2015.
- Atar, Yavuz. “Neden Sistem Değişikliği?” *Kamuda Sosyal Politika Dergisi* 10, no.37 (2017): 35-38.
- Balakrishnan, Maha. “A Framework for a Shadow Cabinet in Malaysia,” 2021, Erişim tarihi Mart 21, 2025, <https://bersih.org/wp-content/uploads/2021/03/Bersih-Policy-Research-A-Framework-for-Shadow-Cabinet-In-Malaysia.pdf>.
- Bateman, Joel. *In the Shadows: the Shadow Cabinet in Australia*. Department of Parliamentary Services, 2009.
- Beyme, von Klaus ve Daniels, V. Robert. “Muhalefet.” çev. Mehmet Turhan, iç. *Marxism, Communism and Vestern - A Comparative Encyclopeda*, ed. Claus Dieter Kernig, 188-226, Herder and Herder, 1973.
- Bianet. “Yeni Yönetim Açıklandı.” Erişim tarihi Mart 5, 2025. <https://bianet.org/haber/chpnin-golge-kabinesi-nde-9-kadin-9-erkek-siyasetci-yer-aldi-287758>.
- CHP. “Cumhuriyet Halk Partisi Gölge Kabine Üyeleri TBMM’de.” Erişim tarihi Mart 4, 2025, <https://chp.org.tr/haberler/cumhuriyet-halk-partisi-golge-kabine-uyeleri-tbmmde>.
- CHP. “CHP Genel Başkanı Özgür Özel; Gölge Kabine ve İdari Görevler’den Oluşan MYK’yı Açıkladı.” Erişim tarihi Mart 4, 2025. <https://chp.org.tr/haberler/chp-genel-baskani-ozgur-ozel-golge-kabine-ve-dari-gorevlerden-olusan-mykyi-acikladi>.
- CHP. “İlhan Uzel, Dışişleri Bakanı Hakan Fidan ile Görüştü.” Erişim tarihi Mart 4, 2025. <https://chp.org.tr/haberler/lhan-uzgel-disisleri-bakani-hakan-fidan-ile-gorustu-lhan-uzgel-yapici-ve-tamamlayici-bir-diplomasi-onerdik>.
- Coşkun, Yusuf ve Cemal Yorgancıoğlu. “Westminster Modeline ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Dayalı Bakan Yardımcılığı İçin Karşılaştırmalı Analiz.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no.46 (2021): 75-122.
- Cumhuriyet. Erişim tarihi Mart 5, 2025. <https://egazete.cumhuriyet.com.tr/katalog/192/1990/10/22/10>.
- Çağlayan, Ramazan. “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no.7 (2016): 373-398.
- Dwivedi, Richa ve Abhinav, Shrivastava. “Institutional Opposition in Parliamentary Democracy: Experience from the UK, Australia and India.” *International Journal of Public Law and Policy* 9, no.3 (2023): 314-329.
- Eggers ve Arthur Spirling. *The Shadow Cabinet in Westminster Systems: Modeling Opposition Agenda Setting in the House of Commons, 1832-1915*, (American Political Science Association, Midwest Political Science Association, the Princeton Political Methodology Seminar, 2014), https://web.archive.org/web/20150105144519id_/http://www.people.fas.harvard.edu:80/~spirling/documents/bursty.pdf
- Erdoğan, Mustafa. *Anayasal Demokrasi*. Siyasal Kitabevi, 2017.
- Eroğul, Cem. *Çağdaş Devlet Düzenleri*. İmaj Yayınevi, 2010.
- Eroğul, Cem. *Anatüzeeye Giriş (Anayasa Hukuku’na Giriş)*. İmaj Yayınevi, 2009.
- Euronews. “Davutoğlu’nun kurduğu ‘gölge kabine’ nedir?” Erişim tarihi Mart 1, 2025. <https://tr.euronews.com/2019/12/25/davutoglundun-kurdugu-golge-kabine-nedir>.
- Galligan, Brian. *A Federal Republic: Australia's Constitutional System of Government (No. 3)*. Cambridge University Press, CUP Archive, 1995.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi-Cilt I*. Ekin Yayınları, 2020.
- Gözler, Kemal. *Elveda Anayasa*. Ekin Yayınları, 2017.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Ekin Yayınları, 2019.

- Gül, Cengiz. *Demokrasi Teorisi Açısından Başkanlık/Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Demokratiklik Değeri*. Adalet Yayınevi, 2019.
- Güneş, Turan. *Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956.
- Independent. “Selvi: Sarıgül, Gölge Kabine'sini açıklıyor.” Erişim tarihi Mart 5, 2025. <https://www.indyturk.com/node/431441/haber/selvi-sarigul-golge-kabinesini-a%C3%A7%C3%B1kl%C3%B1yor>.
- Independent. “Davutoğlu'nun 'gölge kabinesi' belli oldu.” Erişim tarihi Mart 5, 2025. <https://www.indyturk.com/node/108836/siyaset/davuto%C4%9Flunun-g%C3%B6lge-kabinesi-belli-oldu>.
- Johnson, Nevil. "Opposition in the British Political System." *Government and Opposition* 32, no.4 (1997): 487-510.
- Kaboğlu, İbrahim Özden. “Gölge Kabine”: Fırsat mı, Risk mi?, Erişim tarihi Mart 5, 2025. <https://ibrahimkaboglu.org/golge-kabine-firsat-mi-risk-mi.html/>.
- Kapani, Münici. *Politika Bilimine Giriş*. Serbest Kitaplar, 2019.
- Karasu, Koray. “İngiltere’de Kamu Yönetimi,” ed. Koray Karasu, iç. *Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri*. İmge Kitabevi, 2020, 175-348.
- Kiriş, Hakan Mehmet. “Parti Sisteminde Kutuplaşma ve Türk Parti Sistemi Örneği.” *Amme İdaresi Dergisi* 44, no.4 (2011): 33-67.
- Lijphart, Arend. *Demokrasi Modelleri Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*. çev. A. Ayas, Güneş ve Bulsun, Utku Umut, İthaki Yayınları, 2014.
- Nar, Utku. “SHP’den CHP’ye Uzanan Gölge Kabine Geleneği.” *Politikayol*, Erişim tarihi Mart 9, 2025. <https://www.politikayol.com/shpdn-chpye-uzanan-golge-kabine-gelenegi>.
- Özbudun Ergun. *Parlâmenter Rejimde Parlâmentonun Hükûmeti Murakabe Vasıtaları*. Ankara Üniversitesi Basımevi, 1962.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Yetkin Yayınları, 2012.
- Özdemir, Gürbüz. “Türk Siyasi Kültürü Bağlamında Hükümet Sistemlerine İlişkin Bir Değerlendirme.” *Oğuz-Türkmen Araştırmaları Dergisi* 2, no.2 (2018): 45-86.
- Özer, İnan. “Siyasal Kültür, Demokrasi ve Demokratik Değerler.” *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 14, no. 1 (1996): 71-98.
- Parliament of Australia. Erişim tarihi Şubat 17, 2025, https://www.aph.gov.au/About_Parliament/House_of_Representatives/Powers_practice_and_procedure/Practice7/HTML/Chapter2/Cabinet.
- Punnett, R. Malcolm. *Frontbench Opposition: the Role of the Leader of the Opposition, the Shadow Cabinet and Shadow Government in British Politics*. Heinemann, 1973.
- Rodney Brazier. *Constitutional Practice: The Foundations of British Government*. Oxford University Press, 1999.
- Roskin, G. Michale. *Çağdaş Devlet Sistemleri: Siyaset Coğrafya, Kültür*. çev. Atilla Yayla ve Bahattin Seçilmişoğlu, Adres Yayınları, 2021.
- Rush, Michael. *The Role of the Member of Parliament Since 1868: From Gentlemen to Players*. OUP Oxford, 2001.
- Sancar, Altan. “Altılı masa 'gölge kabine' kuracak: Komisyonlardan bakanlar çıkacak.” Erişim tarihi Mart 7, 2025. <https://www.diken.com.tr/altili-masa-golge-kabine-kuracak-komisyonlardan-bakanlar-cikacak/><https://chp.org.tr/yayin/ortak-politikalar-mutabakat-metni/Open>.
- Sartori, Giovanni. *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*. çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, 1997.
- Sayın, Ayşe. “CHP’de 'gölge kabine' dönemi: 17 MYK üyesi gölge kabinede, 7’si parti yönetiminde yer aldı.” Erişim tarihi Mart 5, 2025. <https://www.bbc.com/turkce/articles/cz92lmq6562o>.
- Steffani, Winfried. "Parlament, Regierung, Rechtsprechung.” İç. *Politikwissenschaft, Eine Grundlegung* 2, ed. Klaus von Beyme, 3-35, Verlag W. Kohlhammer, 1987.

- Summers, John. "Parliament and Responsible Government," iç. *Government Politics in Australia*. ed. Jane Robbins, John Summers, Alan Fenna, 33-53, Pearson Higher Education AU, 2014.
- Şaylan, Gencay. "Cumhuriyet ve Demokrasi Kavramları Üzerine Düşünceler." *Amme İdaresi Dergisi* 39, no.4 (2006): 1-15.
- TBMM Tutanak Dergisi. Erişim tarihi Şubat 17, 2025. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c050/tbmm18050024.pdf>.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*. Beta Yayıncılık, 2016.
- Tiernan, Anne and Patrick, Weller *Learning to be a Minister: Heroic Expectations, Practical Realities*. Melbourne University Publishing, 2010.
- Tuncay, Suavi. *Parti İçi Demokrasi ve Türkiye*. Gündoğan Yayınları, 1996.
- Turner, D. Robert. *The Shadow Cabinet in British Politics*. Routledge and Kegan Paul, 1969.
- Uluşahin, Nur. *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*. Yetkin Yayınları, 1999.
- Wikipedia, "Gölge Kabine." Erişim tarihi Mart 1, 2025. [https://tr.wikipedia.org/wiki/G%C3%B6lge_Kabine_\(T%C3%BCrkiye\)](https://tr.wikipedia.org/wiki/G%C3%B6lge_Kabine_(T%C3%BCrkiye)).
- Yüksel, İsmail. "6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun Ardından Kanun Yapma Yöntemi." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no.2 (2017): 251-274.
- Yıldız, Ceren. "1982 Anayasasında Öngörülen Parlamenter Denetim Yollarının 2017 Anayasa Değişikliği İle Dönüşümü." *Anayasa Hukuku Dergisi* 11, no.22 (2022): 493-522.



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2025

Cilt / Volume: 7

Sayı / No: 2

Eserin Türü / Araştırma

Makalesi/ Research Article

DOI: 10.47136/asbuhfd.

1732374



YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARA UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ

*Determination of the Applicable Law for
Competition-Restrictive Agreements
Involving a Foreign Element*

Elif Selen Batıgün

Makale Gönderim Tarihi / Received: 01.07.2025

Makale Kabul Tarihi / Accepted: 05.12.2025

Hakem Değerlendirmesi / Peer Review: Çift kör hakem.
Double peer-reviewed.

Anahtar Kelimeler / Keywords:

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, Doğrudan etkilenen piyasa hukuku, MÖHUK m. 38, Rekabet hukukunun emredici kuralları, Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, Etki doktrini, Roma II Tüzüğü. / Restrictive agreements, Law of the directly affected market, Article 38 of the Private International Law and Procedure Law, Mandatory rules of competition law, Directly applicable rules of a third state, Effect doctrine, Rome II Regulation.

Atıf / Citation:

Batıgün, Elif Selen. "Yabancılık Unsuru Taşıyan Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi." *ASBU Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, no.2 (2025) 163-183

Yazar Bilgileri / Authors Information:

Arş. Gör. Dr. Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Denizli, elifselenbatigun@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4027-5645.

Teşekkür / Acknowledgments: Bulunmamaktadır.

Finansal Destek / Financial Support: Finansal destek alınmamıştır.

Çıkar Çatışması / Conflict of Interest: Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval: Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence: Yapay zeka araçlarından yararlanılmamıştır.

Öz

Bu çalışma, küreselleşen piyasalarda artan sınır ötesi ekonomik faaliyetler çerçevesinde, yabancılık unsuru taşıyan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan kaynaklanan taleplere hangi hukukun uygulanacağı sorununu Türk milletlerarası özel hukuku perspektifinden ele almaktadır. Bu bağlamda, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların geçersizliği ve bunlardan kaynaklanan tazminat taleplerinde uygulanacak hukukun belirlenmesi hem maddi hukuk normlarının niteliği hem de bağlama kurallarının işlevi bakımından incelenmesi gereken karmaşık bir alan ortaya koymaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde, maddi hukuk kapsamında rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ele alınmıştır. İkinci bölümde ise, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan doğan taleplerin vasıflandırılması ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)¹ m. 24 ve m. 38 hükümleri uyarınca uygulanacak hukukun tespiti üzerinde durulmuştur.

Abstract

This study addresses the issue of which law applies to claims arising from restrictive agreements with a foreign element within the framework of increasing cross-border economic activities in globalized markets, from the perspective of Turkish private international law. In this context, the invalidity of restrictive agreements and the determination of the applicable law for compensation claims arising from them present a complex area that needs to be examined in terms of both the nature of substantive law norms and the function of conflict of laws rules.

In the first part of the study, restrictive agreements are discussed within the scope of substantive law. The second part focuses on the classification of claims arising from restrictive agreements and the determination of the applicable law according to Articles 24 and 38 of the Law on Private International Law and Procedure No. 5718 (MÖHUK).

Extended Summary

In the context of a globalizing economy, competition is a dynamic process shaped by the efforts of economic actors supplying goods and services in markets to maximize their interests. This process functions as a natural mechanism that regulates consumer and producer behavior, enabling prices to reach equilibrium. The healthy functioning of competition is considered a cornerstone of the market economy, as it encourages companies to offer goods and services to consumers under optimal conditions, thereby enhancing efficiency and fostering innovation. However, the sustainability of these positive effects of competition may be threatened by the existence of agreements that restrict competition.

Competition-restricting agreements are those that aim to, or result in, impeding, distorting, or limiting competition by obstructing free interaction among market participants. Due to this nature, such agreements have the potential to disrupt market dynamics. Within this framework, the Law on the Protection of Competition (LPCA) provides an important legal basis for prohibiting anti-competitive conduct, preserving market order, and enhancing consumer welfare.

The primary objective of this study is to comprehensively examine the applicable law to claims arising from competition-restricting agreements involving a foreign element within the scope of Turkish private international law. Given the increasing frequency of cross-border competition infringements in globalizing markets, determining which national law applies to such disputes is of great significance, especially considering the complexities that may arise when multiple jurisdictions and legal systems intersect. In this context, particular emphasis will be placed on analyzing how Turkish courts interpret and implement conflict-of-law provisions, as well as the practical implications this has for parties engaged in cross-border commercial activities. By clarifying these aspects, the study aims to highlight the importance of legal certainty and foreseeability for businesses operating in an increasingly interconnected global economy.

Accordingly, the first section of this study will set out the conceptual foundations of competition-restricting agreements. This will include an analysis of the differences between contractual concerted practices and coordinated conduct, types of competition-restricting agreements, the “object” and “effect” criteria used to identify such agreements, and the role of the effects doctrine in competition law. Furthermore, the section will shed light on relevant comparative law perspectives and European Union jurisprudence to better contextualize how these criteria are interpreted and applied in practice. Finally, the private law consequences of restricting competition will be examined in detail, particularly the nullity sanction stipulated in Article 56 of the LPCA, as well as the liability for damages under Articles 57 and 58, including the enhanced damages mechanism introduced by Article 58(2), with a critical evaluation of their practical enforcement challenges. The second section of the study will address the classification of claims arising from competition-restricting agreements involving a foreign element under private international law and the determination of the applicable law to such claims. In this context, the applicable law rules concerning contractual obligations under Article 24 of the Turkish Private International and Civil Procedure Law (PIL) and the conflict-of-law rules to be applied to tort claims arising from competition restriction under Article 38 will be analyzed. Additionally, the impact of directly applicable rules (Article 31 PIL), the effects doctrine, the mosaic effect problem, and the limitation of damages under Article 38(2) concerning foreign law’s damage awards will be discussed. Through this comprehensive approach, the Turkish private international law system’s multifaceted approach to this complex issue will be evaluated holistically, taking into account both theoretical controversies and practical implications for cross-border antitrust litigation.

GİRİŞ

Küreselleşen ekonomik ortamda rekabet, piyasalarda mal ve hizmet sunan ekonomik aktörlerin kendi çıkarlarını maksimize etme çabasıyla şekillenen dinamik bir süreçtir. Bu süreç hem tüketici hem de üretici davranışlarını belirleyerek fiyatların dengeye ulaşmasını sağlayan doğal bir mekanizma işlevi görmektedir. Rekabetin sağlıklı bir şekilde işlemesi, piyasa ekonomisinin temel taşlarından biri olarak kabul edilmekte ve şirketlerin tüketicilere en uygun koşullarda mal ve hizmet sunmalarını teşvik ederek

etkinliği artırmakta ve yenilikçiliği desteklemektedir. Ancak, rekabetin bu olumlu etkilerinin sürdürülebilirliği, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların varlığıyla tehdit altına girebilmektedir.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, piyasa aktörleri arasında serbest etkileşimi engelleyerek rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran anlaşmalardır. Bu niteliğiyle söz konusu anlaşmalar, piyasa dinamiklerini bozma potansiyeline sahiptir. Bu bağlamda, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)¹ çerçevesinde, rekabeti kısıtlayıcı davranışların yasaklanması, piyasa düzeninin korunması ve tüketici refahının artırılması amacıyla önemli bir hukuki zemin oluşturulmuştur.

Bu çalışmanın temel amacı, yabancılık unsuru içeren rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan kaynaklanan taleplere uygulanacak hukukun Türk milletlerarası özel hukuku çerçevesinde etraflıca tetkik edilmesidir. Küreselleşen piyasalar ve sınır ötesi rekabet ihlallerinin artan sıklığı göz önüne alındığında, bu tür uyuşmazlıklarda hangi ulusal hukukun esas alınacağına belirlenmesi büyük önemi haizdir.

Bu doğrultuda çalışmanın birinci bölümünde, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların kavramsal temeli ortaya konulacaktır. Bu kapsamda sözleşmesel irade uyumları ile uyumlu eylemler arasındaki farklar, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma türleri, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların tespitinde esas alınan “amaç” ve “etki” kriterleri ile etki doktrininin rekabet hukukundaki rolü incelenecektir. Nihayetinde, rekabetin sınırlandırılmasının özel hukuk alanındaki sonuçları, bilhassa RKHK m. 56’da öngörülen geçersizlik yaptırımı ile m. 57 ve 58 hükümleri çerçevesindeki tazminat sorumluluğu ile özellikle m. 58(2) ile getirilen artırılmış tazminat mekanizması ayrıntılı biçimde değerlendirilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise, yabancılık unsuru içeren rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan doğan taleplerin milletlerarası özel hukuk bakımından vasıflandırılması ve bu taleplere uygulanacak hukukun tespiti konuları ele alınacaktır. Bu çerçevede, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (MÖHUK) 24. maddesi kapsamında sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk ve 38. maddesi uyarınca rekabetin engellenmesinden doğan haksız fiil taleplerinde dikkate alınacak bağlama kuralları analiz edilecektir. Ayrıca, doğrudan uygulanan kurallar (MÖHUK m. 6) ile kamu düzeni (MÖHUK m.5) etkisi, etki doktrini, mozaik etkisi problemi ve MÖHUK m. 38(2) hükmü ile getirilen yabancı hukukun öngördüğü tazminatın sınırlandırılması hususları da ele alınarak, Türk milletlerarası özel hukuk sisteminin bu çok boyutlu meseleye yaklaşımı, bütüncül bir perspektifle değerlendirilecektir.

I. MADDİ HUKUK KAPSAMINDA REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALAR

A. Kavramsal Olarak Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalar

Rekabet, piyasada mal ve hizmet arz eden ekonomik aktörlerin, kendi çıkarlarını maksimize etme amacıyla, diğer aktörlerle fiyat ve miktar üzerinden girdiği karşılıklı mücadele süreci olarak tanımlanabilir.² Rekabet, bu yönüyle hem tüketici hem de üretici davranışlarını belirleyen ve fiyatları dengeye yaklaştıran doğal bir piyasa mekanizmasıdır.³ Rekabet, piyasa ekonomisinin işleyişini sağlayan temel unsurlardan biri olup, şirketlerin tüketicilere mal ve hizmetleri en elverişli koşullarda sunmalarını teşvik ederek, etkinliğin artmasına ve yenilikçiliğin gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Rekabetin varlığı, fiyatların düşmesi yönünde bir baskı oluşturarak tüketici refahını artırmaktadır.⁴ Zira günümüz

¹ RG. 13.12.1994, S. 22140.

² Bu süreç, piyasada kıtlık veya bolluk gibi örnekse bağlamda çoğaltılabilecek sübjektif durumlara bağlı olarak fiyatların doğal seviyesinin üzerine çıkmasına ya da altına inmesine yol açmaktadır. Adam Smith, *Milletlerin Zenginliği*, çev. Mustafa Acar (Liberus Kitap, 2020), 68.

³ Smith, *Milletlerin Zenginliği*, 68; Richard Whish, *Competition Law* (Oxford ve New York: Oxford University Press, 2012.), 1; Robert Lane, *EC Competition Law* (Pearson Education Limited, 2000), 6.

⁴ Moritz Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law* (Cambridge University Press, 2013), 1; Smith, *Milletlerin Zenginliği*, 91.

ekonomilerinde mal ve hizmet piyasaları, çoğu zaman doğrudan gözlemlenemeyen ilişkiler aracılığıyla, özellikle fiyat mekanizması üzerinden birbirine sıkı biçimde bağlıdır.⁵

Bu çerçevede tüketiciler ile tedarikçilerin, piyasa aktörleri arasında herhangi bir eşgüdüm olmaksızın tamamen kendi çıkarları doğrultusunda ve serbestçe etkileşimde bulunmaları gerektiği görüşü, rekabet kavramının temelini oluşturmaktadır. Bu mekanizmanın sağlıklı işleyebilmesi için, teşebbüslerin birbirlerinden bağımsız hareket etmeleri, ancak birbirlerinin rekabet baskısını da göz önünde bulundurmaları gerekmektedir.⁶ Bu düzen içerisinde rekabet hukukuna ilişkin kurallar adeta bir “görünmez el” işlevi görerek, belirttiğimiz menfaatlerin sağlanmasını temin etmeyi amaçlamaktadır.⁷ Bu itibarla günümüzde 130’dan fazla hukuk sisteminin rekabet hukukuna ilişkin milli mevzuatı bulunmaktadır.⁸

Rekabet hukuku kapsamında rekabet sürecini korunması açısından yasaklanması gereken “rekabeti kısıtlayıcı davranışlar” bulunmaktadır.⁹ Öğretide bu davranışlar, “rekabet hukuku tarafından kontrol edilen davranışlar” veya “zararlı davranışlar” olarak da ifade edilmektedir.¹⁰ Bir üst başlık olarak değerlendirilen bu davranışların bir bölümünü de çalışmamız kapsamında incelediğimiz “rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar” oluşturmaktadır.¹¹ Bu anlaşmalar öğretide “danışıklık” üst başlığı altında değerlendirilmektedir.¹² RKHK’nın “Yasaklanan Faaliyetler” başlıklı İkinci Kısım, Birinci Bölümünde düzenlenen m. 4, “rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler¹³ arası anlaşmalar”ın hukuka aykırı ve yasak olduğundan bahsetmekle birlikte “anlaşma” kavramını açıklayan bir hükme yer vermemektedir.¹⁴

⁵ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions* (United Nations, 2002), 4–68.

⁶ Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law*, 1.

⁷ “Görünmez el” terimi, 18. yüzyılda Adam Smith tarafından kaleme alınan *Milletlerin Zenginliği* (*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*) adlı eserinde ortaya atılmıştır. Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law*, 1-3; 15; Smith, *Milletlerin Zenginliği*, 13.

⁸ Wendy Ng, “Changing Global Dynamics and International Competition Law,” *European Journal of International Law* 30, no. 4 (2019): 1409.

⁹ Roma II Tüzüğü’nün Giriş Bölümü’nün 23. paragrafındaki tanıma göre, rekabeti kısıtlayıcı davranışlar; teşebbüsler arasında yapılan anlaşmaları, teşebbüs birlikleri tarafından alınan kararları, rekabeti engelleme, kısıtlama veya bozma amacı ya da etkisi taşıyan uyumlu eylemleri ve hâkim durumun kötüye kullanılmasını içermektedir. “*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar*”ı düzenleyen RKHK m. 4’ün düzenlendiği birinci bölüm ise Tüzükle paralel şekilde “*yasaklanan faaliyetler*” başlığını taşımaktadır. Bu kapsamda RKHK sistematiği, Roma II Tüzüğü’nde “*serbest rekabeti kısıtlayıcı davranışlar*”ı “*yasaklanan faaliyetler*” başlığı altında saymaktadır. RKHK’nın “*Yasaklanan Faaliyetler*” başlığını taşıyan bölümü, “*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar*” ve “*hâkim durumun kötüye kullanılması*”nı (m. 6) düzenlemektedir. Avrupa Birliği Temel İşleyiş Anlaşması (TFEU) Art. 101. ve 102 (önceki 81. ve 82. maddeler) ya da ilgili ulusal düzenlemelerde öngörülen kurallara aykırılık oluşturan teşebbüsler arası anlaşmaları konu almaktadır. TFEU Art. 101’e konu olan “*iç pazarda rekabeti önlemeyi, kısıtlamayı veya bozmayı amaçlayan ya da bu sonucu doğuran, işletmeler arasındaki tüm anlaşmalar*”, Türk hukuku kapsamındaki “*işletmelerin aralarında yaptıkları anlaşmalar veya uyumlu davranışlarla rekabeti sınırlamaları*”na karşılık gelmektedir. Avrupa Birliği Temel İşleyiş Anlaşması olarak Türkçe’ye çevirdiğimiz, “*Consolidated Version of The Treaty on the Functioning of the European Union*” İngilizce metni için bkz.; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT> erişim tarihi: Haziran 13, 2025.

¹⁰ Whish, *Competition Law*, 2.

¹¹ Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law*, 3; Whish, *Competition Law*, 1-2.

¹² Murat Aydoğdu, “Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararların Rekabeti Sınırlaması (Engellemesi, Bozması veya Kısıtlaması),” içinde *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel Armağanı*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2001), 14.

¹³ RKHK’nın “*Tanımlar*” başlıklı 3. maddesinde teşebbüs, “*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzelkişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri*” kasteden bir ifade olarak tanımlanmaktadır.

¹⁴ Gönenç Gürkaynak, *Rekabet Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2024), 89.

Kanun hükmünün gerekçesinde¹⁵ ise anlaşmanın, “*Medeni Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında*” kullanıldığı ifade edilmektedir.¹⁶ Hükmün gerekçesinde belirtildiği üzere anlaşmanın yazılı ya da sözlü biçimde yapılmış olması hukuki değerlendirme açısından belirleyici değildir. Dolayısıyla rekabet hukuku bakımından dikkate alınan bir anlaşmadan bahsedilebilmesi için özel bir şekil şartının öngörülmediği anlaşılmaktadır. Bu noktada, bir anlaşmanın varlığının kabulü için teşebbüsler arasında irade uyuşumunun bulunması yeterlidir.¹⁷

Öğretide de RKHK m. 4 uyarınca “anlaşma” teriminin geniş yorumlanması gerektiğine dikkat çekilmektedir.¹⁸ Keza Rekabet Kurulu’nun 2011 tarihli bir kararında¹⁹, “*anlaşma kavramının, sözleşmelerden çok daha geniş bir irade birlikteliği*” olduğuna değinilmiştir. Hükümdeki anlaşma terimi en genel anlatımla, teşebbüsler arasındaki faaliyetlerin uyumlaştırılmasına ilişkin irade uyuşumlarını işaret etmektedir.²⁰ Bu irade uyuşumunun sözleşmesel düzlemde veya sözleşme olmaksızın da gerçekleşebileceğine değinilmektedir. Zira Rekabet Kurulu’nun 2011 tarihli bir kararı²¹ uyarınca, “*Sözleşme olmaksızın da rekabet ortamını bozan her türlü ilişkinin uygulamaya sokulması da anlaşma niteliğindedir.*” Bu kapsamda teşebbüsler arasında borçlar hukuku anlamında bir sözleşmenin ilgili pazarda rekabetin kısıtlanması sonucunu doğurması hâlinde RKHK m. 4’ün kapsamında değerlendirilen bir ihlalin sözleşmesel boyutta gerçekleştiği kabul edilmekle birlikte sözleşme dışı ilişkilerinde RKHK m. 4’te anılan anlaşma teriminin kapsamında değerlendirilmesi esastır.²²

Sözleşmesel bir ilişki kapsamında iki rakip üretici teşebbüsün, kendi bayileriyle imzaladıkları sözleşmelere, belirli ürünlerin nihai satış fiyatlarının alt sınırını belirleyen hükümler eklemeleri söz konusu olabilmektedir. Benzer şekilde otomobil üreten firmaların aralarında yaptıkları sözleşmelerle fiyat sabitlemesi yapmaları söz konusu olabilir. Bu tür hükümler her ne kadar taraflar arasında geçerli bir sözleşmeye dayanıyor olsalar da bayilerin bağımsız fiyatlama politikası geliştirmesini engelleyici nitelik taşımaktadırlar. Bu şekilde teşebbüsler arasındaki sözleşmenin rekabeti sınırlayıcı etki doğurması gündeme gelmektedir. Bu durumda, rekabet ihlali açıkça sözleşmesel düzeyde tezahür etmektedir. Belirtmemiz gerekir ki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların sözleşme ilişkisi dışında gündeme gelmesi ise genelde “*uyumlu eylemler*” vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Uyumlu eylemlere örnek olarak, aynı pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin herhangi bir yazılı veya sözlü anlaşma yapmaksızın, paralel şekilde fiyatlarını artırmaları ve bu davranışın daha önce gerçekleştirilen sektörel bir toplantı sonrasında gerçekleşmiş olması gösterilebilir. Aralarında klasik anlamda bir sözleşme bağı bulunmamasına rağmen, taraflar arasında örtülü bir irade uyuşumunun varlığı halinde, bu tür fiili iş birliği halleri de “*uyumlu eylem karinesi*”nin işetilmesiyle RKHK m. 4 kapsamında “anlaşma” olarak değerlendirilebilmektedir.²³

B. Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşma Türleri

Rekabeti kısıtlayan anlaşmalar dikey ve yatay olmak üzere iki kategoride incelenmektedir. Dikey anlaşmalar, üretim veya dağıtım zincirinin birbirinden farklı aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında kurulan ve genellikle tedarik ilişkisine dayanan anlaşmaları ifade etmektedir. Örneğin, bir

¹⁵ 4054 Sayılı Kanun’un “*Madde Gerekçeleri*” için bkz.; <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun/madde-gerekceleri> erişim tarihi, Haziran 23, 2025.

¹⁶ Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, 89.

¹⁷ Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, 89.

¹⁸ Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, 89.

¹⁹ Rekabet Kurulu, K. 11-04/64-26, T. 19.01.2011, www.lexpera.com erişim tarihi: Haziran 24, 2025. Ayrıca bkz.; Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, 89.

²⁰ Libena Tetreva, “*Agreements Restricting Freedom of Competition and Their Regulation*,” *Scientific Papers of the University of Pardubice – Series D, Faculty of Economics and Administration* 8, no. 1 (2003): 152.

²¹ Rekabet Kurulu, K. 11-04/64-26, T. 19.01.2011, www.lexpera.com erişim tarihi: Haziran 24, 2025. Ayrıca bkz.; Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, 89.

²² Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, 93.

²³ Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, 93; Aydoğdu, “*Türk ve AB Rekabet Hukuku Bakımından Anlaşma*,” 19.

üretici ile dağıtıcı yahut bir hammadde sağlayıcısı ile nihai ürün üreticisi arasında kurulan münhasırlık düzenlemeleri, özellikle piyasaya yeni giriş yapmak isteyen teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştıracı etki doğurduğunda, rekabet hukuku bakımından sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Bu tür anlaşmalar, pazara giriş engellerini artırarak etkin rekabetin sağlanmasını güçleştirebilir.²⁴ Yatay anlaşmalar ise aynı üretim ya da dağıtım basamağında yer alan, dolayısıyla birbirleriyle doğrudan rekabet halinde bulunan teşebbüsler arasında akdedilen rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardır.²⁵ Böylelikle rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların tedarik zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler veya birbirleriyle doğrudan rekabet eden rakip teşebbüsler arasında yapılabilmesi mümkündür.

RKHK m. 4'te rekabeti sınırlandıran anlaşmalara örnek teşkil eden bazı durumlara bentler hâlinde yer verilmiştir. Bu kapsamda, teşebbüsler arasında mal veya hizmetlerin fiyatlarının belirlenmesine yönelik anlaşmalar²⁶ (m. 4(1)(a)), piyasaların veya piyasa kaynaklarının paylaşılmasına ilişkin uzlaşmalar²⁷ (m. 4(1)(b)), arz ya da talep miktarının kontrol altına alınmasına yönelik düzenlemeler (m. 4(1)(c)), rakiplerin dışlanması hedefleyen uygulamalar²⁸ (m. 4(1)(d)), eşit durumda bulunan kişilere farklı koşullar uygulanmasını öngören ayrımcı düzenlemeler (m. 4(1)(e)) ve bir mal veya hizmetin başka bir mal veya hizmetin alımına ya da teşhirine bağlanması suretiyle yapılan bağlı satışlara ilişkin anlaşmalar

²⁴ Tetrevova, "Agreements Restricting Freedom", 152; Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, 99.

²⁵ Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, 99; Martin Illmer, "Article 6 Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition," in *Rome II Regulation: Pocket Commentary*, editör: Peter Huber (Otto Schmidt/De Gruyter European Law Pub, 2011), 177-178; Michael Bogdan ve Ulf Maunsbach, *EU Private International Law: An ECJ Casebook* (Europa Law Publishing, 2012), 206.

²⁶ "Bu açıdan bakıldığında, şikâyet konusu olayda, Ankara Anamur hattında fiyatların önce 50-55 TL. olarak uygulanırken, 40-45 TL.'ye indirilmesi ve buna tüm firmalar tarafından riayet edilmesi firmalar arasında fiyata ilişkin bir anlaşma ve/veya uyumlu eylem olduğu yönünde belirtilerdir." (Rekabet Kurulu, K. 09-25/521-122, T. 27.05.2009; aynı yönde bkz. Rekabet Kurulu, K. 08-76/1227-465, T. 30.12.2008Dan. İDDK., E. 2009/1075, K. 2013/1360, T. 11.04.2013, www.lexpera.com erişim tarihi: Haziran 24, 2025. Mersin'in Mut ilçesinde internet kafe işleten teşebbüslerin bir araya gelerek internet saat ücretinin 1 TL'den 1,5TL'ye çıkarılması yönünde karar almaları rekabeti kısıtlama amacı taşıyan bir anlaşmadır ve bu anlaşma 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamına girmektedir. (Rekabet Kurulu, K. 17-08/94-41, T. 23.02.2017, www.lexpera.com erişim tarihi: Haziran 24, 2025.

²⁷ LÜKS EROVA ve EREKTAŞ firmaları arasında uygulanan sıra sisteminin rekabeti sınırlayıcı anlaşma olarak kabul edilmesi hususunda bkz.; Rekabet Kurulu, K. 15-36/549-177 T. 09.09.2015, www.lexpera.com erişim tarihi: 24.06.2025. Yozgat il merkezi ve Sorgun ilçesinde faaliyet gösteren teşebbüslerin, rekabeti kısıtlayıcı şekilde hazır beton müşterilerini yönlendirmek amacıyla yalnızca satış faaliyeti yürüten iki ayrı şirket kurdukları ve bu yapıyı pazar paylaşımı amacıyla kullanmalarının rekabeti kısıtlayıcı anlaşma olarak kabul edilmesine ilişkin bkz.; Rekabet Kurulu, K. 20-15/215-107, T. 19.03.2020, www.lexpera.com erişim tarihi: Haziran 24, 2025.

²⁸ "Rekabet hukukunda rakiplerin faaliyetlerinin boykot ya da benzer davranışlarla zorlaştırılması ya da bu teşebbüslerin piyasa dışına çıkarılmaya çalışılması dışlayıcı eylemler olarak ifade edilmektedir. Rakiplerin birbirlerinin faaliyetlerini zorlaştırmaları veya kısıtlamaları esasen rekabetin doğal bir sonucu olarak görülebilmekteyse de bir grup teşebbüsün anlaşma yoluyla ya da bir birlik çatısı altında alınan kararlarla dışlayıcı etkileri açık ve ağır eylemler içinde bulunmaları rekabet hukuku düzenlemeleri ile hukuka aykırı kabul edilmektedir." (Rekabet Kurulu, K. 13-33/443-194, T. 04.06.2013, www.lexpera.com erişim tarihi: Haziran 24, 2025. üst pazarda hâkim durumda olan bir teşebbüsün, alt pazarda bulunan firmalar açısından zorunlu olan bir unsurdan yararlanmalarını engelleyecek şekilde onlara mal vermeyi reddetmesi ve bu şekilde rakibi konumundaki firmaları dışlamak suretiyle pazardaki rekabeti kısıtlaması şeklinde ortaya çıkmaktadır." Rekabet Kurulu, K. 12-29/839-242, T. 31.05.2012, www.lexpera.com erişim tarihi: Haziran 24, 2025. Bu kapsamda, teşebbüsün, rakip GSM operatörlerinin kontör/dakika hediye kampanyalarına katılımını engellemek suretiyle pazara erişimini kısıtlaması, onay merci gibi davranarak rekabeti zorlaştıracı davranışlar sergilemesi ve rakiplerin katılımı halinde sağlanan indirimleri kaldırarak caydırıcı fiyatlama uygulamasının dışlayıcı etki olarak nitelendirilmesine yönelik karar için bkz.; Dan., 13. D., E. 2010/2490, K. 2013/2706, T. 01.11.2013. Aynı yönde kararlar için bkz.; Rekabet Kurulu, K. 13-07/74-43, T. 24.01.2013; Rekabet Kurulu, K. 12-29/839-242, T. 31.05.2012; Rekabet Kurulu, K. 10-59/1204-454, T. 16.09.2010; Rekabet Kurulu, K. 12-17/465-136, T. 06.04.2012, www.lexpera.com erişim tarihi: Haziran 24, 2025.

(m. 4(1)(f)), hukuka aykırı ve yasak uygulamalar olarak değerlendirilmektedir.²⁹ Belirtilmelidir ki rekabeti kısıtlayan anlaşmalar RKHK m. 4'ün kapsamındaki örneklerle sınırlı değildir. Bu noktada RKHK m. 4'te sayılmayan biçimde bir anlaşmanın rekabeti kısıtlaması ve söz konusu anlaşmanın yasaklanması gündeme gelebilecektir.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları yasaklayan RKHK hükmü emredici nitelik taşımakta ve hem maddi hem de coğrafi anlamda kendi uygulama alanlarını tayin etmektedirler.³⁰ Bu doğrultuda RKHK m. 4 hükmünün uygulama alanını tayin eden çeşitli ölçütlere başvurulmaktadır. Bu itibarla teşebbüsler arasındaki anlaşmanın rekabeti kısıtlama amacı taşıması³¹ veya "*fili veya potansiyel rekabeti kısıtlama etkisi*" göstermesi halinde RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilebilen bir anlaşmanın varlığından söz edilebilecektir.³²

Amaç bakımından rekabeti kısıtlayan anlaşmalara ilişkin değerlendirme yapılırken dikkat edilmesi gereken hususlar Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz m. 56'da düzenlenmiştir. Bu doğrultuda anlaşmanın içeriği ve içinde bulunulan ekonomik ve hukuki koşullar çerçevesinde bir incelemenin yapılmasıyla amaç yönünden inceleme yapılması ve anlaşmanın "*doğası gereği rekabetin kısıtlanmasına yol açıp açmayacağı*"nın değerlendirilmesiyle ihlalin tespit edilebilmesi mümkün olacaktır.³³ RKHK m. 4 uyarınca, esasen amacı itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olan bir anlaşma, başkaca bir unsurun varlığına ihtiyaç duyulmaksızın ihlal teşkil edebilir. Rekabet hukuku uygulamasında bu çerçevede, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların tespitinde yalnızca bu tür bir amacın varlığı yeterli olabilmekle birlikte, uygulamada söz konusu eylemin piyasada doğurduğu etkiler de önem taşımaktadır.³⁴

Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz m. 58'de, bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkilerinin, her somut olayın kendine özgü koşulları çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu değerlendirme, bilgi paylaşımının mevcut ve muhtemel etkilerinin, bilgi değişiminin gerçekleşmediği varsayımsal bir durumda oluşacak rekabet koşullarıyla karşılaştırılması yoluyla yapılmalıdır. Bilgi değişiminin, RKHK m. 4 kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir etki doğurduğunun kabul edilebilmesi için, fiyatlama, üretim miktarı, ürün kalitesi, ürün çeşitliliği veya inovasyon gibi temel rekabet unsurlarından en az biri üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabilecek nitelikte

²⁹ Örnek kabilinde sayılan hallerden ilk üçü ise "*kartel anlaşması*" olarak nitelendirilebilecek türdeki ihlallere işaret etmektedir. Görkaynak, *Rekabet Hukuku*, 125. TFEU Art. 101(1)'de RKHK m. 4 ile paralel şekilde, Üye Devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek ve iç pazarda rekabeti önlemeyi, kısıtlamayı veya bozmayı amaçlayan ya da bu sonucu doğuran, işletmeler arasındaki tüm anlaşmaları, işletme birliklerinin kararlarını ve uyumlu eylemleri yasaklamaktadır. Art. 101(1)'in devamında yasaklanan bazı konular örnek kabilinde sayılmıştır. Örnek kabilinde sayılan hususlar ise şu şekildedir; "(a) Satın alma veya satış fiyatlarının ya da diğer ticari şartların doğrudan veya dolaylı olarak belirlenmesi; (b) Üretimin, pazarların, teknik gelişmenin veya yatırımların sınırlandırılması veya kontrolü; (c) Pazarların veya tedarik kaynaklarının paylaşılması; (d) Eşdeğer işlemlerde taraf olan diğer ticari ortaklara farklı koşullar uygulanarak rekabet dezavantajına düşürülmesi; (e) Sözleşmelerin, sözleşme konusu ile doğrudan veya ticari alışkanlık gereği bağlantısı olmayan ek yükümlülüklerin kabulüne bağlanması." Art. 101(2)' de ise hüküm kapsamında yasaklanan bir anlaşmanın veya kararın geçersiz sayılacağı düzenlenmiştir.

³⁰ *Ahlström Osakeyhtö ve diğerleri v. Avrupa Komisyonu*, Case C-89/85, 31.03.1993, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:61985CJ0089\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:61985CJ0089(01)) erişim tarihi: Haziran 30, 2025.

³¹ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, m. 56, rekabetin sınırlandırılması amacı taşıyan her türlü bilgi paylaşımının, doğrudan etkisine bakılmaksızın rekabeti sınırlayıcı nitelikte kabul edileceğine değinmektedir. Rekabet Kurumu'nun anılan Kılavuzu'nun tam metnine ulaşmak için bkz.; <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yatay-isbirligi-anlasmalari-hakkinda-kilavuz1.pdf> erişim tarihi: Haziran 24, 2025.

³² Görkaynak, *Rekabet Hukuku*, 104-105; Tetrevova, "Agreements Restricting Freedom," 152.

³³ Görkaynak, *Rekabet Hukuku*, 105.

³⁴ Rekabet Kurulu, 24-56/1247-535, 27.12.2024. <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=a94ba089-6ec9-4e7b-90ff-5c371562fa5f> (erişim tarihi, 30.06.2025) Ayrıca bkz.; Rekabet Kurulu, 24-31/726-308, 25.07.2024, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=3b691d91-19e5-48c7-82f3-555891db4482> erişim tarihi: Haziran 30, 2025.

olması gerekir. Bu çerçevede, bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkisinin analizinde hem değişimin içeriği ve niteliği hem de ilgili pazarın yapısal özellikleri dikkate alınmalıdır.

Etkinin meydana geldiği yer olan milli piyasanın belirlenmesi oldukça önemli ve olası bir uyuşmazlık bakımından başlangıç noktası niteliğinde bir meseledir. En geniş biçimde piyasanın, rekabet içinde bulunan aktörlerin bir araya geldikleri yer olduğu ifade edilmektedir.³⁵ Somut olay bazında ise piyasa şeklinde ifade edilen terimin sınırlandırılması “*ilgili pazar*” kavramıyla yapılmakta ve bu kavram, teşebbüsler arasındaki rekabet koşullarının sağlıklı bir şekilde değerlendirilebilmesi amacıyla hem ürün hem de coğrafi boyutları dikkate alınarak tanımlanmaktadır.³⁶

Piyasa üzerindeki etkilerin dikkate alınmasına dayanan bu yaklaşım “*etki doktrini*” (“*effects doctrine*”)³⁷ olarak adlandırılmakta olup, Avrupa Komisyonu’nun 1993 tarihli *Wood Pulp* kararında³⁸ somut bir içeriğe kavuşturulmuştur.³⁹ Bu bağlamda kararda, ara ürünün fiyatlarını sabitleyerek rekabeti engellemeyi amaçlayan veya böyle bir sonuca yol açan herhangi bir anlaşmanın, söz konusu ürünün üye ülkeler arasında doğrudan ticareti olmasa bile, bu ürün başka bir ürünün hammaddesi olarak Birlik sınırları içinde başka bir yerde satıldığında, iç pazar ticaretini etkileyebileceğine değinilmiştir.⁴⁰ Bu nedenle etki doktrini esas alındığında bir ihlalin varlığından söz edebilmek için anlaşmanın fiili veya potansiyel biçimde rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığı dikkate alınmaktadır.⁴¹ 2008 tarihli bir Rekabet Kurulu kararında⁴² da vurgulandığı üzere, rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki anlaşmaların piyasa üzerindeki etkileri arasında; mal veya hizmet arzının azaltılması, fiyatların rekabetçi seviyelerin üzerine çıkarılması, ürün kalitesi ve çeşitliliğinde azalma gibi unsurlar yer almaktadır. Bu tür etkiler, tüketicilerin tercih imkanlarını daraltmakta ve dolayısıyla tüketici refahı üzerinde olumsuz sonuçlar doğurmaktadır.

Rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın m. 4 kapsamında değerlendirilebilmesi açısından öngörülen bir diğer şart ise anlaşmanın RKHK m. 5’te⁴³ sayılan muafiyet şartlarını taşımamasıdır. Zira RKHK m. 4

³⁵ Bilgin Tiryakioğlu, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997), 91.

³⁶ Rekabeti sınırlayıcı nitelikte bir anlaşmanın tespiti sürecinde, ürün pazarının belirlenmesi esnasında tarafların söz konusu anlaşma kapsamında sundukları mal veya hizmetlerin yanı sıra, bu ürünlerin tüketiciler açısından ikame edilebilirlik derecesi göz önünde bulundurulmaktadır. Bu bağlamda, talep ikamesi öncelikli olmakla birlikte, belirli koşullar altında arz ikamesi de değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Coğrafi pazar ise, mal ve hizmetlerin arz ve talebinin gerçekleştiği, rekabet koşullarının yeterince homojen olduğu ve taraflar arasında rekabetin doğrudan hissedildiği coğrafi alan olarak tanımlanmaktadır. Rekabet Kurulu, ilgili pazarın sınırlarını belirlerken fiyat testi, piyasa aktörlerinin davranışları, fiyat farklılıkları, müşteri ve rakiplerin görüşleri, ticaret akımları ile mevzuat kaynaklı engeller gibi çeşitli nicel ve nitel kriterleri kapsamlı bir şekilde incelemektedir. (Bu hususta Rekabet Kurumu’nun yayımladığı *İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz*’un tam metni için bkz.; [https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/ilgili-pazarin-tanimlanmasina-iliskin-kilavuz-\(08-04\)-56-m-20210203105245341-pdf](https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/ilgili-pazarin-tanimlanmasina-iliskin-kilavuz-(08-04)-56-m-20210203105245341-pdf) erişim tarihi: Haziran 30, 2025.

³⁷ Illmer, “Article 6 Unfair Competition,” 179.

³⁸ *Ahlström Osakeyhtiö ve diğerleri v. Avrupa Komisyonu*, Case C-89/85, 31.03.1993, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:61985CJ0089\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:61985CJ0089(01)) erişim tarihi: Haziran 30, 2025. Aynı doğrultuda karar için bkz.; (*Manfredi ve Diğerleri v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, C-295/04 to C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, 13.07.2006, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0295&qid=1749765551909> erişim tarihi: Haziran 13, 2025.

³⁹ Illmer, “Article 6 Unfair Competition”, 179; Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law*, 39-40.

⁴⁰ *Ahlström Osakeyhtiö ve diğerleri v. Avrupa Komisyonu*, Case C-89/85, 31.03.1993, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:61985CJ0089\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:61985CJ0089(01)) erişim tarihi: Haziran 30, 2025.

⁴¹ Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, 107.

⁴² Rekabet Kurulu, K. 08-41/552-205, T. 27.06.2008, www.lexpera.com erişim tarihi: Haziran 30, 2025.

⁴³ Art. 101(3), RKHK m. 5 ile aynı şekilde rekabeti sınırlayan anlaşmalar, kararlar veya uyumlu uygulamalara ilişkin istisnai bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, işletmeler arasındaki bazı anlaşmalar veya işletme birliklerinin kararları, eğer mal üretimi veya dağıtımının iyileştirilmesine, teknik veya ekonomik ilerlemenin teşvik edilmesine katkı sağlıyor ve tüketicilere bu gelişmelerden adil bir fayda sunuyorsa, genel yasaklama kapsamı dışında tutulabilecektir. Ancak bu istisnanın uygulanabilmesi için, bu tür uygulamaların işletmelere gereksiz kısıtlamalar getirmemesi ve piyasada rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırmaması gerekmektedir.

kapsamında hükme alınan yasaklama mutlak nitelikte değildir.⁴⁴ İstisnai nitelikte olan RKHK m. 5'te sayılan bu koşullar; malların üretimi veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında ekonomik ya da teknik gelişme sağlanması, tüketicilerin bu gelişmelerden fayda elde etmesi, ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde ortadan kalkmaması ve rekabetin sadece söz konusu faydaların elde edilmesi için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılmasıdır.

C. Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları

RKHK m. 56, m. 4 kapsamında rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın hukuki niteliğini düzenlemektedir. RKHK m. 56'ya göre, m. 4'e aykırı olan anlaşmalar geçersizlik yaptırımına tabi tutulmaktadır. Söz konusu yaptırım sonucunda, hukuka aykırı bir anlaşmaya dayalı olarak ifası talep edilen edimlerin yerine getirilmesi de mümkün değildir. Ayrıca tarafların bu anlaşmalardan kaynaklanan borçları da ileri sürmeleri söz konusu olmayacaktır. Yani bu durumda teşebbüsler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı sözleşmesel⁴⁵ veya sözleşme dışı borç ilişkilerinin geçersizliğinden bahsedilmektedir.⁴⁶

RKHK m. 57 ve 58, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar nedeniyle doğan zararlar nedeniyle doğan tazminat hakkını düzenlemektedir.⁴⁷ Bu çerçevede, rekabete aykırı nitelikteki anlaşmalar yoluyla rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması hâlinde, bu durumdan zarar görenler, uğradıkları tüm zararların tazminini talep etme hakkına sahiptir. Söz konusu zarar birden fazla teşebbüsün katıldığı bir anlaşma sonucunda meydana gelmişse, bu teşebbüsler zarardan müteselsilen sorumlu tutulmaktadır.

Böylece, madde hem rekabetin korunmasını sağlarken hem de yenilikçi ve verimli iş birliklerinin önünü açarak ekonomik gelişmeye imkân tanımaktadır. Nitekim TFEU Art. 101(3), bazı koşulların bir arada gerçekleşmesi hâlinde, m. 101(1)'de yer alan yasaklamanın uygulanamayacağını öngörmektedir. Zira m. 101(1) TFEU, üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek ve iç pazarda rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozucu etkiler doğurabilecek nitelikte olan tüm teşebbüsler arası anlaşmaları, teşebbüs birliklerinin kararlarını ve uyumlu eylemleri yasaklamaktadır. Atte Samuli Ouninkorpi, "Fairness in Article 101(3) TFEU" (Yüksek Lisans Tezi, Lund University, 2021), 4.

TFEU Art. 101(3)'e göre, "*teşebbüsler arasında yapılan herhangi bir anlaşma veya anlaşma kategorisi, teşebbüs birlikleri tarafından alınan herhangi bir karar veya karar kategorisi, herhangi bir uyumlu eylem veya uyumlu eylem kategorisi, eğer bu anlaşma, karar veya uyumlu eylem, mal üretimi veya dağıtımının iyileştirilmesine ya da teknik ya da ekonomik ilerlemenin teşvikine katkıda bulunuyor, ortaya çıkan faydalardan tüketicilere adil bir pay sağlıyor ve ayrıca:* (a) ilgili teşebbüslere, bu amaçların gerçekleştirilmesi için zorunlu olmayan kısıtlamalar getirmiyor ise; (b) ilgili teşebbüslere, söz konusu ürünlerin önemli bir kısmı üzerinde rekabeti ortadan kaldırma imkanı tanımıyorsa"

TFEU Art. 101(1)'in uygulanmaması söz konusu olmaktadır. Öğretide özellikle TFEU Art. 101(3)'ün düzenlediği ikinci koşula yönelik eleştirilerin yönetilmesi söz konusu olmuştur. Söyle ki bu koşul, doğrudan adalet kavramına atıfta bulunmaktadır. Adalet kavramı bağlamında, tüketicilerin aldığı payın ne zaman "adil" sayılacağı ve bu değerlendirmede hangi kriterlerin göz önünde bulundurulacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Ouninkorpi, *Fairness in Article 101(3) TFEU*, 5.

⁴⁴ Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, 109; Ouninkorpi, *Fairness in Article 101(3) TFEU*, 5.

⁴⁵ Türk hukukunda da rekabeti ihlal eden sözleşmelerin geçersizliğine (butlanına) hükmedilmesi mümkündür. Nitekim yargı uygulamasında, davalı şirketin ana sözleşmesinin rekabet hukukuna aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle butlanının tespiti talebiyle açılan bir davada, mahkeme söz konusu sözleşmenin hükümsüz olduğuna karar vermiştir. (Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2007/96, K. 2008/230, T. 18.06.2008 için bkz.; Pelin Güven, "Rekabetin Engellenmesi" Halinde Uygulanacak Olan Hukukun Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan (2011): 454.

⁴⁶ Illmer, "Article 6 Unfair Competition," 180.

⁴⁷ Karşılaştırmalı hukuk bakımından rekabetin engellenmesine dayanan talepler; rekabet ihlalinin sona erdirilmesi, müdahalenin durdurulması, hukuka aykırılığın tespiti, haksız şekilde elde edilen kazançların geri verilmesi ve tazminat istemi gibi çeşitli hukuki yolları içerebilmektedir. Bu tür talepler, örneğin İsviçre Kartel Kanunu (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen – KG) m.12 ile Alman Kartel Kanunu (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB) m.33'te düzenlenmiştir. Güven, "Rekabetin Engellenmesi" Halinde Uygulanacak Hukuk," 448.

Zararın tespiti açısından, zarara uğrayanların, ödemiş oldukları bedel ile rekabet kısıtlanmasaydı ödeyecekleri bedel arasındaki farkı tazminata konu zarar olarak isteyebilmeleri mümkündür. Aynı zamanda rekabetin kısıtlanmasından etkilenen rakip teşebbüslerin tüm zararı rekabeti kısıtlayan taraftan isteyebilmesi de mümkündür. Zararın hesaplanmasında zarar görenlerin yoksun kaldıkları kazançlar ve geçmiş dönemlere ilişkin bilançolar da dikkate alınmaktadır. (RKHK m. 58(1)) Ek olarak RKHK m. 58(2) hükmü, rekabet ihlallerinden doğan zararların tazmininde artırılmış sorumluluk uygulamasını düzenlemektedir. Hükme göre, “*Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.*”⁴⁸

II. YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARDAN KAYNAKLANAN TALEPLERE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

A. Genel Olarak Yabancılik Unsuru Taşıyan Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalar

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların tarafı olan teşebbüslerden en az birinin yabancı olması ve bu anlaşmanın Türkiye dışında yapılmış olmasına rağmen Türkiye’deki piyasayı veya piyasaları etkilemesi mümkün olabilir. Bu hal ve şartlarda rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın yabancılik unsuru taşıması ve anlaşmadan doğacak taleplere hangi hukukun uygulanacağını tespiti önem arz etmektedir. Diğer taraftan danışıklık ve kartel uygulamalarının bertaraf edilmesi adına yabancı piyasaların etkilenmesi söz konusu olduğunda da uygulanacak hukukun belirlenmesinin bir gereklilik olduğu ifade edilmektedir.⁴⁹

B. Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalardan Doğan Taleplerin Hukuki Nitelendirilmesi ve Bağlama Kuralları

Yabancılik unsuru taşıyan bir rekabet hukuku uyuşmazlığında ilk olarak hâkimin, önündeki anlaşma ya da uygulamanın rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olup olmadığını belirlemesi gerekmektedir. Bu aşamada yapılacak değerlendirme, hukuki bir nitelendirme olup kanunlar ihtilafı bakımından “*vasıflandırma*” sorunu ile ilgilidir.⁵⁰

Her ne kadar rekabet ihlallerine ilişkin vasıflandırmanın, korunan menfaatin niteliği ve milletlerarası karar ahenginin sağlanması gibi gerekçelerle *lex causae*’ye göre yapılması gerektiği ileri sürülse de⁵¹ bu yaklaşım uygulamada önemli bir mantıksal sorun yaratmaktadır. Zira *lex causae*, yani uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, ancak ilgili kanunlar ihtilafı kuralı işletildikten sonra tespit edilebilmektedir. Örneğin, MÖHUK m. 38 çerçevesinde uygulanacak hukukun belirlenmesinde esas alınan bağlama noktası, doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkedir. Ancak bu bağlama noktasının tespiti, yani etkilenen piyasanın nerede yer aldığının belirlenmesi, çoğu zaman kendi içinde bir belirsizlik taşımaktadır. Zira rekabet hukukuna özgü kavram olan “*doğrudan etkilenen piyasa*” her hukuk sisteminde farklı ölçütler esas alınarak tanımlanabilmektedir. Bu durum, hâkimin, öncelikle hangi ülkenin rekabet hukuku çerçevesinde değerlendirme yapması gerektiği sorununu ortaya çıkarmaktadır. Uygulanacak hukukun hangi ülke hukuku olduğunu belirlemek için etkilenen piyasanın hangi ülkede bulunduğu bilinmesi gerekirken; piyasanın yerini tespit etmek için de genellikle o ülkenin maddi rekabet hukuku kurallarına başvurulması gerekmektedir. Bu karmaşayı önleyebilmek ve sürecin sistematik şekilde ilerlemesini temin edebilmek için, ilk aşamada hâkimin kendi hukukuna, yani *lex fori*’ye başvurarak değerlendirme yapması gerekmektedir. Türk hukukunda hâkim görüş de bağlama

⁴⁸ Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Beta, 2024), 410; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, (Yetkin Yayınları, 2022), 221–222.

⁴⁹ Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları*, (Vedat Kitapçılık, 2011), 472.

⁵⁰ Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 31 Hacı Can, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Adalet Yayınevi, 2023), 201–202; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (On İki Levha Yayıncılık, 2023), 86–87.

⁵¹ Burak Huysal, “Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerinde Uygulanacak Hukuk,” *Rekabet Dergisi*, no. 50 (2012): 74–75.

konularında yapılacak vasıflandırmanın kural olarak *lex fori*, yani hâkimin kendi hukuku çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerektiği yönündedir. Bu doğrultuda Türk hâkimi, söz konusu eylemin veya anlaşmanın rekabet hukukuna ilişkin bir uyuşmazlık oluşturup oluşturmadığını öncelikle Türk hukukuna göre belirleyecektir.⁵²

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki Türk maddi hukuku kapsamında rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, her şeyden önce bir rekabet ihlali olarak nitelendirilmektedir. RKHK kapsamındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, teşebbüsler arasında borçlar hukuku anlamında bir sözleşmeyle gerçekleştirilebilmektedir. Bu şekilde bir anlaşma tespit edilemese de teşebbüslerin aralarında mevcut olan ve bir davranış yoluyla koordinasyon ya da iş birliği yaratan doğrudan ve dolaylı ilişkilerle rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma ile aynı sonuçları doğurabilmeleri mümkündür. Bu durumda teşebbüslerin uyumlu eylem yoluyla rekabeti kısıtlamaları halinde bu eylemin bir anlaşma gibi kabul edilerek yasaklanması söz konusu olmaktadır. Bu anlaşmalar hem borçlar hukuku anlamında bir sözleşmeyle, hem de sözleşme dışı uyumlu eylemlerle “rekabetin engellenmesi” sonucunu doğurmaktadır.⁵³

Öte yandan, rekabetin kısıtlanması durumunda ileri sürülen taleplerin hukuki nitelendirmesi, bu taleplerin dayandığı borç ilişkisinin türüne göre farklılık göstermektedir. Rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki bir anlaşmaya dayanarak ileri sürülen talep, doğrudan bir haksız fiil oluşturmuyorsa; yani uyuşmazlık, taraflar arasındaki sözleşmenin kendisiyle ilgili meselelerden kaynaklanıyorsa, bu durumda söz konusu talep sözleşmeden doğan borç ilişkisi kapsamında değerlendirilmelidir. Buna karşılık, rekabetin kısıtlanmasına yönelik bir anlaşmanın sözleşme ilişkisi dışında bir zarara yol açması hâlinde, bu zarar nedeniyle ileri sürülebilecek taleplerin haksız fiil hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan doğan taleplerin hukuki niteliği dikkate alınarak, sözleşmeden mi yoksa sözleşme dışı yükümlülüğün mi kaynaklandığına göre bağlama kurallarında ayırım yapılması gerekmektedir. Zira bu farklılığa bağlı olarak uyuşmazlığın farklı hukuki rejimlere tâbi olabilmesi mümkündür.⁵⁴

Bu doğrultuda teşebbüsler arasında rekabetin kısıtlanmasına yönelik bir irade uyuşumunun sözleşme yoluyla gerçekleştiği durumlarda, bu tür sözleşmesel talepler açısından uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 24 uyarınca sözleşme statüsü temelinde belirlenmelidir. Buna karşılık, bir teşebbüsün veya birden fazla teşebbüsün, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar yoluyla üçüncü kişilere zarar vermesi durumunda, bu zarar dolayısıyla ileri sürülecek taleplerde uygulanacak hukuk MÖHUK m. 38 hükümlerine göre tespit edilecektir.⁵⁵

Rekabeti kısıtlayan sözleşmesel ilişkilerden kaynaklanan zararlara ilişkin taleplerin de MÖHUK m. 38 kapsamında değerlendirildiği de savunulmaktadır. Kartel veya uyumlu eylem yoluyla belirlenmiş fiyatlar içeren bir sözleşme çerçevesinde ödeme yapan bir alıcının, bu nedenle zarara uğradığını ileri sürerek tazminat talebinde bulunması halinin bu çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu tür bir talep, doğrudan sözleşmeye dayanmaz; çünkü sözleşme taraflarca ifa edilmiş ve herhangi bir sözleşmeye aykırılık gerçekleşmemiştir. Bu bağlamda, tazminat istemi sözleşmesel bir borç ilişkisinden değil, rekabet hukukunun ihlal edilmemesine ilişkin genel bir yükümlülüğün ihlalinden kaynaklanmaktadır.⁵⁶ Diğer taraftan sözleşmenin RKHK m. 4 kapsamında geçersiz olduğunu

⁵² Bahar Üstündağ, “Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanmasından Doğan Bağlama Kuralı: Piyasa Üzerine Doğrudan Etki (MÖHUK m. 38)”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12, no. 1 (2022): 352.

⁵³ Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, 89-93.

⁵⁴ Illmer, “Article 6 Unfair Competition,” 180.

⁵⁵ Güven, “Rekabetin Engellenmesi’ Halinde Uygulanacak Hukuk,” 457. Örneğin, bir alıcının, taraf olduğu sözleşmenin ifası kapsamında, kartel veya uyumlu eylem sonucu belirlenmiş fiyatlar üzerinden ödeme yapması nedeniyle uğradığı zararın giderilmesini talep etmesi durumunda, bu tür bir talep doğrudan sözleşmeye dayanmamaktadır. Zira böyle bir durumda sözleşme taraflarca usulüne uygun şekilde ifa edilmiştir ve ortada klasik anlamda bir sözleşme ihlali bulunmamaktadır. Alıcının tazminat talebi, esasen rekabet hukukunun ihlal edilmemesi yönündeki genel hukuki yükümlülüğün ihlali sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, bu tür zararların tazmini için yapılacak başvurular, sözleşmesel değil, sözleşme dışı borç ilişkisi kapsamında değerlendirilmektedir. Illmer, “Article 6 Unfair Competition,” 180.

⁵⁶ Illmer, “Article 6 Unfair Competition,” 180.

düşündüğümüzde de aynı sonuca ulaşılması mümkündür. Bu kapsamda geçersiz bir sözleşmeye dayanarak hareket edilmesi üçüncü kişilere zarar verdiğinde, bu durum haksız fiil olarak nitelendirilmektedir.⁵⁷

1. MÖHUK m. 24 Uyarınca Uygulanacak Hukukun Tespiti

Bir sözleşmeyle rekabet ortamının bozulması halinde rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın varlığı gündeme gelmektedir. Uygulamada birçok sözleşme türüyle rekabeti kısıtlayan dikey anlaşmaların gerçekleştirilebilmesi mümkündür. Yani birçok sözleşme türünün bu hususta konuya dahil edilmesi mümkün olabilir. Bu sözleşme türlerinden uygulamada en fazla karşılaşılanlar ise taşınır satışı, dağıtım, tek satıcılık, *franchising* ve acentelik sözleşmeleridir.⁵⁸

Rekabeti kısıtlayarak ihlale sebep olan bir anlaşmaya dayanan sözleşmesel taleplerin uygulanabilirliği veya geçersizliğine uygulanacak hukuk konusunda ilgili sözleşme hakkında özel bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmadığı takdirde⁵⁹ MÖHUK m. 24'ün uygulanması gerekmektedir. Yani bu talepler MÖHUK m. 38 kapsamında “*rekabetin engellenmesi*” başlıklı bağlama kuralının uygulama alanına girmemektedir.⁶⁰ Bu bağlamda, rekabete aykırılık içeren bir dağıtım sözleşmesinde⁶¹, sözleşmenin tarafları (dağıtıcı ile ihlali gerçekleştiren teşebbüs) arasındaki taleplerde uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 uyarınca belirlenmekte; buna karşılık rakip teşebbüsler ile tüketicilerin ileri süreceği taleplerde uygulanacak hukuk MÖHUK m. 38(1) kapsamında tespit edilmektedir.⁶²

MÖHUK m. 24, sözleşmeye dayalı borç ilişkilerine uygulanacak hukukun belirlenmesini sağlayan temel bağlama kuralını düzenlemektedir. Tarafların açıkça ya da örtülü biçimde bir hukuk seçimi yapmış olmaları hâlinde, bu seçilen hukukun uygulanması söz konusu olmaktadır. (MÖHUK m. 24(1)) Hukuk

⁵⁷ Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 220.

⁵⁸ Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, 195-254; Bahar Üstündağ, “Rekabet İhlallerinden Doğan Kanunlar İhtilâfı”, (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2022), 182–216.

⁵⁹ Taşınır satışı, dağıtım, tek satıcılık, *franchising* ve acentelik sözleşmelerine ilişkin MÖHUK'ta özel bir kanunlar ihtilafı kuralı yoktur. Bu nedenle bu sözleşme türlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda genel bağlama kuralı olan MÖHUK m. 24'ün uygulanması gerekmektedir. Diğer ihtimalde MÖHUK, bir somut olay bakımından rekabeti kısıtlayıcı hükümler içeren bir sözleşme türünü özel bir bağlama kuralıyla da düzenlenmiş olabilir. Örneğin, bu sözleşme türü eşya taşıma sözleşmesiye, MÖHUK m. 24(1)'e göre değil, MÖHUK m. 29(1)'e göre hukuk seçimi yapılabilecektir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hali ise MÖHUK m. 29(2)'de düzenlenmiştir. Buna göre, “*tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde, sözleşmenin kuruluşu sırasında taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke aynı zamanda yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı ülke veya gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke ise bu ülkenin sözleşmeyle en sıkı ilişkili olduğu kabul edilir ve sözleşmeye bu ülkenin hukuku uygulanır. Tek seferlik charter sözleşmeleri ve esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmeler de bu madde hükümlerine tâbidir.*” MÖHUK m. 29(3) ise “*daha sıkı ilişkili*” hukuk kuralına yer vermektedir. Uygulamada rekabet ihlalinin sıklıkla dahil olduğu bir sözleşme türü örneği olarak lisans sözleşmeleri karşımıza çıkmaktadır. Fikri mülkiyet hakkının devrini konu alan bir lisans sözleşmesinden bahsedildiğinde, MÖHUK m. 28(1)'e göre taraflara hukuk seçimi imkânı tanınması söz konusudur. MÖHUK m. 28(2), tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, fikri mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri hukukunun, bu hukukun bulunmaması durumunda, mutad meskeni hukukunun uygulanacağını düzenlemektedir. Nitekim MÖHUK m. 28(2)'nin son cümlesi her hâlükârda daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde, bu hukukun uygulanacağını hükme almaktadır. Üstündağ, “Rekabet İhlalleri,” 244.

⁶⁰ Güven, “Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Hukuk,” 457. Avrupa Birliği hukukunda da benzer şekilde rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan kaynaklanan sözleşmesel taleplerin sözleşme dışı ilişkilerle sınırlı düzenlemeler içeren Roma II Tüzüğü Art. 6(3) kapsamında değil, sözleşmesel ilişkileri düzenleyen Roma I Tüzüğü kapsamında değerlendirilmesi söz konusudur. Illmer, “Article 6 Unfair Competition,” 180. Bu hususta ayrıca bkz.; Allan Philip, “Introduction to the EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations,” *Nordic Journal of International Law* 49, no. 3–4 (1980): 123–132.

⁶¹ Dağıtım sözleşmeleri, üretim zincirinin üst basamağında yer alan teşebbüs ile bir alt basamaktaki dağıtıcı arasında, mal veya hizmetlerin pazarlanması sürecine ilişkin iş birliğini uzun vadeli bir sözleşmesel çerçeveye oturtan anlaşmalar olarak tanımlanmaktadır. Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)*, (Vedat Kitapçılık, 2013), 32.

⁶² Huysal, “Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerinde Uygulanacak Hukuk,” 87.

seçiminin bulunmadığı durumlarda ise, “sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk” esas alınmaktadır (MÖHUK m. 24(4)). En sıkı ilişkili hukuk, objektif genel bağlama noktası biçiminde, sözleşmenin hangi hukuka tabi olacağını tayin edecektir. En sıkı ilişkinin ise karakteristik edim kavramında somutlaştığı ifade edilmektedir⁶³. Keza MÖHUK m. 24(4)’ün ikinci cümlesine göre, en sıkı ilişkili hukuk, “karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir.” Bunun yanında MÖHUK m. 24(4)’ün son cümlesinde düzenlenen “istisna kuralı” uyarınca “daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması” söz konusuysa, bu hukukun uygulanacağı düzenlenmektedir. Yani hâlin bütün şartları sözleşmenin, anılan karinelerin işaret ettiği hukuktan farklı bir hukukla daha sıkı bir irtibat kurduğunu gösteriyorsa, daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunduğu kabul edilmeli ve sözleşme bu hukuka tabi olmalıdır⁶⁴. Örneğin, rekabeti kısıtlayan bir dağıtım sözleşmesinde taraflar arasında bir hukuk seçimi yoksa, uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24(4) uyarınca belirlenecektir. İlk aşamada karakteristik edim borçlusunun; çoğu durumda sağlayıcı veya üreticinin işyeri hukuku karakteristik edim karinesi uyarınca esas alınacaktır. Ancak karakteristik edim belirlenemiyorsa, hâkim sözleşmenin tüm bağlama noktalarını değerlendirerek en sıkı ilişkili hukuku belirleyecektir. Bunun yanında sözleşmenin fiilen icra edildiği pazarın (örneğin Türkiye pazarı) sözleşme ile daha güçlü bir ekonomik ve coğrafi bağ kurması söz konusuysa hâkim, istisna kuralı uyarınca daha sıkı ilişkili hukuku (örneğin Türk hukukunu) uygulayabilecektir.

Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmiş olmaları veya hâkim tarafından objektif bağlama kuralıyla yabancı hukukun belirlenmiş olması, Türk mahkemelerinin bu yabancı hukuku mutlak surette uygulayacağı anlamına gelmemektedir. Bu doğrultuda kamu düzeni müdahalesi (MÖHUK m. 5) ve doğrudan uygulanan kuralların (MÖHUK m. 6) devreye girerek yabancı hukukun uygulanmasını engellemesi mümkündür⁶⁵. Örneğin, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak yabancı bir hukuku seçtiğini varsayarsak bu hukuk, rekabeti kısıtlayıcı dikey anlaşmalara Türk rekabet hukuku kadar katı sınırlamalar getirmiyor olabilir. Yabancılık unsuru barındıran bir dağıtım sözleşmesinde sağlayıcı, dağıtıcının yalnızca belirli bölgelerde satış yapmasına izin veren bir münhasırlık hükmü dayatabilir. Seçilen yabancı hukuk, rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan bu tür bir hükmü geçerli sayarken, Türk mahkemesinin, rekabetin korunmasını temin etmek adına bu sözleşmenin geçerliliği konusunda MÖHUK m. 5 uyarınca yabancı hukuku uygulamamayı tercih edebileceğini düşünmekteyiz. Öte yandan Türk rekabet mevzuatı, Türk devletinin mali ve ekonomik politikalarını, özellikle “ulusal ekonomi ve pazarı kontrol eden” düzenlemeler içermektedir. Bu kapsamda sözleşme yapma özgürlüğünün, doğrudan uygulanan kurallarla sınırlandırılabilmesi de mümkündür⁶⁶.

Görüldüğü üzere devletlerin özel hukuk ilişkilerine artan müdahalesi, sözleşmesel olarak rekabetin kısıtlanması bakımından da kendini göstermektedir. Özellikle piyasa düzeninin ve serbest rekabetin korunması amacı, devletleri yalnızca kamusal yaptırımlarla değil, aynı zamanda özel hukuk ilişkilerine yönelik müdahaleler yoluyla da harekete geçirmektedir. Bu bağlamda, iki özel kişi arasında yapılan ve ilk bakışta sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilebilecek nitelikteki anlaşmalar içerikleri itibarıyla rekabet kurallarını ihlal ettiklerinde, artık yalnızca özel hukuk hükümleriyle çözümlenebilecek nitelikte görülmemekte; devletin ekonomik düzeni koruma amacıyla bu ilişkilere müdahalesi söz konusu olmaktadır. Bu tür müdahaleler açısından, özel hukuk ilişkilerinde klasik iki taraflı ve eşitlik esasına

⁶³ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 333; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 179-182; Fügen Sargın, “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 2 (2001): 37-95, 42-43.

⁶⁴ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 333; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 357.

⁶⁵ Bu tür rekabeti kısıtlayıcı sözleşmeden doğan taleplere ilişkin uyuşmazlıklarda MÖHUK m. 31’in dikkate alınmasını özellikle vurgulayan görüş için bkz.; Güven, “Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Hukuk,” 457. Ayrıca bkz.; Lando ve Nielsen, “The Rome I Regulation,” 26.

⁶⁶ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 160; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 137.

dayanan yaklaşım yerine, kamu hukukuna özgü tek taraflı ve emredici bir anlayışın benimsendiği görülmektedir. Nitekim, rekabeti ihlal eden sözleşmelerin geçersiz sayılması, sözleşmeye uygulanacak hukukun tayininde kamu düzenine aykırılık denetiminin yapılması ya da doğrudan uygulanan kuralların devreye girmesi ve özellikle hukuk seçiminin geçersiz sayılması gibi örneklerde, bu tek taraflı yaklaşım açıkça gözlemlenmektedir. Rekabet hukukuna ilişkin doğrudan uygulanan kurallar bakımından benimsenen bu yaklaşım, esasen kuralı koyan (*for*) devletin ekonomik kamu düzenini ve serbest piyasa işleyişini koruma amacına dayanmaktadır.⁶⁷

2. MÖHUK m. 38'e Göre Uygulanacak Hukukun Tespiti

a. MÖHUK m. 38 Hakkında Genel Bilgi

MÖHUK'un 38. maddesinde “*Rekabetin engellenmesi*” başlığı altında bir bağlama kuralına yer vermiştir.⁶⁸ Öğretide “*Rekabetin engellenmesi*” başlıklı MÖHUK m. 38'i, “özel haksız fiil kuralı” olarak nitelendiren bir görüş bulunmaktadır.⁶⁹ Keza her ne kadar rekabet ihlalleri hukuki nitelikleri itibarıyla haksız fiil rejimi kapsamında değerlendirilebilse de bu ihlallerin korunma amacı ve etki alanı, klasik haksız fiil sorumluluğunun ötesine geçmektedir. Haksız fiil hükümleri, genel olarak yalnızca zararın doğrudan mağduru olan kişi veya işletmelere yönelik koruma sağlamaktadır. Oysa rekabet kurallarının ihlali, belirli bir kişi ya da teşebbüse yönelmiş olmasa dahi, piyasa mekanizmasının işleyişini bozarak daha geniş bir ekonomik çevre üzerinde olumsuz etkiler doğurabilecek potansiyele sahiptir.⁷⁰

⁶⁷ Kemal Erol, *Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması*, (Rekabet Kurumu, 2000), 15; Doğa Elçin, “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, (2011): 336; Tiryakioğlu, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı*, 32-39; Russell J. Weintraub, “Rome II: Will It Prevent Forum Shopping and Take Account of the Consequences of Choice of Law?”, iç. *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, editör: John Ahern ve William Binchy (Martinus Nijhoff, 2009), 52.

⁶⁸ Bu kural, Roma II Tüzüğü Art. 6'da düzenlenen “haksız rekabet ve serbest rekabeti kısıtlayan eylemler” başlığını taşıyan hükme karşılık gelmektedir. 2006 yılında Avrupa Konseyi'nde gerçekleştirilen müzakereler sonucunda, 6(3)(a) maddesinde öngörülen “etkilenen pazarın hukuku” bağlama kuralı, Konsey'in benimsediği ortak yaklaşım olarak kabul edilmiştir. Bu süreci takiben, Avrupa Parlamentosu, Komisyon'un önerilerini dikkate alarak 6(3)(b) hükmünü düzenlemeye dâhil etmiş ve davacılar belirli şartlar altında farklı bir hukuk seçme imkânı tanımıştır. Illmer, “Article 6 Unfair Competition,” 178-179. Roma II Tüzüğü Art. 6 şu şekildedir: “*Haksız rekabet niteliğindeki bir fiilden doğan sözleşme dışı borç ilişkisine uygulanacak hukuk, rekabet ilişkilerinin veya tüketicilerin kolektif menfaatlerinin etkilendiği ya da etkilenmesi muhtemel olduğu ülkenin hukuku olacaktır. Haksız rekabet teşkil eden bir fiil yalnızca belirli bir rakibin menfaatlerini etkiliyorsa, bu durumda Roma II Tüzüğü'nün 4. maddesi uygulanacaktır. (a) Rekabetin kısıtlanmasından doğan sözleşme dışı borç ilişkisine uygulanacak hukuk, pazarın etkilendiği veya etkilenmesi muhtemel olduğu ülkenin hukuku olacaktır. (b) Pazarın birden fazla ülkede etkilendiği veya etkilenmesi muhtemel olduğu hâllerde, zararın tazmini talebiyle açılan davada davacı, davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açması kaydıyla, talebini söz konusu mahkemenin hukukuna dayandırmayı tercih edebilir. Ancak bu tercihin mümkün olabilmesi için, rekabetin kısıtlanmasına yol açan fiilin, söz konusu Üye Devlet pazarında doğrudan ve esaslı bir etki yaratmış olması gerekir. Davacı, geçerli yetki kurallarına uygun biçimde aynı davada birden fazla davalıyı söz konusu mahkemede dava ediyorsa, bu hâlde her bir davalı bakımından rekabeti kısıtlayan fiilin söz konusu mahkemenin bulunduğu Üye Devlet pazarında doğrudan ve esaslı bir etki doğurmuş olması şartıyla, yalnızca bu mahkemenin hukukunu uygulama konusunda seçim yapabilir. Bu madde uyarınca uygulanacak hukuktan, Roma II Tüzüğü'nün 14. maddesi uyarınca yapılacak bir anlaşma ile sapma yapılamaz.*”

⁶⁹ Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 401; Zeynep Derya Tarman, “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57, no. 2 (2008): 195, dn. 5; Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları*, 471; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, (Beta, 2021), 377; Güven, “Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Hukuk,” 177.

⁷⁰ Metin Topçuoğlu, “Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19, no. 4 (2015): 6–7.

MÖHUK'un sistematigi de m. 34'te yer alan genel haksız fiil hükmünü takiben, özel nitelikteki haksız fiil türlerine yer vererek bu alanda aşamalandırılmış bir düzenleme anlayışını yansıtmaktadır. Bu çerçevede rekabetin kısıtlanmasından kaynaklanan taleplere uygulanacak hukukun genel anlamda "haksız fiilin işlendiği yer hukuku" ilkesine getirilen istisnalardan biri olduğu ifade edilmektedir.⁷¹ Bunun yanında öğretide MÖHUK m. 38'i özel haksız fiil kurallarıyla doğrudan ilişkilendirmeyen yazarlarda bulunmaktadır.⁷² Nitekim bir alıcının, kartel ya da uyumlu eylem sonucunda belirlenen fiyatlar üzerinden sözleşme uyarınca ödeme yaptığını ve bu nedenle zarara uğradığını ileri sürerek tazminat talebinde bulunması hâlinde, bu talebin sözleşme dışı sorumluluk rejimi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu tazminat taleplerine ilişkin MÖHUK m. 38(1) hükmüne göre uygulanacak hukuk tayin edilecektir.⁷³ Maddede yer verilen bağlama kuralı, rekabetin engellenmesinden doğan taleplerin, bu ihlalin doğrudan etki doğurduğu piyasanın bulunduğu ülkenin hukukuna tâbi olacağını öngörmektedir. Bu yönüyle anılan hüküm, rekabet hukukunda yerleşik olan etki doktrini ile büyük ölçüde paralellik göstermektedir; zira burada da uygulanacak hukuk, rekabet ihlalinin etkili olduğu ilgili pazarın hukuku esas alınarak belirlenmektedir.⁷⁴ Maddenin ikinci fıkrasında ise, Türkiye'deki bir rekabet ihlaline ilişkin olarak yabancı hukukun uygulanması hâlinde, hükmedilecek tazminat miktarının Türk hukuku uygulansaydı verilebilecek tazminatı aşamayacağı belirtilerek, milletlerarası özel hukuk içinde tek taraflı maddi sınırlayıcı bir norm düzenlenmiştir. Bu düzenleme, Türk hukuk düzeninin cezalandırıcı nitelikteki tazminat taleplerine karşı koruma sağlama amacını da yansıtmaktadır.

b. Bağlama Noktası: Doğrudan Etkilenen Piyasanın Bulunduğu Ülke (MÖHUK m. 38(1))

MÖHUK m. 38(1)'e göre, "Rekabetin engellenmesinden doğan talepler, bu engellemeden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir."⁷⁵ "Doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülke" bağlama noktası, özel nitelikli bir bağlama teşkil etmektedir. Söz konusu düzenleme, "lex loci delicti commissi bağlama kuralının özel duruma uygulanmasına yönelik" yani esas olarak "sonuç yerinden çıkan özel bağlama kuralı" olarak kabul edilmektedir.⁷⁶ Bu özel bağlama kuralı taraf iradesinden bağımsız olarak belirlenen hukuk sisteminin uygulanmasını öngörmektedir.⁷⁷ Bu hususta haksız fiil ilişkilerinde uygulanacak hukukun taraf iradesine bırakılmasının, sözleşme ilişkilerine kıyasla daha sınırlı olduğu; özellikle haksız fiilin belirli türlerine özgü düzenlemelerde hukuk seçimine izin verilmediği ifade edilmektedir.⁷⁸

Hükmün iki yanlı bir bağlama kuralı şeklinde düzenlendiğini ileri süren görüşe göre, rekabetin kısıtlanmasından kaynaklanan taleplere gerek ülke içinde gerekse ülke dışında piyasası etkilenen ülke hukukunun devreye sokulabilmesine imkân vermektedir.⁷⁹ Böylelikle hâkim, rekabeti kısıtlayan bir anlaşmanın yurtdışında akdedilmesi halinde Türkiye'deki bir piyasanın etkilenmesi halinde Türk hukukunu; etkilenen piyasa yabancı bir devlette bulunduğu ise o devletin hukuk kurallarını

⁷¹ Gizem Yılmaz, "Türk Milletlerarası Özel Hukuku ve Roma II Tüzüğü Kapsamında Haksız Fiilden Doğan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Mukayeseli Olarak İncelenmesi," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan (2012): 3131.

⁷² Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 220; Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Beta, 2024), 490.

⁷³ Illmer, "Article 6 Unfair Competition", 180; Adrian Briggs, *Private International Law in English Courts* (Oxford University Press, 2014), 624

⁷⁴ Briggs, *Private International Law in English Courts*, 658.

⁷⁵ Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları*, 473.

⁷⁶ Tiryakioğlu, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı*, 77.

⁷⁷ Briggs, *Private International Law in English Courts*, 674.

⁷⁸ Güven, "Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Hukuk," 456.

⁷⁹ Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları*, 473; Güven, "Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Hukuk," 446; Huysal, "Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerinde Uygulanacak Hukuk," 72-73.

uygulamak suretiyle uyumsuzluğu çözme olanağına sahip olmaktadır.⁸⁰ Bu durumun bir sonucu olarak küresel ölçekte veya birden fazla ülkenin ulusal pazarı üzerinde etkili olan rekabet bakımından önemli nitelikteki bir davranış, birden fazla ülkenin rekabet hukuku çerçevesinde değerlendirilebilmektedir. Ancak bu hukuk sistemlerinde kullanılan kavramlar arasında yeknesaklık bulunmaması, aynı fiilin farklı ülkelerde farklı hukuki sonuçlar doğurmasına neden olabilmektedir.⁸¹

Buna karşın öğretide MÖHUK m. 38’de düzenlenen bağlama kuralının RKHK m. 2 doğrultusunda tek yanlı bağlama kuralı şeklinde tatbik edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Çünkü RKHK m. 2, coğrafi kapsam olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki mal ve hizmet piyasasını esas almaktadır. Yani RKHK etki doktrini bakımından yalnızca Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisindeki bir pazarın etkilenmesi söz konusu olduğunda koruyucu tedbirlerin Rekabet Kurulu tarafından uygulanabilmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla bu görüş etki doktrininden yola çıkarak, “pazarı etkilenen hukuk”un uygulanacak hukuk olarak tek yanlı şekilde uygulanabileceğini ileri sürmektedir.⁸² Kanaatimizce MÖHUK m.38, bir bağlama kuralı olarak Türk hukukunun uygulama alanını değil, hangi ülke hukukunun uygulanacağını belirlemektedir. Yani MÖHUK m. 38 kapsamında Türk hukuku veya yabancı bir hukukun uygulanması söz konusu olabilir.⁸³ Bu yönüyle MÖHUK m. 38’in RKHK m.2 ile doğrudan sınırlanması mümkün gözükmemektedir. Bu çerçevede MÖHUK’un 38. maddesinde, RKHK’nın 2. maddesinde benimsenen tek yanlı bağlama yaklaşımının, çift yanlı bir bağlama kuralı niteliği kazanacak şekilde genişletildiği ileri sürülmektedir.⁸⁴

Hükümün doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkeyi bağlama noktası olarak tayin etmesi aslında rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların etki doktrinine bağlı bir şekilde değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Rekabeti kısıtlayan anlaşmalarla engellenen ve hüküm tarafından korunmak istenen esas süje de “rekabete dayanan serbest pazar sistemi”dir. Bu çerçevede esas olarak “ekonomik piyasa”nın etkilenmesi önem arz ettiğinden, rekabetin engellenmesine yol açan davranışların bir zarara neden olması doğrultusunda “ekonomik haksız fiil” kavramının geliştirilmesi söz konusu olmuştur. Etki doktrini odaklı bir bağlama noktasının seçilmesi ise bu bağlama noktasının “ekonomik haksız fiiller” bağlamında en sıkı ilişkili hukuk olarak algılanmasından kaynaklanmaktadır.⁸⁵

Öğretideki bir başka görüş ise, bu kanunlar ihtilafı kuralında etki doktrininin merkeze alınmasının nedenini milletlerarası ekonomik dolaşımın doğası gereği az ya da çok bir etki unsuru içermesiyle açıklamaktadır.⁸⁶ MÖHUK’un Gerekçe metninde ise “pazarı doğrudan etkilenen ülke hukuku”nun en sıkı bağlantıyı sağladığı vurgulanmaktadır.⁸⁷ Bu hukukun “ tarafların ortak ekonomik çevrelerinin hukuku olduğu için onları en az şaşırtan hukuk” olduğu ifade edilmektedir.⁸⁸ Bu hususta aynı zamanda bir pazara katılan aktörlerin tümünün aynı hukuka tabi olmaları temin edilmektedir. Bu doğrultuda “pazarı doğrudan etkilenen ülke hukuku”nun milletlerarası karar ahengini de sağlamaya yönelik bir bağlama noktası olarak değerlendirilmesi söz konusudur.⁸⁹

⁸⁰ Huysal, “Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerinde Uygulanacak Hukuk”, 73; Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law*, 39.

⁸¹ Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law*, 40. Bu hususun vurgulandığı Avrupa Komisyonu’nun General Electric Company davası için bkz.; Case T-210/01, 14.12.2005, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001TJ0210_SUM erişim tarihi: Haziran 30, 2025.

⁸² Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 490. Ağâh Kürşat Karauz ve Halil Alperen Işık, “Rekabet Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması,” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no. 1 (2016): 286.

⁸³ Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 220-221.

⁸⁴ Güven, ““Rekabetin Engellenmesi” Halinde Uygulanacak Olan Hukuk”, 447.

⁸⁵ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 410; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 491; Tiryakioğlu, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfi*, 78.

⁸⁶ Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları*, 473.

⁸⁷ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 376.

⁸⁸ Tiryakioğlu, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfi*, 80.

⁸⁹ Tiryakioğlu, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfi*, 81. Bu hususta Roma II Tüzüğü Giriş bölümü 13. Paragraf: “Atıfta bulundukları hukuk sistemi ne olursa olsun yeknesak kuralların uygulanması, Topluluk içindeki taraflar arasında rekabetin bozulması riskini önleyebilir.” şeklinde bir ifade bulunmaktadır.

Böylelikle “pazar hukuku” şeklinde adlandırılan ve uygulama alanı bakımından bütün pazarda etki doğurduğu düşünülen anlaşmaları ve eylemleri kapsayan bir hukuka atıf yapılmaktadır. Rekabeti koruyucu kuralların uygulama alanının tayin edilebilmesi adına rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın sonuçlarını gösterdiği yer ile bir bağlantının kurulması gerekmektedir. Bu bağlama noktasına öncelik tanınmasının bir diğer gerekçesi ise, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara taraf olan teşebbüslerin, rekabetten etkilenen ülkenin hukukunu dolanma ihtimaline karşı duyulan endişe ve bu tür girişimlerin önüne geçme isteğidir.⁹⁰ Dolayısıyla uygulanacak hukukun rekabetin engellenmesi olayıyla sıkı ilişki içinde bulunduğu kabul edilmekte ve “etkilenme kriteri” bir nevi “yakınlık kriteri” olarak değerlendirilmektedir.⁹¹ Yalnızca ilgili pazarın etkilenmesi yeterli görülmemekte; uygulanacak hukukun tayini açısından etkinin doğrudanlık niteliği de önem arz etmektedir. Burada “doğrudan etki” kavramı, söz konusu etkinin ilgili ülkede hukukun ve fiilen somut yani güçlü biçimde hissedilir nitelikte olması gerektiğine işaret etmektedir.⁹² Tiryakioğlu ise “doğrudan etki”nin ekonomik anlamda “sonuç” olarak anlaşılması gerektiğini vurgulamaktadır.⁹³ 2020 tarihli İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi kararında⁹⁴ da bu görüşü doğrular nitelikte “kartel sonucunda fiyatların yükselmesi sebebiyle kartele katılanların müşterisi konumundaki müvekkili şirketlerin zarar gördüğünü, müvekkili şirketlerin zararının Türkiye sınırları içinde hüküm ve sonuç doğurduğunu, eş deyişle ekonomik açıdan Türkiye’yi doğrudan etkilediği” ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Bu doğrultuda doğrudan etkinin somut olay açısından “ekonomik zararın” veya “ekonomik yarar ihlalinin” gerçekleştiği yer olarak kabul edilmesi gerekmektedir.⁹⁵ Bu hususta Rekabet Kurulu’nun kararlarında⁹⁶ rekabetin kısıtlanmasının piyasa üzerindeki etkilerini değerlendirmede kullandığı ölçütler olan; mal veya hizmet arzında azalma, fiyatların rekabetçi seviyelerin üzerine çıkması, ürün kalitesi ya da çeşitliliğinde düşüş ve tüketicilerin tercih imkanlarının daralmasının hangi milli piyasa üzerinde gerçekleştiği tespit edilerek bağlama noktasının da belirlenmesi mümkün olabilmektedir.

Öte yandan rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma sonucunda birden fazla piyasanın doğrudan etkilenmesi de mümkündür. Dolayısıyla MÖHUK m. 38(1) birden fazla ülke hukukunun uygulanmasını da gündeme getirebilecek bir sistematik sunmaktadır.⁹⁷ Nitekim MÖHUK m. 38(1), birden fazla piyasanın etkilenmesi haline ilişkin “kaçış hükmü” ihtiva etmemektedir. Bu halde Öğretide “mozaik etkisi” olarak adlandırılan, bir uyumsuzluk bakımından birden fazla devletin hukuk kurallarının eş zamanlı ve paylaştırılarak uygulanmasına neden olabilecek ciddi bir problem ortaya çıkmaktadır. Mozaik etkisi, yalnızca teknik bir bağlama problemi yaratmakla kalmamakta; aynı zamanda teşebbüsler bakımından hukuki öngörülebilirliği de zedelemektedir. Bu problemin çözümü hususunda “kaçış hükmü”ne örnek teşkil edebilecek bir düzenleme olan Roma II Tüzüğü Art. 6(3)(b)’de rekabetin kısıtlanmasından doğan sözleşme dışı borçlara ilişkin taleplerde, birden fazla pazarın etkilenmiş olması hâlinde, uygulanacak hukukun tespitinde esas alınacak ilk adımda, her bir pazarın ayrı ayrı değerlendirilmesi önerilmektedir. Bu durumda davacı sınırlı koşullar altında, davalının yerleşim yeri mahkemesinde, o mahkemenin hukukunu alternatif olarak seçebilmektedir. Bu seçim imkânı, ancak ilgili Üye Devlet pazarının, rekabetin kısıtlanmasına yol açan eylemden doğrudan ve maddi yönden önemli ölçüde etkilenmiş olması

⁹⁰ Tiryakioğlu, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfi*, 78-79.

⁹¹ Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 220

⁹² Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları*, 473; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 491; Tiryakioğlu, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfi*, 84.

⁹³ Tiryakioğlu, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfi*, 84-85.

⁹⁴ İstanbul BAM, 45. HD., E. 2020/1974, K. 2020/312, T. 14.12.2020, www.lexpera.com erişim tarihi: Haziran 30, 2025.

⁹⁵ Huysal, “Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerinde Uygulanacak Hukuk”, 76; Üstündağ, “Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanmasından Doğan Bağlama Kuralı,” 356.

⁹⁶ Rekabet Kurulu, K. 24-31/726-308, T. 25.07.2024, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=3b691d91-19e5-48c7-82f3-555891db4482> erişim tarihi: Haziran 30, 2025.

⁹⁷ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 376.

hâlinde kullanılabilir. ⁹⁸ Bu hususta gelecekte çoklu piyasa etkileşimlerinin çözümüne yönelik uluslararası normların geliştirilmesinin bu alandaki hukuki zorlukların aşılmasında kritik rol oynayacağını düşünmekteyiz.

c. Türkiye’de Rekabetin Engellenmesine Yabancı Bir Hukukun Uygulandığı Hallere İlişkin Özel Bir Sınırlandırma (MÖHUK m. 38(2))

MÖHUK m. 38(2) ise rekabetin engellenmesinin özel hukuk alanındaki sonuçlarına yönelik tek taraflı bir maddi milletlerarası özel hukuk hükmü içermektedir. ⁹⁹ Hükme göre, “*Türkiye’de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hâllerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez.*”

Hüküm, rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmadan doğan bir talebe, MÖHUK m. 38(1) uyarınca yabancı hukukun uygulanması halinde hükmedilen tazminatın üst sınırını tayin etmekte ve yabancı hukukun uygulanmasını sınırlandırmaktadır. ¹⁰⁰ Bu hükmün amacı ise esas olarak yabancı hukukun uygulanmasıyla karar verilecek “*aşırı tazminat*” taleplerini önlemektir. Bu itibarla, özellikle Amerika Birleşik Devletleri hukukunda uygulanan ve tazminatın zararı giderme yönünü aşan cezalandırıcı tazminat (*punitive damages*) türlerinin, yabancı bir hukukun uygulanması hâlinde gündeme gelebilmesi ihtimaline karşı duyulan endişenin bir sonucu olarak, MÖHUK m.38(2) hükmü önleyici bir işlev üstlenmektedir. ¹⁰¹ MÖHUK m. 38(2)’nin uygulanması söz konusu olduğunda, madde metninde yer alan “*Türk hukuku uygulansaydı*” ifadesi gereği, RKHK m. 58’de öngörülen “*üç katına kadar tazminat*” ¹⁰² sınırı, bu hüküm kapsamında dikkate alınacak azami tazminat miktarı olarak değerlendirilmektedir. Bu hükmün aksine yabancı hukukun üç kat tazminattan daha yüksek bir tazminat öngörmesi halinde ise MÖHUK m. 5 anlamında kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelmesi söz konusu olacaktır. ¹⁰³

SONUÇ

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, teşebbüsler arasında piyasa rekabetini engelleyen, bozucu veya sınırlayıcı etkileri olan sözleşme veya uyumlu eylemler olarak tanımlanmaktadır. Küreselleşen ekonomide, bu anlaşmaların yabancılık unsuru taşıması, uygulanacak hukukun belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Çalışmamızda ise rekabeti kısıtlayıcı yabancı unsurlu anlaşmalardan doğan taleplere uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 24. ve m. 38. ışığında analiz edilmiştir. Bu ikili yapının, uygulanacak hukuku belirlemede ayrıştırıcı bir işlev gördüğünü söylememiz yanlış olmayacaktır.

Rekabeti sınırlayan hükümler içeren bir sözleşme, piyasadaki rekabet ortamını bozduğu ölçüde rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma niteliği kazanmaktadır. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar birçok sözleşme türüyle gerçekleştirilebilir özelliğine sahiptir. Bir başka ifadeyle, uygulamada birçok sözleşme türü kapsamında rekabeti kısıtlayan dikey anlaşmaların gerçekleştirilebilmesi mümkündür. Bu nedenle bu sözleşme türleri açısından da sözleşmelerin MÖHUK’ta özel bir kanunlar ihtilafı kuralıyla düzenlenip düzenlenmediğine ilişkin bir ayırım yapılması lazım gelmektedir. Uygulamada sıklıkla rastlanan dağıtım, tek satıcılık ve acentelik gibi sözleşme türleri MÖHUK kapsamında özel bir kuralla düzenlenmediklerinden, bu sözleşmelerden kaynaklanan talepler bakımından MÖHUK m. 24’ün uygulanması gerekmektedir. MÖHUK m. 24’ün uygulanması sonucunda yabancı bir hukuka bağlanıldığında, bu hukukun MÖHUK m. 5 ve m. 6 uyarınca bertaraf edilebilmesi mümkündür. Zira rekabet hukukunun devlet ekonomisini ve piyasa düzenini koruyucu bir karaktere sahip olması, istisnai nitelikte olan bu kuralların devreye girmesine olanak verebilir. Bu husus özellikle tarafların hukuk seçimiyle belirledikleri yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesi gündeme geldiğinde, tarafların

⁹⁸ Briggs, *Private International Law in English Courts*, 658; Huysal, “Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerinde Uygulanacak Hukuk,” 83.

⁹⁹ Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 221.

¹⁰⁰ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 410; Huysal, “Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerinde Uygulanacak Hukuk,” 75.

¹⁰¹ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 491; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 221.

¹⁰² Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 492; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 221.

¹⁰³ Güven, “Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Olan Hukuk,” 460.

hukuk seçme serbestisinin de bertaraf edilmesi anlamına gelmekte ve irade serbestisini de ikinci plana iten bir uygulamaya neden olmaktadır.

Rekabetin engellenmesinden kaynaklanan taleplerin haksız fiil niteliğinde olduğu durumlarda MÖHUK'un 38. maddesi devreye girmektedir. Anılan madde, "rekabetin engellenmesinden doğan taleplerin, bu engellemeden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkenin hukukuna tabi olacağını" öngörmek suretiyle, "etki doktrini"ni milletlerarası özel hukuk alanına taşımaktadır. Burada esas alınan "doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülke" ilkesi, rekabet ihlalinin ekonomik sonuçlarının en yoğun hissedildiği yeri belirleyerek uyumsuzlukla en sıkı ilişkiyi kurmayı hedeflemektedir. Ancak, birden fazla ülke piyasasının rekabet ihlalinin etkilenmesi durumunda ortaya çıkan ve literatürde "mozaik etkisi" olarak adlandırılan olgu, hukuki öngörülebilirliği ve bağlanacak hukukun belirlenmesini ciddi biçimde güçleştirmektedir. Zira her bir etkilenen piyasa için ayrı bir hukuk sisteminin uygulanması ihtimali, taraflar açısından normatif belirlilikten uzak, parçalı ve çelişkili sonuçlar doğurabilecek bir çözüm yapısı yaratmaktadır. Mevcut yapıda MÖHUK m. 38 açık bir "kaçış hükmü" içermemekte; bu da hâkimin esnek bir değerlendirme yapmasına olanak tanımamakta, bağlanacak hukuku teknik biçimde belirlemekle yetinmektedir. Dolayısıyla, çoklu etki doğuran rekabet ihlallerinde yeknesak ve öngörülebilir çözümler üretilebilmesi amacıyla MÖHUK m. 38 hükmünün normatif düzlemde geliştirilerek, özellikle birden fazla piyasanın etkilendiği durumlar için özel bir düzenlemeye yer verilmesi bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- Ahern, John ve William Binchy, eds. *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*. Martinus Nijhoff, 2009.
- Aydoğdu, Murat. “Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararların Rekabeti Sınırlaması (Engellemesi, Bozması veya Kısıtlaması)”. In Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel Armağan, 13–29. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2001.
- Bogdan, Michael ve Ulf Maunsbach. *EU Private International Law: An ECJ Casebook*. Europa Law Publishing, 2012.
- Briggs, Adrian. *Private International Law in English Courts*. Oxford University Press, 2014.
- Can, Hacı. *Milletlerarası Özel Hukuk*. Adalet Yayınevi, 2023.
- Çelikel, Aysel ve Bahadır Erdem. *Milletlerarası Özel Hukuk*. Beta, 2024.
- Demir Gökyayla, Cemile. *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)*. Vedat Kitapçılık, 2013.
- Elçin, Doğa. “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2011/1, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan (2011): 329–355.
- Erol, Kemal. *Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması*. Rekabet Kurumu, 2000.
- Güngör, Gülin. *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*. Yetkin Yayınları, 2022.
- Gürkaynak, Gönenç. *Rekabet Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Huysal, Burak. “Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerinde Uygulanacak Hukuk.” *Rekabet Dergisi* no. 50 (2012): 69–94.
- Illmer, Martin. “Article 6 Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition”. In *Rome II Regulation: Pocket Commentary*, editör Peter Huber, 142–201. Otto Schmidt/De Gruyter European Law Pub, 2011.
- Karauz, Ağah Kürşat ve Halil Alperen Işık. “Rekabet Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması.” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* no. 1 (2016): 283–298.
- Lando, Ole ve Peter Arnt Nielsen. “The Rome I Regulation”. *Common Market Law Review* 45, no. 6 (2008): 1–29.
- Lane, Robert. *EC Competition Law*. Pearson Education Limited, 2000.
- Lorenz, Moritz. *An Introduction to EU Competition Law*. Cambridge University Press, 2013.
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*. Beta, 2021.
- Ouninkorpi, Atte Samuli. *Fairness in Article 101(3) TFEU*. Yüksek Lisans Tezi, Lund University, 2021.
- Özel, Sibel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca. *Milletlerarası Özel Hukuk*. On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Philip, Allan. “Introduction to the EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations.” *Nordic Journal of International Law* 49, no. 3–4 (1980): 123–132.
- Sargın, Fügen. “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 2 (2001): 37–95.
- Smith, Adam. *Milletlerin Zenginliği*. çev. Prof. Dr. Mustafa Acar. 48. Baskı. İstanbul: Liberos Kitap, 2020.
- Stone, Peter. “Product Liability under the Rome II Regulation”. İç. *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, editör John Ahern ve William Binchy, 175–199. Martinus Nijhoff, 2009.
- Şanlı, Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe. *Milletlerarası Özel Hukuk*. Beta, 2024.
- Tarman, Zeynep Derya. “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, no. 2 (2008): 193–221.
- Tekinalp, Gülören. *Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları*. Vedat Kitapçılık, 2011.

- Tiryakioğlu, Bilgin. Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997.
- Topçuoğlu, Metin. “Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları.” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19, no. 4 (2015): 3–70.
- Üstündağ, Bahar. “Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanmasından Doğan Bağlama Kuralı: Piyasa Üzerine Doğrudan Etki (MÖHUK m. 38).” Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 12, no. 1 (2022): 329–379.
- Üstündağ, Bahar. Rekabet İhlallerinden Doğan Kanunlar İhtilâfı. Yüksek Lisans Tezi Gazi Üniversitesi, 2022.
- Weintraub, Russell J. “Rome II: Will It Prevent Forum Shopping and Take Account of the Consequences of Choice of Law?”. In *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, edited by John Ahern ve William Binchy, 47–57. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2009.
- Whish, Richard. *Competition Law*. Oxford University Press, 2012.
- Yılmaz, Gizem. “Türk Milletlerarası Özel Hukuku ve Roma II Tüzüğü Kapsamında Haksız Fiilden Doğan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Mukayeseli Olarak İncelenmesi.” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan (2012): 3111–3142.



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2025

Cilt / Volume: 7

Sayı / No: 2

Eserin Türü / Manuscript Type

Araştırma Makalesi / Research Article

DOI:10.47136/asbuhfd.1788606



Makale Gönderim Tarihi / Received: 22.09.2025

Makale Kabul Tarihi / Accepted: 24.12.2025

Hakem Değerlendirmesi / Peer Review: Çift kör hakem. Double peer-reviewed.

Anahtar Kelimeler / Keywords:

İlaç, Patent, İlaç Patenti, Sağlık Hakkı, Fikri Mülkiyet / Drug, Patent, Drug Patent, Right to Health, Intellectual Property.

Atıf / Citation:

Ertekin, Oğuzhan. "Sağlık ve Patent Hakları İkileminde: İlaç Patentine Eleştirel ve Dengeleyici Yaklaşımlar." *ASBU Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2 (2025) 184-217

Yazar Bilgileri / Authors Information:

Dr. Arş. Gör. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk AnaBilim Dalı, oguzhanertekin@kku.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6920-3699.

Teşekkür / Acknowledgments: Bulunmamaktadır.

Finansal Destek / Financial Support: Finansal destek alınmamıştır.

Çıkar Çatışması / Conflict of Interest: Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval: Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence: Yapay zeka araçlarından yararlanılmamıştır.

SAĞLIK VE PATENT HAKLARI İKİLEMİNDE: İLAÇ PATENTİNE ELEŞTİREL VE DENGLEYİCİ YAKLAŞIMLAR

The Dilemma Between Health and Patent Rights: Critical and Balancing Approaches to Pharmaceutical Patents

Oğuzhan Ertekin

Öz

İlaçlara erişim, en temel insan haklarından biridir. Ancak bazı sebeplerle ilaçlara erişimde güçlük yaşanmaktadır. Özellikle yakın zamanda tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 küresel salgınında ortaya çıkan gelişmeler, tüm dünyanın dikkatini bu konuya çekmiştir. Pandeminin yanı sıra yaşanan depremler ve diğer felaketler, ilaç sektörünün stratejik önemini bir kez daha hatırlatmıştır. Salgınla mücadele etmek, kişilerin ve toplumun sağlık hakkını korumak, ilaçlar ve tıbbi cihazlar gibi gerekli ürünlerin bulunabilirliğini sağlamak ve tüm bunlara adil erişimi temin etmek devletlerin sorumlulukları arasındadır. Bu nedenle özellikle patentli ilaçlar, yüksek fiyatlarından dolayı halk tarafından satın alınamaz bir duruma gelirse önemli bir sorun ortaya çıkacaktır. Bu hususta olmak üzere, patent hakkı kapsamında buluş sahiplerini korumak ya da toplumun acil halk sağlığı ihtiyaçlarını karşılamak arasında devletlerin ya bir tercih yapmaları ya da bir denge kurmaları gerekmektedir.

Abstract

Access to medicines is one of the most fundamental human rights. However, for various reasons, difficulties are experienced in accessing medicines. In particular, the developments that emerged during the recent Covid-19 global pandemic, which affected the entire world, have drawn worldwide attention to this issue. In addition to the pandemic, earthquakes and other disasters have once again reminded us of the strategic importance of the pharmaceutical sector. Combating epidemics, protecting the right to health of individuals and society, ensuring the availability of essential products such as medicines and medical devices, and guaranteeing fair access to them are among the responsibilities of states. Therefore, if patented medicines become unaffordable for the public due to their high prices, a significant problem will arise. In this regard, states need either to choose between protecting the rights of inventors under patent law or to strike a balance to meet the urgent public health needs of society.

Extended Summary

Medicines are products used by people for treatment and recovery. However, there is hardly any medicine without side effects. Nevertheless, medicines often save lives and are indispensable. For this reason, medicines must be accessible and available to everyone. Ensuring access to medicines everywhere and at affordable prices is one of the most fundamental human rights. In extraordinary situations such as earthquakes or epidemics, access to medicines becomes even more crucial. For example, during the fight against Covid-19, which was declared a pandemic by the WHO, the insufficiency of medical devices, equipment, and medicines placed countries in a difficult position. As in the pandemic process, if the number of people in need of medical support increases significantly due to future outbreaks, the danger of existing capacity falling short may arise.

During periods when the need for medicines is at its peak, access to medicines becomes an urgent public health issue. Although importation may be considered a solution, medicine imports are not always possible during global pandemics. Limited access to medicines may arise not only from the inability to secure adequate supply but also from the high cost of medicines. Since original medicines are protected by patents for a certain period, generic medicines cannot be introduced to the market during that time. Patent rights provide legal protection for inventions created by firms or individuals within the scope of the law. They grant the rights holder an exclusive monopoly for a limited period to encourage and reward new and useful discoveries. With a pharmaceutical patent, the production, sale, use, or import of a new medicine belongs exclusively to the inventor for a certain duration. During this period, patent holders have exclusive rights to manufacture, sell, import, transfer the patent, pass it on by inheritance, or license it to others. Because generics cannot be introduced to the market during the patent term, medicines without equivalents remain expensive. As a result, it is not always possible for everyone to purchase such medicines. Thus, medicine prices emerge as a significant factor that hinders access to medicines. The impact of pharmaceutical patents on drug prices and access to medicines has been subject to criticism.

The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), signed in Marrakesh, Morocco, provides for substances in the form of original medicines to be covered by patents. TRIPS brought pharmaceutical patents onto the international agenda and encouraged national legal systems to introduce regulations in this field. Consequently, both domestic legal frameworks and economic relations among countries have been reshaped in the field of intellectual property. Article 27/1 of TRIPS, which stipulates that patents may be granted for any kind of invention, whether product or process, in all fields of technology, is of particular importance. Accordingly, medicines cannot be excluded from patent protection, either generally or for a specific group. Article 70/8 of TRIPS also explicitly refers to pharmaceutical patents.

An examination of TRIPS provisions shows that the possible negative effects of pharmaceutical patents were taken into account, and that regulations were introduced for WTO member states in a balancing framework that is both binding and guiding. In cases where access to medicines becomes difficult, the necessary measures may be taken within the framework of TRIPS provisions. Instead of seeking a balanced solution, adopting a direct patent waiver may, in theory, bring benefits as an urgent response and facilitate access to medicines. However, it is difficult to say with certainty that this would occur in practice. Key factors such as infrastructure, supply chains, production capabilities, and capacity may pose obstacles to access. While aiming to increase access to medicines, it must also be determined whether a patent waiver can truly achieve this, while considering the risk of negatively affecting R&D efforts of original pharmaceutical companies. Therefore, the issue of pharmaceutical patents must be evaluated through an approach that prioritizes the right to health while also safeguarding research and development activities.

GİRİŞ

İlaç teknolojisindeki ilerlemeler ve her yıl geliştirilen çok sayıda yeni ilaç sayesinde, günümüzde hastalıkların tedavisinde en sık başvuru yöntem “ilaçla tedavi” (farmakoterapi) haline gelmiştir.¹ Bazen yan etkileriyle gündeme gelseler bile sağlık için kritik öneme sahip olan ilaçlar, insanlar için hayati öneme sahiptir.² Çünkü ilaçların ikamesi yoktur. İlaç fiyatları ne kadar değişirse değişsin ilaçlara olan talepte bir değişiklik yaşanmaz.³ Her yıl, aslında tedavi edilebilecek hastalıklar için yeterli ilaca ulaşılamaması nedeniyle çok sayıda kişi yaşamını yitirmektedir. Bu durum, ilaçların insan sağlığı ve yaşamı açısından ne denli kritik olduğunu göstermektedir.⁴ Bu nedenle ilaçların herkes tarafından erişilebilir ve ulaşılabilir olması gerekir. İlaçlara uygun fiyatla her yerde erişebilmesi en temel insan haklarından biridir. Deprem, salgın hastalık gibi olağanüstü durumlarda ilaçlara erişim daha önemlidir. Dünya, yakın zamanda yaşadığı ve hala etkileri devam eden Covid-19 pandemisinde ağır bir sınavdan geçmiştir. Bu süreçten bir ders çıkarılmalıdır. Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından pandemi olarak ilan edilen Covid-19 ile yapılan mücadelede, tıbbi cihazların, ekipmanların ve ilaçların yeterli olmaması ülkeleri zor durumda bırakmıştır.⁵ Pandemi sürecinde olduğu gibi muhtemel salgınlar sonucunda tıbbi desteğe ihtiyaç duyan insan sayısında büyük bir artış meydana gelirse, mevcut kapasitenin yetersiz kalması tehlikesi ortaya çıkabilir.

Pandemi gibi ilaç ihtiyacının yoğun olduğu dönemlerde ilaca erişim acil bir halk sağlığı sorunu haline gelir. Her ne kadar ithalat bir çözüm olarak düşünülebilse de küresel salgınlar sırasında ilaç ithalatı her zaman mümkün olmayabilir; bu nedenle yerli ilaç endüstrisinin varlığı ve gelişimi büyük önem taşır. İlaça erişimin güçleşmesi, yeterli ilaç temin edilememesinden ya da ilaç fiyatlarının yüksek olmasından kaynaklanabilir. Orijinal ilaçlar belli bir süre patentle korunduğu için jenerik ilaçların bu süre boyunca piyasaya çıkarılması mümkün olmaz. İkamesi olmayan ilaç, yüksek fiyatlıdır.⁶ Bu nedenle, söz konusu ilaçların herkes tarafından satın alınabilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Dolayısıyla, ilaç fiyatları ilaca erişimi zorlaştıran önemli bir etken olarak ortaya çıkar.

Çalışmada, öncelikle sağlık ve patent hakları ele alınmış; ardından ilaç patentinin tarihsel ve hukuki boyutu hem uluslararası hukuk hem de Türk hukuku perspektifinden incelenmiştir. Çalışmanın odak noktası, ilaç patentine yönelik eleştirel ve dengeleyici yaklaşımlardır. Bu kapsamda, ilaca erişimin sağlanması bakımından patentli ilaçlara getirilen eleştiriler incelenmiş; küresel boyutta hangi yaklaşımın benimsendiği değerlendirilmiş ve günümüz koşullarında ilaca erişimin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Özellikle, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS) çerçevesinde ilaçların patent kapsamına alınmasının zorunlu hale gelmesinin ilaç fiyatlarının yükselmesine ve bunun sonucunda ilaca erişimin güçleşmesine yol açtığı savunulmaktadır. Bu nedenle, ilaç patentine yönelik eleştirilerle patentin sağladığı avantajlar

¹ Serdar Nart, *Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu* (Adalet Yayınevi, 2020), 27; Bahadır Bağcı, *Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023), 1.

² Yan etkiler hakkında bkz. Hakan Hakeri, *İlaç Hukuku* (Adalet Yayınevi, 2024), 64; Nart, *Sorumluluk*, 51; Saadet Kızıltepe, *İlaç Üretiminden ve Kullanımından Doğan Tazminat ve Ceza Sorumluluğu* (Adalet Yayınevi, 2024), 44; Bağcı, *Sorumluluk*, 21; Mehmet Akçaal, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu,” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2012): 255.

³ Çağlar Özel ve Burcu G. Özcan Büyüktanır, “Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 66, no. 2 (2008): 329; Hasan Ali Güçlü ve Yaşar Bilge, “İlaç Üreticilerinin Etik Sorumluluğu ve Bu Sorumluluğun Hukuki Açısından Değerlendirilmesi,” iç. *I. Uluslararası Etik Kongresi*, editör Melike Özer Keskin, (İKSAD Yayınevi, 2020), 42.

⁴ Hakeri, *İlaç*, 23; Akçaal, “Sorumluluk”, 254.

⁵ World Health Organization (WHO), “World Health Organization Declares COVID-19 a Pandemic”, Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2025, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

⁶ Patentın ilaç fiyatlarına etkisi hakkında bkz. Cahit Suluk, “Türkiye’de İlacın Patent Serüveni ve Türk İlaç Sektörüne Etkileri,” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 11, no. 1 (2025): 214.

birlikte ele alınmış ve ilaç patenti hem eleştirel hem de dengeleyici yaklaşım kapsamında değerlendirilmiştir. Ayrıca TRIPS'in bu yaklaşımlardan hangisini benimsediğini tespit etmek üzere ilgili hükümler incelenmiştir.

I. SAĞLIK HAKKI

Evrensel kabul edilen sözleşmeler çerçevesinde düzenlenen temel insan haklarından biri olan sağlık hakkı en kısa şekilde, sağlığın korunup geliştirilmesine yönelik haklar olarak tanımlanabilir.⁷ 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin (İHEB) 25. maddesinde sağlık hakkı, herkesin, yiyecek, giyecek, konut, tıbbi bakım ve gerekli sosyal hizmetler de dahil olmak üzere, kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma hakkı olarak düzenlenmiştir.⁸ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 12/1 hükmünde ise söz konusu sözleşmeye taraf devletlerin, herkesin ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standartlarına sahip olma hakkını kabul ettikleri ifade edilmiştir.⁹ Bununla birlikte Sözleşme'nin 12/2 hükmünde, bu amacın gerçekleştirilmesi için alınacak tedbirler sayılmıştır. Bu tedbirler arasında özellikle (d) bendindeki, *"hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılması"* ifadesi dikkat çekicidir. DSÖ sağlığı, *"yalnızca hastalık ve sakatlığın olmaması değil, bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali."* şeklinde tanımlamıştır.¹⁰ Benzer olarak 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinde *"Sağlık, yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir"* ifadesine yer verilmiştir. DSÖ Anayasası'nda ise erişilebilecek en yüksek düzeyde sağlıktan faydalanmak, ırk, din, siyasi inanç, ekonomik ve sosyal koşullar dikkate alınmaksızın her insanın temel haklarından birisi olarak görülmüştür.¹¹

Sağlık hakkının normatif yorumuna ilişkin daha ileri bir açıklama, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından, temel bir insan hakkı olarak fiziksel ve ruhsal sağlığın ulaşılabilir en yüksek standardından yararlanmaya ilişkin 14 numaralı Genel Yorum'da sunulmuştur.¹² 11. paragrafta sağlık hakkı, salt zamanında ve uygun sağlık hizmeti elde etmekten ötesini temsil edecek şekilde yorumlanmıştır. Sağlık hakkının güvenli ve içilebilir suya, yeterli düzeyde bir temizliğe, güvenli gıdaya, beslenme ve barınmaya, sağlıklı çalışma şartlarına ve ayrıca çevresel şartlara, cinsel sağlık ve üreme sağlığını da kapsamakla birlikte eğitim ve sağlıkla alakalı bilgilere sahip olmak şeklinde oldukça geniş kapsamlı bir yoruma tabi tutulmuştur.¹³

⁷ Özel ve Özcan Büyüktanır, "Aydınlatma", 330. Ayrıca bkz. Berna Özpınar Gümrükçüoğlu ve Pınar Aksoy Gülaslan, *İlaça Erişim Hakkı ve Erişimin Hukuki Yolları* (Seçkin Yayıncılık, 2024), 22ff.; Oğuzhan Ertekin, *Eczacılıkta İlaç ve Eczacının Aydınlatma Yükümlülüğü* (Adalet Yayınevi, 2025), 297.

⁸ Belgenin orijinal metnini incelemek için bkz. United Nations (UN), "Universal Declaration of Human Rights", Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Ayrıca bkz. Behrang Kianzad ve Jakob Blake Wested, "No-one is Safe Until Everyone is Safe-Patent Waiver Compulsory Licensing and COVID-19," *European Pharmaceutical Law Review* 5, no. 2, (2021): 76.

⁹ Belgenin orijinal metnini incelemek için bkz. United Nations (UN), "International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, https://treaties.un.org/doc/treaties/1976/01/19760103%2009-57%20pm/ch_iv_03.pdf.

¹⁰ World Health Organization (WHO), "What Is the WHO Definition of Health", Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, <https://www.who.int/about/frequently-asked-questions#:~:text=The%20preamble%20to%20WHO's%20constitution,absence%20of%20disease%20or%20infirmity.%E2%80%9D>.

¹¹ World Health Organization (WHO), "Constitution", Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, <https://www.who.int/about/governance/constitution>.

¹² Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), "General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health", Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, <https://digitallibrary.un.org/record/425041?v=pdf>.

¹³ Başak Özkök Gökmen, *Patent Hakkının Sınırları ve İstisnaları (Kamu Sağlığı Özelinde İncelenmesi)* (Adalet Yayınevi, 2020), 198.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar" bölümünde yer alan 56/1 hükmünde, "*herkes, dengeli ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına sahiptir*" denilerek sağlık hakkı düzenlenmiştir.¹⁴ Yine Anayasa'nın 56/2 hükmünde, devlete, kişinin sağlıklı bir çevrede yaşaması için uygun önlemler alması görevi yüklenmiştir.¹⁵ 17. maddesinde de herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı olduğu belirtilmiştir.¹⁶ Ayrıca tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Kişilik hakları arasında bulunan "sağlık hakkı", mutlak ve vazgeçilmez niteliktedir. Ayrıca anayasal güvenceye sahip olan "yaşam hakkı" ile doğrudan bağlantılıdır.¹⁷ İlaça ulaşma ve ilacı edinme hakkı da hastanın ilaçla ilgili sahip olduğu haklar arasındadır.¹⁸

II. PATENT HAKKI

Fikri mülkiyet hukuku, fikrî emekten yararlanma ve kullanma, yaratıcı çabaları düzenleme ve korumayı amaçlayan bir hukuk dalıdır.¹⁹ Fikri mülkiyet, fikri haklarla sınai mülkiyet haklarını kapsamına alır. Patent, marka, ticari sır, endüstriyel tasarım gibi sınai haklar, sanayiye uygulanabilen ürünler iken fikri haklar; edebiyat ve sanat alanlarındaki telif haklarıdır.²⁰ Sınai mülkiyet hakları arasında bulunan patent hakkı, gayri maddi mallardan olup bu anlamda mülkiyet hakkının kapsamındadır.²¹ Patent teorik olarak mülkiyet hakkına dayanan ve bu anlamda hakkın konusunun aidiyetini içeren, hak sahibi haricindekileri dışlayan, başkalarına hakka müdahale hakkı tanımayan ve böylece niteliği itibarıyla inhisari (tekeli) karaktere sahip bir hak olduğu ifade edilebilir. Patent hakkı, bireyler tarafından ortaya konulan buluşlara kanun kapsamında koruma sağlar.²² Yeni ve faydalı

¹⁴ Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi* (Legal Yayıncılık, 2003), 51; Serenay Ağın, "Hastanın Tedaviyi Ret Hakkı," *Yaşar Hukuk Dergisi* 5, no. 2, (2023): 345; Özpinar Gümrükçüoğlu ve Aksoy Gülaslan, *İlaça Erişim*, 20; Ertekin, *İlaç*, 299.

¹⁵ Özel ve Özcan Büyüktanır, "Aydınlatma", 330.

¹⁶ Özpinar Gümrükçüoğlu ve Aksoy Gülaslan, *İlaça Erişim*, 23.

¹⁷ Yenerer Çakmut, *Rıza*, 46ff.; Ağın, "Ret Hakkı", 343ff.

¹⁸ Burcu G. Özcan Büyüktanır, *İlaç Patenti Hak Sahipliği ve Patent Hakkı Sahibinin İlacın Neden Olduğu Zararlardan Dolayı Sorumluluğu* (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011), 11; Burcu G. Özcan Büyüktanır, "İlaç Patenti Sahibinin İlaç Kullanımına Bağlı Zararları Tazmin Yükümlülüğü," *Ankara Barosu Dergisi*, no.2 (2012): 126-127; Özel ve Özcan Büyüktanır, "Aydınlatma", 334; Meltem Karatepe Kaya ve Serkan Kaya, "Pandemi Aşıları ve İlaçlarında Patent Korumasının Değerlendirilmesi," *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 8, no. 1 (2022): 149ff.; Başak Özkök Gökmen, "Covid-19 Aşıları Üzerindeki Patent Hakkının Kapsamının Kamu Sağlığı Açısından Değerlendirilmesi," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 3 (2021): 169ff.; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 249ff.

¹⁹ Feyzan Hayal Şehirali Çelik, *Patent Hakkının Korunması* (Turhan Kitabevi, 1998), 3ff.; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 15; Mustafa Berkay İnce, *Patent Lisans Sözleşmesinin Rekabet Hukuku Boyutuyla Değerlendirilmesi* (Platon Plus Yayıncılık, 2024), 20ff.

²⁰ Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2024), 35; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 15; Engin Erdil, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Vedat Kitapçılık, 2021), 1; Karatepe Kaya ve Kaya, "Patent", 146; İnce, *Patent*, 21.

²¹ Uğur Çolak, *Türk Patent Hukuku* (Adalet Yayınevi, 2022), 530; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 15; Necip Sarı, "İlaç Hukukunun Sınai Boyutu Anlamında Patent Hakkına Tecavüz", *Terazi Hukuk Dergisi* 16, no. 184 (2021): 2387; İnce, *Patent*, 21. Fikri ve sınai hakların mülkiyet hakkı kapsamına olduğuna dair Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, E. 2016/148, K. 2016/189, 14.12.2016, Erişim Tarihi, Kasım 26, 2025, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2016-189-nrm.pdf>. Yaratıcı çalışmalar ve bilimsel bilginin mülkiyete dönüştürülmesi, insan haklarını da yakından ilgilendirir. Bkz. İHEB m. 27.

²² Çolak, *Patent*, 530; Barış Kaya, *Eşdeğer İlaçların Piyasaya Girişinde Patent ve Veri İmtiyazı Haklarından Kaynaklanan Engeller* (Seçkin Yayıncılık, 2022), 78ff.; Sarı, "Patent", 2387; Özkök Gökmen, "Covid 19", 163. Gerçek hak sahipliği ilkesine göre patent isteme yetkisi sadece gerçek buluşçu veya onun yetkili kıldığı kişiye aittir. Buluşçu ancak gerçek kişi olabilir. Bkz. Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Vedat Kitapçılık, 2012), 556; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 288; Çolak, *Patent*, 536; Erdil, *Fikri Mülkiyet*, 313; Rıza

keşifleri teşvik etmek ve ödüllendirmek amacıyla sınırlı bir süre için hak sahibine hukuki olarak tekel yetkisi verir.²³ Buna göre, patent, buluş sahibine buluşunu belirli bir süre için üretme, kullanma, satma ya da ithal etme yetkisi veren bir fikri mülkiyet hakkı olarak tanımlanabilir.²⁴

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) 82/1 hükmünde ifade edilen patentlenebilirlik şartlarından hareketle bir tanım yapılması gerekirse patent, teknolojinin herhangi bir alanında, sanayiye uygulanabilir nitelikte bir yeniliği içeren buluşlardan kaynaklanan hakları temsil eden belgedir.²⁵ Buluşun aidiyetini yansıtan bu belge, bir ülkedeki resmi bir mercie ya da birden fazla ülkeyi temsil etme yetkisine sahip bölgesel bir otoriteye yapılan başvuru sonucunda verilir, buluşu tanımlar, buluşun patent sahibi tarafından veya onun vereceği izinle bir başka kimse tarafından üretilmesine, kullanılmasına, satılmasına vb. izin verir ve hak yaratır.²⁶

III. İLAÇ PATENTİ

A. Genel Olarak

İlaçlar; teşhis, tedavi ya da önleme gibi tıbbi bir amaç taşıyan, kimyasal veya biyolojik bir işleminden geçirilmiş insana yönelik ürünlerdir.²⁷ İlaçlar, ruhsatlandırılmalarına göre, orijinal ve jenerik ilaçlar

Ayhan, "Patent ve Faydalı Model Hukuku," iç. *Sınai Mülkiyet Hukuku*, Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Burçak Yıldız ve Dilek İmirlioğlu (Adalet Yayınevi, 2021) 268; İlhami Güneş ve Deniz Güneş Coşkunol, *Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku Dersleri* (Adalet Yayınevi, 2024), 322-323; İnce, *Patent*, 31-32. Patent isteyebilecek kişiler hakkında bkz. Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 290ff.; Erdal Noyan, *Patent Hukuku* (Adalet Yayınevi, 2015), 245ff.; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 41ff.

²³ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 525; Çolak, *Patent*, 52; Şehirali Çelik, *Patent*, 47-48; Tahir Saraç, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması* (Seçkin Yayıncılık, 2003), 29; Erdil, *Fikri Mülkiyet*, 293; Güneş ve Güneş Coşkunol, *Fikri Mülkiyet*, 334; M. Carlos Correa, *Integrating Public Health Concerns into Patent Legislation in Developing Countries* (Geneva, 2000), 2; Hakan Koçak, *Patent Hukukunda Kullanmama Nedeniyle Zorunlu Lisans* (Seçkin Yayıncılık, 2024), 17; Çiğdem Yatağan Özkan, *İlaçların İkinci Tıbbi Kullanım Patentlerine Tecavüz* (Seçkin Yayıncılık, 2023), 51; Özkök Gökmen, "Covid 19", 164; Karatepe Kaya ve Kaya, "Patent", 146-147; Sarı, "Patent", 2387.

²⁴ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 265; Çolak, *Patent*, 53; Şehirali Çelik, *Patent*, 74ff.; Saraç, *Patent*, 34ff.; Noyan, *Patent*, 243; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 15; Erdil, *Fikri Mülkiyet*, 293; Güneş ve Güneş Coşkunol, *Fikri Mülkiyet*, 337; Sarı, "Patent", 2390; Hatice Ersöz Seçer ve Sevgi Şar, "İlaçta Patent ve Sağlığa Erişim Hakkı," *Ankara Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Dergisi* 43, no. 3 (2019): 275; İlker Kızılk, "Orijinal İlaç Nedir, Orijinal İlaçların Hukuki Durumu ve Fikri Mülkiyet Hakları," iç. *Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (24-25 Nisan 2008)*, (On İki Levha Yayıncılık, 2011), 169; Burcu G. Özcan Büyüktanır, "Türk Hukukunda İlaç Patentine Genel Bakış," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2012): 78; Karatepe Kaya ve Kaya, "Patent", 146-147; İnce, *Patent*, 29ff. Buluş, teknolojinin herhangi bir alanında ortaya çıkan teknik bir sorunun çözümü ya da teknik araçlarla nasıl çözüleceğini gösteren bir çözüm yoludur. Bkz. Tamer Baykara, Hülya Çaylı, Hüseyin Çelik, Mehmet Tokat ve Turgay Ünal, *Türkiye'de İlaçta Veri Koruması ve Uygulanmasının Mali Etkileri* (2003), 7ff.; Şehirali Çelik, *Patent*, 6; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 18ff.; Çolak, *Patent*, 137ff.; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 266; Erdil, *Fikri Mülkiyet*, 293; Ayhan, "Patent", 210; Güneş ve Güneş Coşkunol, *Fikri Mülkiyet*, 292.

²⁵ Fevzi Fırat Gözüyeşil, "Patent Konularının Bağımlılığı Halinde Zorunlu Lisans," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 2 (2020): 474. Patent verilebilirlik koşulları için bkz. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 537ff.; Şehirali Çelik, *Patent*, 7ff.; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 282ff.; Özcan Büyüktanır, "Genel Bakış", 80ff.; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 20ff.; Noyan, *Patent*, 246ff.; Erdil, *Fikri Mülkiyet*, 299ff.; Ayhan, "Patent", 274ff.; Sarı, "Patent", 2388ff.; Kaya, *Eşdeğer*, 101ff.; Güneş ve Güneş Coşkunol, *Fikri Mülkiyet*, 301ff.; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 56ff.

²⁶ Baykara, Çaylı, Çelik, Tokat ve Ünal, *Türkiye'de İlaçta Veri Koruması*, 7.

²⁷ Hakeri, *İlaç*, 33. Ayrıca bkz. Nart, *Sorumluluk*, 43; Fülürya Yusufoglu, "Jenerik İlaç ve Jenerik İlaç Ruhsat Başvurusunun Patente Tecavüz Çerçevesinde Değerlendirilmesi," *Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no.2 (2014): 1156; Özcan Büyüktanır, "Genel Bakış", 77; Özcan Büyüktanır, "Tazmin", 126; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 5ff.; İbrahim Ankara, *İlaç ve Eczacılık Hukuku* (Dora Yayıncılık, 2022), 5ff.; Ertekin, *İlaç*, 44; İnce, *Patent*, 34; Akçaal, "Sorumluluk", 272; Kaya, *Eşdeğer*, 25ff.; Yatağan Özkan, *Patent*, 21.

olarak iki sınıfta incelenebilir.²⁸ Orijinal ilaç, uzun araştırmalar ve klinik çalışmalar sonucu, belli bir hastalık üzerinde olumlu etki yaptığı kanıtlanmış, temeli patentli bir moleküle dayanan, daha önceden benzeri olmayan, buluşçu firmalar tarafından üretilen yeni ilaçlar için kullanılan uluslararası bir terimdir.²⁹ Orijinal ilaçlar, patent haklarıyla pek çok ülkede korunduğu için patent süresi içinde başka bir ilaç firması tarafından patentli ilacın eşdeğerinin piyasaya çıkarılmasına izin verilmez.³⁰ Orijinal ilaca ilişkin patent süresi sona erdikten sonra piyasaya çıkarılabilen, orijinal ilaçla aynı etken maddeyi, aynı miktarda ve aynı farmasötik şekilde içeren ve hasta üzerinde aynı tedaviyi sağlayabilen ilaçlar ise “jenerik ilaç” adıyla anılır.³¹ Jenerik ilaç da tıpkı orijinal ilaç gibi Sağlık Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen ruhsatlandırma işlemlerinin tamamlanmasıyla piyasaya çıkarılabilir.³² 11.12.2021 tarih ve 31686 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 39102 sayılı Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği’nin (BTÜRY) 4/çç hükmüne göre, orijinal ilaç firmalarının tam dosya ile ruhsat başvurusu yapmaları gerekir.³³ Bununla birlikte jenerik ilaç firmaları, bir etken maddeyle ilgili olarak orijinal ilaç firmalarının yapmış oldukları test ve deney çalışmalarını referans göstermek suretiyle kısaltılmış ruhsat başvurusunda bulunabilir. Böylece test ve deney yapılarak masraf edilmesi zorunluluğu olmadan jenerik ilaç üretilmesi mümkün olur.³⁴

İlaç patenti, ilacın etken maddesi ve yardımcı maddelerinden teşekkül eden formülasyonun, etken maddenin sentezlenmesine imkân veren yenilikçi yolların ve etken maddenin çeşitli alanlarda

²⁸ BTÜRY m. 4/çç’de orijinal ilaç anlamında “referans tıbbi ürün” kavramı; m. 4/i’de jenerik ilaç anlamında “eşdeğer tıbbi ürün” kavramı kullanılmıştır.

²⁹ Hakeri, *İlaç*, 47; Yasemin Durak, “Eczacıların Jenerik İlaç Verme Hakkı,” *Tıp Hukuku Dergisi*, no. 23 (2023): 82; Cahid Doğan, “Orijinal, Jenerik, Sahte ve Taklit İlaçlar,” iç. II. Sağlık Hukuku Sempozyumu (17-18 Mayıs 2010), editör Nilgün Sarp (Adalet Yayınevi 2011), 220-221; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 13; Nart, *Sorumluluk*, 46; Fatma Betül Çakır Çelebi, “İlaç Patentlerine Karşı Açılacak Menfi Tespit Davalarında Jenerik/Eşdeğer İlacın Ruhsatlandırılması Şart mıdır?,” *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2271; Murat Konca, Özlem Özer ve Özgür Uğurluoğlu, “İlaç Sektöründe Ürün Geliştirme, Ek Koruma Sertifikasının Önemi ve Türkiye’deki Durum,” *Balıkesir Sağlık Bilimleri Dergisi* 4, no. 3 (2015): 188; A. Kürşat Ersöz, *İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık, 2016), 31; Kızıltepe, *Sorumluluk*, 32; Ertekin, *İlaç*, 62; Uğur Aşkın, “İlaç Üreticisinin Cezai Sorumluluğu,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no.57 (2024): 119; Özpınar Gümrükçüoğlu ve Aksoy Gülaslan, *İlaça Erişim*, 63; Akçaal, “Sorumluluk”, 273; Yatağan Özkan, *Patent*, 29-30. Ayrıca bkz. Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği m. 4/çç.

³⁰ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 554; Nart, *Sorumluluk*, 47; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 48; Sarı, “Patent”, 2390; Özpınar Gümrükçüoğlu ve Aksoy Gülaslan, *İlaça Erişim*, 63; Ertekin, *İlaç*, 63-64; Akçaal, “Sorumluluk”, 273; Yatağan Özkan, *Patent*, 30; Bağcı, *Sorumluluk*, 15; Güçlü ve Bilge, “Etik Sorumluluk”, 44.

³¹ Hakeri, *İlaç*, 48; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 554; Durak, “Jenerik”, 83; Tekin Memiş, “Jenerik İlaçların Hukuki Durumu,” iç. *Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (24-25 Nisan 2008)*, (On İki Levha Yayıncılık, 2011), 175-176; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 13; Çakır Çelebi, “Patent”, 2271; Doğan, “İlaçlar”, 221; Kanzık, “Orijinal İlaç”, 167; Nart, *Sorumluluk*, 47-48; Aşkın, “İlaç Üreticisinin Cezai Sorumluluğu”, 119; Ersöz, *İdarenin Sorumluluğu*, 34; Kaya, *Eşdeğer*, 33-34; Ertekin, *İlaç*, 64; Kızıltepe, *Sorumluluk*, 33; Konca, Özer ve Uğurluoğlu, “İlaç Sektörü”, 189; Özpınar Gümrükçüoğlu ve Aksoy Gülaslan, *İlaça Erişim*, 63; Bağcı, *Sorumluluk*, 16; Yatağan Özkan, *Patent*, 30; Güçlü ve Bilge, “Etik Sorumluluk”, 44.

³² Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 555; Çolak, *Patent*, 847; Yusufoglu, “Jenerik”, 1156; Hakeri, *İlaç*, 48; Aşkın, “İlaç Üreticisinin Cezai Sorumluluğu”, 119; Ertekin, *İlaç*, 66; Yatağan Özkan, *Patent*, 40. İlaçların ruhsatlandırılma süreci hakkında detaylı bilgi için bkz. Hakeri, *İlaç*, 111ff.; Nart, *Sorumluluk*, 83ff.; Kaya, *Eşdeğer*, 42ff.; Ersöz, *İdarenin Sorumluluğu*, 128ff.; Yatağan Özkan, *Patent*, 35ff.

³³ Suluk, “Patent Serüveni”, 204-205; Çakır Çelebi, “Patent”, 2274.

³⁴ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 552; Çolak, *Patent*, 846ff.; Hakeri, *İlaç*, 48; Uğur Çolak, “Kısaltılmış Ruhsat Başvurusundan Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklar ve Veri İmtiyazı Uygulaması,” iç. *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı*, editör Tekin Memiş (On İki Levha Yayıncılık, 2009), 265; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 273; Yusufoglu, “Jenerik”, 1156; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 13; Ayhan, “Patent”, 280; Çakır Çelebi, “Patent”, 2275; Ankara, *İlaç*, 18; Yasemin Aktaş, “Veri İmtiyazı Koruması ve Bolar İstisnasının Bu Koruma Üzerindeki Etkisi,” *Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* 13, no. 49 (2017): 38; Kaya, *Eşdeğer*, 46ff.; Ertekin, *İlaç*, 66; Kızıltepe, *Sorumluluk*, 34; Yatağan Özkan, *Patent*, 31. Ayrıca bkz. BTÜRY m. 4/i.

kullanılmasının patent konusu yapılmasıdır.³⁵ İlaç patentiyile yeni bir ilacın üretilmesi, satılması, kullanılması ya da ithal edilmesi yetkileri belli bir süre için sadece buluş sahibine ait olur. Süre boyunca patent sahipleri, patentli ilacı üretme, satma, ithal etme ya da patentli devretme, veraset yoluyla intikal ettirme ya da lisans sözleşmesi yapma konularında münhasır hakka sahiptir. Buna göre, ilaçlar, patentli ve patentsiz ilaçlar olmak üzere ikiye ayrılabilir. Patentli ilaçlar, uzun ve titiz AR-GE çalışmaları sonucunda keşfedilen yeni ilaçlardır. Bu ilaçlar üretilerek belirli ticari isimlerle piyasaya sürülür ve bir süre boyunca patentlerle korunur.³⁶

Patent süresi boyunca tekel niteliğinde münhasır haklar tanınması, patent sahibine çok geniş yetkiler verir. Ancak ilaç patentleri bakımından bir farklılık söz konusudur. Çünkü ilaç patentine sahip olmak, ilacı üretme ve satma yetkisinin de olduğu anlamına gelmez.³⁷ Özel nitelikleri gereği ilaçlarla ilgili buluşlar sanayiye hemen uygulanamaz. Yeni bir ilacın üretilmesinin ardından piyasaya çıkarılabilmesi, kamu sağlığı mülahazasıyla bir denetim yapılmasını gerekli kılar. Bu denetim ruhsat alma süreciyle gerçekleşir.³⁸ BTÜRY m. 5/1 hükmüne göre, ruhsatlandırılmayan hiçbir beşeri tıbbi ürün piyasaya sunulamaz. Ayrıca ilaç ruhsatı alınmış olsa bile BTÜRY m. 28'e göre Sağlık Bakanlığı'ndan satış izni alınmalıdır. Buna göre, ilaç ruhsatı almış olmak, ilacın satışa sunulabileceği anlamına gelmez.³⁹ Dolayısıyla ilaç patenti, Sağlık Bakanlığı'ndan gereken onayın alınması halinde patent sahibine belirli bir süre boyunca buluş konusu ilacın üretilmesi ve satılması konusundaki tüm hakların kullanılması bakımından tekel hakkı sağlar.⁴⁰

B. İlaçların Patent Kapsamına Alınması

1. İlaçların Patent Kapsamına Alınmasına Yönelik Uluslararası Çalışmalar

Fikri mülkiyet haklarının uluslararası düzeyde korunması hakkında 1883 tarihli Sınai Hakların Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi⁴¹ ve 1885 tarihli Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına Dair Bern Sözleşmesi⁴² başta olmak üzere Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde bağımsız bir uzmanlık kuruluşu olan Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (DFMÖ) tarafından yönetilen anlaşmalar çerçevesinde sınırlı bir koruma sağlanmıştır.⁴³ Söz konusu anlaşmalarda, taraf devletler, fikri ürünlere koruma sağlama konusunda yükümlü tutulmuş, ancak söz konusu anlaşmalar korumanın konu ve şartları

³⁵ Özcan Büyüktanır, "Tazmin", 127; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 47; Agah Kürşat Karauz ve Esra Cenkçi, "İlaç Patentinin Sağladığı Hukuki Koruma," *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2014): 112; Yatağan Özkan, *Patent*, 52; İnce, *Patent*, 34.

³⁶ Devica Rully Masrur ve Ogah Chinyere Constance, "Drug Patent Monopoly During Covid-19 Outbreaks: How the Government Regulates this?," *Journal of Private and Commercial Law* 7, no.1 (2023): 104. Ayrıca bkz. Özcan Büyüktanır, "Tazmin", 127.

³⁷ Barış Kaya, "Sınai Mülkiyet Kanunu Madde 85/3 Hükmü Kapsamında Bolar İstisnasının Uygulanması," *İstanbul Hukuk Mecmuası* 76, no. 2 (2018): 429; Yusufoglu, "Jenerik" 1156; Kaya, *Eşdeğer*, 80; Özcan Büyüktanır, "Genel Bakış", 78; Yatağan Özkan, *Patent*, 34.

³⁸ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 551; Cahit Suluk, "Türkiye'de İlaçların Patent ve Diğer Fikri Mülkiyet Hakları ile Korunması," *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no.100 (2014): 732; Suluk, "Patent Serüveni", 204; Yusufoglu, "Jenerik", 1156; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 16; Çakır Çelebi, "Patent", 2271; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 99; Yatağan Özkan, *Patent*, 34.

³⁹ Kaya, "Bolar", 435; Kaya, *Eşdeğer*, 44; Çakır Çelebi, "Patent", 2271; Yatağan Özkan, *Patent*, 41.

⁴⁰ Karauz ve Cenkçi, "Patent", 112.

⁴¹ Anlaşmanın orijinal metnini incelemek için bkz. World Intellectual Property Organization (WIPO), "Paris Convention for the Protection of Industrial Property", Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/288514>.

⁴² Anlaşmanın orijinal metnini incelemek için bkz. World Intellectual Property Organization (WIPO), "Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works", Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/283698>.

⁴³ Bryan C. Mercurio, "Trips, Patents and Access to Life-Saving Drugs in the Developing World," *Marquette Intellectual Property Law Review* 8, no. 2 (2004): 214-215. 2025 yılı itibarıyla Türkiye'nin de aralarında bulunduğu DFMÖ üyesi 194 ülke bulunmaktadır. DFMÖ üyesi ülkeler için bkz. World Intellectual Property Organization (WIPO), "Members States", Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, <https://www.wipo.int/members/en/>.

hususlarında düzenlemeler içermemiştir.⁴⁴ Bu durum ilaç patentini de etkilemiş ve ülkeler ilaç patentleriyle ilgili olarak bağımsız politikalar benimseyerek bu yönde hukuki düzenlemeler yapmışlardır. Dolayısıyla gelişmiş ülkelerle gelişmekte olan ülkeler arasında ilaç patentine yönelik yaklaşımlarda büyük farklılıklar görülmüştür.⁴⁵ Örneğin, ilaçta patent koruması Japonya’da 1976, İsviçre’de 1977, İspanya, Yunanistan ve Norveç’te 1992 yılında sağlanabilmiştir. Öyle ki 1980’lerin sonlarına kadar gelişmekte olan ülke olarak değerlendirilebilecek kırk kadar ülkenin hukuklarında ilaçlar patent kapsamına alınmamıştır. O zamana kadar ülkelerin benimsediği korumasızlık politikasının temel amacı, ilaçların ilaç firmalarının tekeline bırakılmayacak kadar önemli olması nedeniyle, tek el yoluyla ortaya çıkabilecek olası istismarların önüne geçmektir. Ancak zamanla ilaç patentini konusunda korumasızlık politikası değişmiş ve yeni bir yaklaşım doğmuştur.⁴⁶

İlaç patentinin kabul edilmesinde en önemli basamak 1994 yılında Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması’nın (TRIPS) imzalanması ve Dünya Ticaret Örgütü’nün (DTÖ) kurulması olmuştur.⁴⁷ TRIPS’in ilaçlar bakımından önemi, orijinal ilaç niteliğindeki maddelerin patent kapsamına alınmasını öngörmesidir.⁴⁸ TRIPS, uluslararası arenada ilaç patentini gündeme getirmiş ve ulusal hukuklarda bu hususta düzenleme yapılmasını teşvik etmiştir.⁴⁹ Böylece fikri mülkiyet alanında hem ülkeler hem de ülkeler arası ekonomik ilişkiler yeniden şekillenmiştir.⁵⁰ Teknolojinin bütün alanlarında ister ürün ister usul olsun her çeşit buluş için patent alınabileceğini düzenleyen TRIPS m. 27/1 bu anlamda oldukça önemlidir. Buna göre, ilaçlar genel olarak ya da özel bir grup dahilinde sınırlandırılarak patent dışında tutulamaz.⁵¹ TRIPS m. 70/8’de de ilaç patentinden açıkça bahsedilmiştir.⁵²

TRIPS ile birlikte ilaç patentini, üye devletler için zorunlu hale getirilmiş ve böylece ilaçların patentle korunması konusunda daha önce olduğu gibi ülkeler tarafından farklı politikalar izlenmesinin önüne geçilmiştir.⁵³ Buna karşılık TRIPS’in ilaç patentini kabul eden düzenlemelerinin tüm üye devletlerde

⁴⁴ Ahunur Açıkgöz, “Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması Çerçevesinde İlaç Patentlerinde Zorunlu Lisans ve Covid-19 Döneminde Yaşanan Bazı Gelişmeler,” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 3 (2023): 122.

⁴⁵ Bu farklılıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mercurio, “Trips”, 251; Pauravi Kolhe ve Mansi Jain, “Granting of Compulsory Licenses Amidst Covid-19 Pandemic: A Necessity or Threat?,” *E- Journal of Academic Innovation and Research in Intellectual Property Assets (E-JAIRIPA)* 1, (2020): 169.

⁴⁶ Bu yaklaşımın temelinde yatan sebepler için bkz. Colleen V. Chien, “Cheap Drugs at What Price to Innovation: Does the Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Hurt Innovation?,” *Berkeley Technology Law Journal* 18, no. 3 (2003): 865.

⁴⁷ Kianzad ve Wested, “Patent”, 78; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 272; Kaya, *Eşdeğer*, 82ff.; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 51ff. Anlaşmanın orijinal metnini incelemek için bkz. World Trade Organization (WTO), “Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”, Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/trips_e.htm#part6. Ayrıca bkz. Mercurio, “Trips”, 215-216; John H. Barton, “TRIPS and The Global Pharmaceutical Market,” *Health Affairs* 23 no. 3 (2004): 147; Audrey R. Chapman, “Approaching Intellectual Property As a Human Right: Obligations Related to Article 15 (1) (c),” *Copyright Bulletin* 35, no. 3 (2001): 6; Adnan Özdemir, “Patent Yönünden Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasının Temel İlaçlara Ulaşmada Getirdiği Kısıtlamalar,” *Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 35, no. 2 (2016): 28; Ersöz Seçer ve Şar, “Patent”, 279.

⁴⁸ Özcan Büyüktanır, “Genel Bakış”, 78-79; Kanzık, “Orijinal İlaç”, 169; Memiş, “Jenerik”, 177; Aylin Acar ve Selen Yeneroğlu, “Türkiye’de İlaçta Patent,” *Ankara Eczacılık Fakültesi Dergisi* 33, no. 4 (2004): 276; Başak Bak, “İlaçta Zorunlu Patent Lisansı,” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2011): 115ff.; Açıkgöz, “Zorunlu Lisans”, 113; Ersöz, *İdarenin Sorumluluğu*, 31; Konca, Özer ve Uğurluoğlu, “İlaç Sektörü”, 194.

⁴⁹ Barton, “TRIPS”, 147.

⁵⁰ Chapman, “Intellectual Property”, 6.

⁵¹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 548-549; Suluk, “Patent Serüveni”, 203; Suluk, “İlaçların Korunması”, 731-732; Çolak, *Patent*, 63; Özkök Gökmen, “Covid 19”, 178; Yatağan Özkan, *Patent*, 53; ISCTS-UNCTAD, *Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement* (Cambridge University Press, 2005), 356; Correa, *Patent*, 11.

⁵² Suluk, “Patent Serüveni”, 203; Sarı, “Patent”, 2387; Kaya, *Eşdeğer*, 82.

⁵³ DTÖ üyeliği aynı zamanda TRIPS’e taraf olma sonucunu ortaya çıkardığı için küresel, uyumlu ve yüksek düzeyde uygulanabilir bir fikri mülkiyet hakları rejimi getirilmiş olmaktadır. Bkz. Kianzad ve Wested,

aynı anda ve hemen uygulanmaya başlandığı söylenemez.⁵⁴ TRIPS'te bu hususta olmak üzere az gelişmiş, gelişmekte olan ve gelişmiş ülkeler için geçiş süreleri düzenlenmiştir.⁵⁵ TRIPS m. 65/1'e göre, tüm üye ülkeler TRIPS'in yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl süreyle TRIPS hükümlerini uygulamak zorunda değildir. Buna göre, TRIPS'in yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Ocak 1995'ten itibaren bir yıllık sürenin bittiği tarih olan 1 Ocak 1996'ya kadar ilaçların patent kapsamına alınması zorunlu değildir. Gelişmekte olan ülkelere ilişkin geçiş düzenlemesi olan TRIPS m. 65/2'ye göre, gelişmekte olan ülkeler bir yıllık süreye ilave olarak dört yıl daha ilaçları patent kapsamı dışında bırakabilirler. Ayrıca TRIPS'in yürürlüğe girdiği tarihte ilaçları patent kapsamında değerlendirmeyen gelişmekte olan ülkelerin dört yıla ilave olarak beş yıl daha ekleyerek 1 Ocak 2005 tarihine kadar ilaçları patent dışında tutmaları mümkün hale getirilmiştir. TRIPS m. 66/1'e göre ise az gelişmiş ülkelerin, TRIPS'in yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on yıl süreyle yani 1 Ocak 2005 tarihine kadar TRIPS ile yükümlü olmayarak ilaçları patent kapsamı dışında bırakabilecekleri belirtilmiştir.⁵⁶ Az gelişmiş ülkeler için öngörülen geçiş süresi, ilaç patenti bakımından ilk olarak 1 Haziran 2016 tarihine ertelenmiştir. Daha sonra ise TRIPS Konseyi Kasım 2015'te bu geçiş süresini 1 Ocak 2033'e kadar veya bir ülke 2033'ten önce "az gelişmiş ülke" statüsünden çıkarsa, çıkış tarihine kadar olmak üzere yeniden uzatan bir karar almıştır.⁵⁷ Ertelemeye ilişkin yeni bir karar daha alınmazsa, DTÖ üyesi 166 ülke TRIPS'i uygulamakla yükümlü olacağı için 1 Ocak 2033 tarihi itibarıyla tüm DTÖ üyeleri bakımından ilaçların patent kapsamında olmasının zorunlu olacağı ifade edilebilir.⁵⁸

2. İlaçların Türkiye'de Patent Kapsamına Alınması

Türkiye'de ilaç patentine ilişkin düzenleme, bazı ülkelere nispeten geç yapılmıştır. Fikri mülkiyet alanında daha önce yürürlükte olan 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu'nda ilaçlar patent koruması kapsamına alınmamıştır.⁵⁹ Türkiye'nin DTÖ'nün kuruluş anlaşmasını 15 Nisan 1994'te kabul etmesi ve

"Patent", 79; Chapman, "Intellectual Property", 6; Ayşe Odman Boztosun, "İlaçta Zorunlu Lisans Uygulamaları," iç. *I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008)*, editör Murat Şen ve Ahmet Başözen (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009), 230; Kaya, *Eşdeğer*, 82ff.; Karatepe Kaya ve Kaya, "Patent", 149; Özkök Gökmen, "Covid 19", 177.

⁵⁴ Şehirali Çelik, *Patent*, 35; Açıkgöz, "Zorunlu Lisans", 115; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 327; Mercurio, "Trips", 218.

⁵⁵ Üyeler, gelişmiş veya gelişmekte olan ülke olup olmadıklarını kendileri bildirebilirler. Bkz. World Trade Organization (WTO), "Who Are The Developing Countries," Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/d1who_e.htm. DTÖ, BM tarafından az gelişmiş ülke olarak belirlenen ülkeleri kabul etmektedir. Şu anda BM listesinde 44 az gelişmiş ülke vardır ve bunların 37'si bugüne kadar DTÖ üyesi olmuştur. BM'nin az gelişmiş ülkeler listesi için bkz. World Trade Organization (WTO), "Least Developed Countries," Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org7_e.htm.

⁵⁶ Suluk, "Patent Serüveni", 203; Açıkgöz, "Zorunlu Lisans", 116; Karatepe Kaya ve Kaya, "Patent", 152; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 327-328. Özkök Gökmen, "Covid 19", 183; Kaya, *Eşdeğer*, 87. Ayrıca bkz. World Trade Organization (WTO), "Transitional Arrangements," Erişim Tarihi: Kasım 22, 2025, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_08_e.htm.

⁵⁷ Açıkgöz, "Zorunlu Lisans", 116; Karatepe Kaya ve Kaya, "Patent", 152; Özkök Gökmen, "Covid 19", 185. Erteleme kararı için bkz. Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, "Extension Of The Transition Period Under Article 66.1 Of The Trips Agreement For Least Developed Country Members For Certain Obligations With Respect To Pharmaceutical Products", Erişim Tarihi: Kasım 22, 2025, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/73.pdf&Open=True>. Ayrıca bkz. World Trade Organization (WTO), "Responding to least developed countries' special needs in intellectual property", Erişim Tarihi: Kasım 22, 2025, https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ldc_e.htm.

⁵⁸ DTÖ üyesi ülkeler için bkz. World Trade Organization (WTO), "Members and Observers", Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm.

⁵⁹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 548; Suluk, "Patent Serüveni", 198; Suluk, "İlaçların Korunması", 731; Memiş, "Jenerik", 177; Özcan Büyüktanır, "Genel Bakış", 79; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 55; Kaya, *Eşdeğer*, 93; Ahmet Türkmen, "Patent Hakkı-Sağlık Hakkı Çatışması Bağlamında İlaç Patenti: Anayasa Mahkemesi ve Hint Yüksek Mahkemesi'nin Novartis Kararları," *Dicle Akademi Dergisi* 1, no. 1 (2021): 8; Karauz ve Cenkçi, "Patent", 110-111; Açıkgöz, "Zorunlu Lisans", 117; Acar ve Yeneroğlu, "Patent", 275; Bak, "Lisans", 120.

bu anlaşmanın 20 Ocak 1995'te Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından onaylanması, ilaç patentinin ilk basamağını teşkil etmiştir. Çünkü DTÖ Kuruluş Anlaşması ile birlikte bu anlaşmanın 1C numaralı eki olan TRIPS de yürürlüğe girmiştir. Ardından 551 sayılı ve 27.06.1995 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (551 sayılı KHK) 566 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (566 sayılı KHK) ile değiştirilen geçici 4. maddesiyle tıbbi ve veteriner ilaç üretim usullerine ve ürünlerine patent koruması öngörülmüş, 1 Ocak 1999'dan itibaren ilaçta patent koruması başlamıştır.⁶⁰ Türk Patent Enstitüsü (TPE) TRIPS'in yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Ocak 1995'ten itibaren ilaç patenti başvurularını almaya ve incelemeye başlamıştır.⁶¹

Türkiye, Patent İşbirliği Anlaşması'na (Patent Cooperation Treaty, PCT) 1 Ocak 1996 tarihi itibarıyla 7 Temmuz tarihli ve 4115 sayılı Kanun'un TBMM tarafından onaylanmasıyla üye olmuştur.⁶² Böylece, ilaç patentleri de dâhil olmak üzere tüm patent başvuruları, başvuru sahibinin tercihiyle üye ülkenin ulusal patent ofisine ya da doğrudan DFMÖ'ye yapılabilmekte; başvurunun kabul edilmesi hâlinde ise talep edilen üye ülkelerde patent koruması geçerlilik kazanmaktadır.⁶³ SMK m. 191 ile 551 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmıştır. SMK m. 85-2/a hükmünde, TRIPS m. 28 ile aynı yönde olmak üzere, patent konusu ürünün üretilmesi, satılması, kullanılması veya ithal edilmesi veya bu amaçlar için kişisel ihtiyaçtan başka herhangi bir nedenle elde bulundurulması halinde patent sahibinin bunların önlenmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. SMK m. 82/1'e göre, TRIPS m. 27/1'e uygun olarak, teknolojinin tüm alanlarındaki buluşların yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması kaydıyla patent verilebilecektir. Ayrıca patentlenebilirliğin istisnalarının düzenlendiği SMK m. 82/2-3'te ilaçlar bu kapsamda düzenlenmemiştir. Bununla birlikte SMK m. 82/6'da tedavi ve teşhis için kullanılan ürünlerin ve madde ile terkiplerin patent dışında olmadığı özellikle vurgulanmıştır.⁶⁴ SMK m. 101/1'de TRIPS m. 33'e uygun olarak patent süresi yirmi yıl olarak öngörülmüştür. Yirmi yıllık süre, başvuru tarihinden itibaren işlemeye başlamaktadır. Sürenin uzatılması ise mümkün değildir.⁶⁵

IV. İLAÇ PATENTİNE ELEŞTİREL YAKLAŞIM

A. İlaç Patentinin Gelişmiş Ülkelerin Baskısıyla Zorunlu Kılınması ve İlaç Patentinin Faydalarından Adil Yararlanılmaması

TRIPS, DTÖ'ye üye olan ülkeler için fikri mülkiyet konusunda bazı standartlar ve yükümlülükler getiren bir anlaşmadır. Bu anlaşmanın sağlık ve ilaca erişim hakkına etkisi, ilaçların da patent kapsamına

⁶⁰ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 548-549; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 272-273; Özcan Büyüktanır, "Genel Bakış", 79; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 56; Kanzik, "Orijinal İlaç", 170; Suluk, "Patent Serüveni", 205; Suluk, "İlaçların Korunması", 731; Çakır Çelebi, "Patent", 2271; Kaya, *Eşdeğer*, 93; Konca, Özer ve Uğurluoğlu, "İlaç Sektörü", 194; Açıkgöz, "Zorunlu Lisans", 117; Acar ve Yeneroğlu, "Patent", 277; Karauz ve Cenkeçi, "Patent", 111; Güneş ve Güneş Coşkunol, *Fikri Mülkiyet*, 299.

⁶¹ 6769 sayılı Kanun'la TPE'nin adı Türk Patent ve Marka Kurumu olarak değiştirilmiştir. Bkz. Türk Patent ve Marka Kurumu, "Tarihçe", Erişim Tarihi: Kasım 23, 2025, <https://www.turkpatent.gov.tr/tarihce>.

⁶² Anlaşmanın orijinal İngilizce metnine erişim için bkz. World Intellectual Property Organization (WIPO), "Patent Cooperation Treaty", Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, <https://www.wipo.int/export/sites/www/pct/en/docs/texts/pct.pdf>. PCT'nin şu an için 157 sözleşmecı devleti bulunmaktadır. Üye devletleri görmek için bkz. World Intellectual Property Organization (WIPO), "The PCT Now Has 158 Contracting States", Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, https://www.wipo.int/pct/en/pct_contracting_states.html.

⁶³ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 73; Şehirali Çelik, *Patent*, 32-33; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 54; Acar ve Yeneroğlu, "Patent", 278; Karauz ve Cenkeçi, "Patent", 111; Karatepe Kaya ve Kaya, "Patent", 148.

⁶⁴ Açıkgöz, "Zorunlu Lisans", 118.

⁶⁵ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 607; Çolak, *Patent*, 532; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 274; Erdil, *Fikri Mülkiyet*, 333; Saraç, *Patent*, 38-39; Ayhan, "Patent", 262; Durak, "Jenerik", 84; Kanzik, "Orijinal İlaç", 170; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 30; Kaya, *Eşdeğer*, 127; Karauz ve Cenkeçi, "Patent", 119; Güneş ve Güneş Coşkunol, *Fikri Mülkiyet*, 342; Sarı, "Patent", 2387; İnce, *Patent*, 31.

alınmasının zorunlu olmasından kaynaklanmaktadır.⁶⁶ Gelişmiş ülkelerin öncülüğünde kabul edilen TRIPS, ilaç firmalarının baskılarına verilen bir cevap niteliğindedir. TRIPS öncesinde ilaçlar patent kapsamında olmadığı için, ilaç firmaları kendilerini bir korsanlık kurbanı olarak görmüşlerdir⁶⁷. Ayrıca ilaç firmaları, gelişmekte olan ülkeleri, ilaçların taklit edilmesine tolerans göstermekle ve buna teşvik etmekle suçlamışlardır.⁶⁸ İlaç patentine yönelik getirilen bir başka eleştiri ise ilaçta patent sisteminin getirdiği fayda ve katkıların tüm dünya ülkeleri arasında adil paylaşılmaması hakkındadır. Buna göre, ilaç patentinin sebep olduğu maliyete tüm dünya ülkelerinde yaşayan insanlar katlanırken, patentin fayda ve katkılarından daha çok gelişmiş ülkelerde yaşayan insanların çok az bir bölümü yararlanmaktadır.⁶⁹

B. İlaç Patentinin Yerli İlaç Endüstrisinin Gelişimini Olumsuz Etkilemesi

Jenerik ilaçlar, ilaç üretimi alanında gerekli teknolojik kapasite ve alt yapının sağlanabilmesi bakımından yerli ilaç endüstrisi için önemli bir basamaktır. Jenerik ilaç endüstrisi özellikle yeni ilaç keşfi ve üretimi için yeterli kapasite ve alt yapıya sahip olmayan gelişmekte olan ülkeler için önem taşır. Aralarında Hindistan, Arjantin ve Türkiye'nin de bulunduğu gelişmekte olan ülkeler, zorunlu ilaç patentleri öncesinde ilaç patentleri vermemek ya da patente sınırlamalar getirmek suretiyle jenerik ilaç üreterek yerli ilaç endüstrilerini geliştirmişlerdir.⁷⁰ Az gelişmiş ülkeler de ilaç patentinin kabul edilmesinden önce, gelişmekte olan ülkeler Brezilya ve Hindistan'ın yaptığı gibi, çok az bir maliyetle Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avrupa'da patentle korunan birçok ilacın jeneriğini üreterek ihtiyaçlarını karşılamışlardır. Buna karşılık DTÖ üyesi ülkelerin ilaca erişim konusunda sahip olduğu bu avantajlar, TRIPS'in imzalanmasından sonra önemli ölçüde sınırlanmıştır.⁷¹ Her ne kadar teknolojik olarak gelişmiş tüm ülkelerin ilaç patentleri konusunda güçlü patent korumasını kabul ettikleri ifade edilse de hemen hemen hepsinin ilaç üretimi konusunda teknolojik gelişimlerini tamamladıktan sonra ilaç patentini kabul ettikleri görülmektedir.⁷² Bu sebeple ilaç patentinin jenerik ilaç üreterek yerli ilaç endüstrilerini geliştiren ülkelerin gelişimlerini olumsuz yönde etkilediği ifade edilebilir. Nitekim yerli ilaç endüstrisi, çok uluslu firmaların sağlayamadığı ulusal faydaları sağlar. Yerli firmaların yerel kullanım için teknolojileri uyarlama ve değiştirme imkânı çok uluslu firmalara göre daha yüksektir. Yerli ilaç endüstrisi yerel teknolojik alt yapının gelişmesini teşvik eder ve jenerik ilaç üretimini destekler. Ayrıca, yerli firmalar tarafından elde edilen kârlar, dışarı akmak ve ülkenin cari açığını artırmak yerine ülke içinde kalmış olur.⁷³

C. İlaç Patentinin İlaç Fiyatlarının Yükselmesinde Etkili Olması

Orijinal ilaçlarla jenerik ilaçların fiyatlarının belirlenmesinde farklı ölçütler dikkate alınır. Orijinal ilaçların fiyatlandırılmasında AR-GE maliyetleri belirleyici olurken; jenerik ilaçların fiyatlandırılmasında orijinal ilaçla piyasadaki eşdeğerlerinin fiyatları esas alınır.⁷⁴ Çünkü jenerik ilaçlarda orijinal ilaçlarda olduğu gibi uzun, masraflı ve kapsamlı AR-GE çalışmaları gerekmez. Ayrıca, jenerik ilaç üretiminde canlılar üzerinde klinik deneyler yapma gereği bulunmaması ve ilaç formülünün önceden oluşturulması nedeniyle, jenerik ilacın maliyeti daha düşüktür.⁷⁵ Patentli orijinal ilaçlarda ise

⁶⁶ Barton, "TRIPS", 147.

⁶⁷ Barton, "TRIPS", 147.

⁶⁸ Volker Heins, "Human Rights, Intellectual Property, and Struggles for Recognition," *Human Rights Reiview* 9, no. 2 (2008): 218.

⁶⁹ Ersöz Seçer ve Şar, "Patent", 281.

⁷⁰ Robert Weissman, "Long Strange Trips: The Pharmaceutical Indusstry Drive to Harmonize Global Intellectual Property Rules, and the Remaining WTO Legal Alternetives Avaliable to Third World Countries," *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 17, no. 4, (1996): 1119.

⁷¹ Özdemir, "Patent", 31.

⁷² Weissman, "Trips", 1119.

⁷³ Weissman, "Trips", 1120.

⁷⁴ Ersöz Seçer ve Şar, "Patent", 276-277; Kaya, *Eşdeğer*, 39.

⁷⁵ Doğan, "İlaçlar", 222; Durak, "Jenerik", 83; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 554; Çolak, "Veri İmtiyazı", 230; Özcan Büyüktanır, "Genel Bakış", 87; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 13-14; Nart, *Sorumluluk*, 48; Ersöz, *İdarenin*

yapılan yatırımların ve katlanılan maliyetlerin ilaç firmasına geri dönmesi gerekliliği, fiyatların “yüklenmiş” olmasına yol açar. Buna karşılık, jenerik ilaçların fiyatlandırılmasında bu tür maliyetler dikkate alınmadığı için “arınmış” bir fiyat belirlenir. Jenerik ilaç piyasaya çıktığında orijinal ilaç için ikame imkânı doğar; bu durum rekabeti artırır ve sonuç olarak ilaç fiyatlarının düşmesine katkı sağlar.⁷⁶ Jenerik ilaç üretimi, orijinal ilaçla biyoeşdeğerlik sağlarken, maliyetin düşük olması sayesinde ilaç fiyatlarının orijinal ilaca kıyasla daha uygun olmasını sağlar ve ilaca erişimi kolaylaştırır.⁷⁷ Jenerik ilaçların ilaç fiyatları üzerindeki etkisi özellikle immünoşüpresif ilaçlar, onkoloji ilaçları ve antiepileptik ilaçlar gibi maliyeti yüksek olan veya kronik hastalıklar için kullanılan ilaçlar için oldukça önemlidir.⁷⁸

İlaçların patent kapsamına dahil edilmesi, fikri mülkiyet hakkı olan patent hakkıyla temel insan hakları arasında bulunan sağlık hakkı arasında bir çatışmaya sebep olmaktadır.⁷⁹ AR-GE politikalarındaki en yaygın anlaşmazlık, özellikle orta ve düşük gelirli hanelerin temel ihtiyaçlar için mücadele ettiği bir dönemde, firmaların yenilikçiliği teşvik etme ve fikri mülkiyet haklarını koruma çabalarıyla hükümetin halka erişilebilir ve uygun fiyatlı ürün sağlama yükümlülüğü arasındaki gerilimden kaynaklanır.⁸⁰ 1990’lı yıllarda HIV/AIDS kriziyle aynı döneme denk gelen TRIPS’in yürürlüğe girmesiyle başlayan patentli ilaçların fiyatlandırılması konusu, Covid-19 pandemisinin ardından bir kez daha küresel tartışmaların odağına yerleşmiştir.⁸¹ TRIPS’i tartışmalı hale getiren asıl konu, TRIPS’in daha çok yoksul ülkelerde ve özellikle AIDS, tüberküloz, kuş gribi, sıtma gibi salgın hastalıklarda ilaçlara erişim üzerindeki olumsuz etkisi olmuştur.⁸² Bazı sivil toplum örgütleri, ilaç patenti sebebiyle ilaç fiyatlarının yüksek olacağı gerekçesiyle bu tür hastalıkları olan kişilerin, hayatta kalmalarını sağlayacak olan ilaçlara erişimin güçleşeceğini ileri sürmüştür. Buna karşılık ilaç firmaları, bunun ilaç patentinden değil de tıbbi alt yapının yeterli olmamasından kaynaklandığını savunmuştur.⁸³ TRIPS müzakereleri sırasında pek çok bilim adamı ve aktivist, fikri mülkiyet haklarının insan haklarıyla çatıştığını iddia etmiş, ilaç patentinin insan hakları için bir tehdit olduğunu belirtmiştir.⁸⁴

Patentin asıl amacı yenilikçi katkıları için buluş sahiplerini ödüllendirmek olmakla birlikte halkın temel ilaçlara erişimi üzerindeki olası olumsuz etkileri de dikkate alınmalıdır. Çünkü patentin sağladığı geniş yetkiler, ilaç tekellerine yol açabilir, bazı ilaçların bulunabilirliğini sınırlayabilir ve ilaç fiyatlarının birçok kişi tarafından karşılanamayacak seviyelere yükselmesine neden olabilir.⁸⁵ Az sayıda ilaç firmasının çok yüksek miktarlarda kâr ettiği bir ortamda milyonlarca insan, hayat kurtarıcı ilaçlara erişemediği için hastalık ve ölümle baş başa kalabilir.⁸⁶ İlaç fiyatları yüksek olduğu için özellikle refah düzeyi düşük olan ülkelerde hastalar ilaca erişimde zorluk çekmekte; bu yüzden sağlık hakkı kapsamında ilaca erişim hakkı, uluslararası ilaç firmalarının ticari menfaatleri doğrultusunda kâr elde etme çabaları yüzünden ihlal edilmektedir. Bir yanda bireylerin yaşamı ve sağlığı tehdit altında iken diğer yanda ilaç firmalarının patent hakları ve ticari çıkarlarının tehlikeye girdiğinden bahsedilmektedir.

Sorumluluğu, 35; Kaya, *Eşdeğer*, 39; Ertekin, *İlaç*, 67-68; Konca, Özer ve Uğurluoğlu, “İlaç Sektörü”, 188; Kızıltepe, *Sorumluluk*, 33-34; Bağcı, *Sorumluluk*, 16.

⁷⁶ Memiş, “Jenerik”, 177-178; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 554; Kaya, *Eşdeğer*, 39; Ertekin, *İlaç*, 68.

⁷⁷ Barton, “TRIPS”, 147; Silvia M. Illamola, Angela K. Birnbaum ve Catherine M. Sherwin, “Generic Drug Products in Pediatrics: Where Are The Data?,” *British Journal of Clinical Pharmacology* 85, no. 9, (2019): 1871; Correa, *Patent*, 69; Kaya, “Bolar”, 429; Kaya, *Eşdeğer*, 39; Yatağan Özkan, *Patent*, 31; Konca, Özer ve Uğurluoğlu, “İlaç Sektörü”, 188.

⁷⁸ Illamola, Birnbaum ve Sherwin, “Generic Drug”, 1871.

⁷⁹ Karatepe Kaya ve Kaya, “Patent”, 150; Ersöz Seçer ve Şar, “Patent”, 279; Özkök Gökmen, “Covid 19”, 169ff.

⁸⁰ Kolhe ve Jain, “Compulsory Licenses”, 171.

⁸¹ Kianzad ve Wested, “Patent”, 71.

⁸² Masrur ve Constance, “Patent”, 105; Barton, “TRIPS”, 146; Heins, “Intellectual Property”, 224-225.

⁸³ Barton, “TRIPS”, 146.

⁸⁴ Heins, “Intellectual Property”, 213-214.

⁸⁵ Masrur ve Constance, “Patent”, 104.

⁸⁶ Ersöz Seçer ve Şar, “Patent”, 281-282; Karatepe Kaya ve Kaya, “Patent”, 154.

Dolayısıyla sağlık hakkıyla patent hakkı çatıştığı için ilaçta patent konusunun dengeleyici bir yaklaşım yerine yeni baştan ele alınması gerektiğinden söz edilerek ilaç patenti eleştirilmektedir.⁸⁷

D. İlaçta AR-GE ve Teknoloji Transferinin Tamamen Patente Bağlı Olduğu Görüşünün İspatlanmamış Olması

Güçlü patent sistemini savunanlara göre, ilaç patenti, gelişmekte olan ülkeler dahil olmak üzere faydalıdır. Dolayısıyla güçlü patent sistemi kabul edilmezse yabancı yatırım ve teknoloji transferi engelleneceği gibi yerli ilaç endüstrisinin AR-GE kapasitesinin gelişimi de azalacaktır. Güçlü patent korumalarının yabancı yatırımı teşvik ettiği iddiasının karşısında yer alanlar ise bu iddianın şüpheli olduğunu belirtmektedir.⁸⁸ Çünkü ilaçta patent korumasının sınırlandırılması veya kaldırılması halinde yabancı yatırımcıların azalacağı iddiası kanıtlanmamıştır. Tam aksi örnek olmak üzere, çok uluslu firmaların yerli endüstri üzerindeki hakimiyetini kırmak amacıyla 1969 yılında ilaçlara yönelik patent korumasını kaldıran Brezilya’da ilaç endüstrisine yapılan yabancı yatırım, 1970’li yıllarda yaklaşık altı kat artmıştır.⁸⁹ Ayrıca ilaç firmalarının katlandıkları maliyetin ilaç satışı yoluyla kendilerine geri dönüşü gerçekleşirse, ilaç patentinin AR-GE çalışmalarını desteklediği kabul edilebilecekken; satın alma gücünün olmadığı bir ortam ve piyasa bakımından ilaç patentinin AR-GE çalışmalarını destekleyip teşvik ettiğinden bahsedilemeyecektir. Buna göre, gelişmekte olan ülkelerde, yatırımcıların yaptıkları harcamaları geri kazanma olasılığı düşük olduğundan, ilaç firmaları bu imkâna sahip olmayacaktır.⁹⁰

E. Acil Halk Sağlığı İhtiyacı Olan Durumlarda İlaça Erişimin Güçleşmesi

Her ne kadar geçiş süreleri öngörülmüş olsa da TRIPS’in ilaç patentini tüm DTÖ üyesi ülkeler için zorunlu kılan hükümleri, gelişmişlik düzeyi gözetilmeksizin tüm üyeler açısından bağlayıcıdır. Böylece ilaç patenti konusunda üye ülkelerin kendi ulusal mevzuatlarını uygulama özgürlüğü sınırlanmıştır. Bu sınırlama, acil halk sağlığı ihtiyacı halinde fikri mülkiyet haklarının korunmasıyla acil ihtiyacın karşılanması arasında belirsizlik ve çatışmaya sebep olabilir. TRIPS üyesi ülkelerin sayısının artması ve özellikle az gelişmiş ülkelerde gerçekleşen salgın hastalıklarda ilaçlara erişimde yaşanan sorunlar, sağlık ve ilaca erişim hakkı konusunda çözülmesi gereken sorunları ortaya çıkarmıştır.⁹¹

İlaç patentinin zorunlu olması, ilaçlara erişimde zorluk yaşayabilecek ülkelerin karşılaştıkları sorunları daha da derinleştirmektedir. Özellikle bulaşıcı salgın hastalıklarla boğuşan az gelişmiş ülkeler için bu sorunun önemi daha büyüktür. Yetersiz beslenme, temiz suya ulaşım güçlüğü ve bakımsızlık gibi sorunlar sebebiyle artan sıtma ve tüberküloz gibi bulaşıcı hastalıkların fazla olduğu az gelişmiş ülkelerde ilaçlara erişim, acil halk sağlığı sorunu niteliği taşır. Söz konusu hastalıklar TRIPS öncesi de mevcut olmakla birlikte az gelişmiş ülkelerin jenerik ilaç üretimi sayesinde ilaçlara erişim açısından TRIPS sonrasına oranla daha avantajlı bir konumda bulundukları söylenebilir.⁹²

Temel insan hakkı olarak sağlık hakkı kapsamında hayat kurtaran ilaçlara uygun fiyatlı erişimle ilaçta AR-GE ve ilaç patentleri arasındaki gerilim, küresel bir pandeminin yaşandığı durumda daha acil hale gelmektedir.⁹³ Covid-19 pandemi sürecinde en ağır insani bedel, gelişmekte olan ülkeler tarafından ödenmiştir.⁹⁴ İlaç firmalarının, pandemiden yararlanarak patent haklarını kötüye kullanıp daha fazla kâr elde etmeyi ve bilgi, üretim, fiyat ve tedarik alanlarında tekel uygulamalarını teşvik etmeyi amaçladıkları; ayrıca, firmaların pandemiyle ilgili ihtiyaçları karşılarken dahi konuyu hâlâ ticari açıdan değerlendirdikleri belirtilmektedir.⁹⁵ “Patents Kill” adlı bir topluluk, ilaç endüstrisinin dünyanın en kârlı sektörlerinden biri olmasına rağmen, daha fazla kâr elde etmek amacıyla özellikle yüksek kâr vaat eden

⁸⁷ Türkmen, “İlaç Patenti”, 5ff.

⁸⁸ Weissman, “Trips”, 1121. Ayrıca bkz. Şehirli Çelik, *Patent*, 40ff.

⁸⁹ Weissman, “Trips”, 1122.

⁹⁰ Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 252-253.

⁹¹ Özdemir, “Patent”, 30; Karatepe Kaya ve Kaya, “Patent”, 144ff.

⁹² Özdemir, “Patent”, 42.

⁹³ Kianzad ve Wested, “Patent”, 72; Karatepe Kaya ve Kaya, “Patent”, 150.

⁹⁴ Kianzad ve Wested, “Patent”, 72.

⁹⁵ Masrur ve Cosntance, “Patent”, 107; Karatepe Kaya ve Kaya, “Patent”, 150.

ilaçlar üzerinde araştırma yürüttüğünü ve bu nedenle pandemilerle etkin şekilde mücadele edilemediğini iddia etmiştir.⁹⁶

DSÖ, 30 Ocak 2020 tarihinde uluslararası önem arz eden halk sağlığı acil durumu ilan ettiği Covid-19'u 11 Mart 2020 tarihinde küresel salgın olarak ilan ettiğini duyurmuştur.⁹⁷ Pandemi sürecinde hem Türkiye'de hem de yurt dışında devletler ve özel sektör, hastalığa karşı etkili ilaç ve aşılar geliştirmek amacıyla yoğun çaba göstermiştir. Bu çalışmalar, önemli ölçüde zaman, maliyet ve zihinsel emek gerektirmiştir. Bu nedenle, Covid-19 aşısı ve ilaçları için patentlerin kabul edilmesinin yüksek maliyetleri nedeniyle herkesin bu ürünlere erişimini sınırlandıracağı ve toplum sağlığı açısından olumsuz sonuçlar doğuracağı ifade edilmiştir.⁹⁸ Aşılarla eşit erişim konusunda aşısı istifçiliğine ve aşısı milliyetçiliğine dikkat çeken DSÖ genel direktörünün 18 Ocak 2021'de İcra Kurulu'nun 148. oturumunun açılış konuşmasında sarf ettiği sözler oldukça önemlidir.⁹⁹

Covid-19 aşılara adil şekilde erişimin sağlanması için artan küresel endişe sebebiyle Hindistan ve Güney Afrika, aşılarla erişimi artırmak için fikri mülkiyet haklarından feragat edilmesini içeren bir teklifi DTÖ'ye sunmuştur.¹⁰⁰ DTÖ, 17 Haziran 2022 tarihindeki toplantısında, Covid-19 aşısına yönelik patente ilişkin kısmi feragat konusunda anlaşmaya varmıştır.¹⁰¹ Fikri mülkiyet haklarından feragat edilmesine yönelik söz konusu çağrılarının pandemiyi yarattığı acil ihtiyaçların karşılanması amacıyla yönelik olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte fikri mülkiyet haklarının korunmasıyla kamu sağlığının korunması arasında dengeli etkileşim kurulmasına ilişkin TRIPS hükümleri de fikri mülkiyet haklarından feragat edilmesine yönelik çağrılarının dayanakları arasındadır.¹⁰²

V. İLAÇ PATENTİNE DENGELEYİCİ YAKLAŞIM

A. Buluş Sahibinin Menfaati ile Kamu Menfaatlerinin Dengelenmesi İhtiyacı

Fikri mülkiyet hakları mutlak hak niteliği taşıdıkları için rekabet hukuku kurallarıyla doğrudan sınırlandırılmaları güç olmakla birlikte, korunmaları sınırsız ve ölçsüz değildir.¹⁰³ Her iki hukuk alanı arasında bir denge kurulması gerekir. Çünkü patent, mutlak iyiliği sağlayan bir mekanizma olmayıp aksine bir denge aracıdır. Patent, buluş sahibinin menfaatleriyle kamu menfaati arasında bir denge tesis eder. Buluş sahiplerince talep edilen korumayı sağladığı ölçüde pozitif anlamda bir iyilik durumunu temsil eden patent, toplumun buluşu kullanması açısından ise bir uzlaşmayı temsil eder.¹⁰⁴ Buluş konusu ürünle ilgili bilgilerin kamu malı haline gelmesi patentle sağlanır. Ancak buluş sahibine bir takım

⁹⁶ Patents Kill, "Patents Guarantee Profits and Kill People", Erişim Tarihi: Kasım 23, 2025, www.patents-kill.org.

⁹⁷ World Trade Organization (WTO), "WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID19 -11 March 2020", Erişim Tarihi: Eylül 2, 2025, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

⁹⁸ Masrur ve Constance, "Patent", 100.

⁹⁹ Konuşma metninin tamamı için bkz. World Trade Organization (WTO), "WHO Director-General's Opening Remarks at 148th Session of The Executive Board", Erişim Tarihi: Eylül 2, 2025, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-148th-session-of-the-executive-board>.

¹⁰⁰ Bryan C. Mercurio, "WTO Waiver From Intellectual Property Protection For COVID-19 Vaccines Treatments: A Critical Review", *Virginia Journal of International Law Online*, no. 62 (2021): 11-12.

¹⁰¹ World Trade Organization (WTO), "Ministerial Decision on The Trips Agreement", Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN22/30.pdf&Open=True>. Covid-19 aşısı ve ilaçlarında patent yükümlülüklerinden feragat edilmesi için kullanılabilecek yollar hakkında bkz. Karatepe Kaya ve Kaya, "Patent", 154ff. Ayrıca bkz. Özkök Gökmen, "Covid 19", 200ff.

¹⁰² Kianzad ve Wested, "Patent", 73. TRIPS, patent sahibinin münhasır haklarına ilişkin olmak üzere çeşitli istisna hükümleri içerir. TRIPS'teki bu tür istisnalar genellikle TRIPS'in koruyucu maddeleri (protective clauses) olarak adlandırılır. Bkz. Masrur ve Constance, "Patent", 100-101. Ayrıca bkz. TRIPS m. 7, m. 8/1, m. 27/2, m. 30, m. 40/2.

¹⁰³ Serdar Nart, "Rekabetin Korunması Kapsamında Fikri ve Sınai Hakların Sınırları," *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 11, no. 1 (2009): 122.

¹⁰⁴ Weissman, "Trips", 1071; Çolak, *Patent*, 53.

münhasır haklar da tanınır. Örneğin, patent içeriğindeki bilgiyi kullanmak, patent sahibinden lisans alma koşuluna bağlıdır.¹⁰⁵

İlaç firmalarının çıkarlarıyla kamu yararının karşı karşıya geldiği durumlarda, patent hakkının taşıdığı önem inkâr edilemez. Bununla birlikte toplum sağlığının da gözetilmesi gerekir. Maliyetli ve riskli bir süreç olan ilaç keşfi ve üretimi, bir yandan yenilikçi, hayat kurtaran ilaçların finansmanı ve geri ödemesi, diğer yandan da yatırımların korunmasıyla sağlığın korunması arasındaki hassas kesişme noktasında eşit erişim ve satın alınabilirlik ihtiyacı arasında denge kurulmasını gerektirir.¹⁰⁶ Nitekim patent korumasının belli bir süreyle sınırlı olmasının amacı, buluş sahibinin menfaatiyle kamunun menfaati arasında bir denge kurulmasını sağlamaktır. TRIPS hükümleri bütünüyle değerlendirildiğinde, kısa vadeli hedef olan hayat kurtaran ilaçlara erişimin sağlanmasıyla uzun vadeli hedef olan ilaç firmalarının AR-GE çalışmalarına teşvik edilmesi arasında bir denge kurulmaya çalışıldığı görülür.¹⁰⁷

İlaç patenti konusu, sağlık hakkıyla patent hakkı arasında adil bir denge gözetilerek değerlendirilmelidir.¹⁰⁸ Bu sebeple bu alanda politika üretenler ve ilgili kurumlar, bir yandan ilaç firmalarını AR-GE çalışmalarına teşvik etmeli, diğer yandan da piyasada rekabet ortamı yaratmak için gerekli tedbirleri almalıdır. Bu sayede ilaç keşiflerinin sağladığı faydalar en üst düzeye çıkarılabilir ve hayat kurtarıcı ilaçlara erişim, onlara en çok ihtiyaç duyanları kapsayacak şekilde genişletilebilir.¹⁰⁹ İlaçlara patent koruması getirilmesiyle orijinal ilaç firmalarının belirli bir süre piyasada tekel yetkisine sahip olarak maliyetlerini karşılamaları ve yeni yatırımlar yapmaya teşvik edilmeleri sağlanır. Öte yandan patent süresinin sona ermesiyle jenerik ilaçların piyasaya girmesi mümkün olur, böylece ilaçlara ikame imkânı doğar ve piyasada rekabet ortamı tesis edilir.¹¹⁰ Patent süresi boyunca ilacın eşdeğerinin piyasaya çıkmasına izin verilmemesiyle ilaç firmalarının menfaati korunurken patent süresinin sona ermesi ve jenerik ilaçların piyasaya çıkmasıyla birlikte kamu menfaati korunmuş olur ve buluş sahibi olarak ilaç firmalarının menfaatiyle kamu menfaati arasında denge sağlanır.¹¹¹

İlaç patenti, ilaç firmalarının maliyetlerini karşılama ve yeni yatırımlar yapma konusunda teşvik edici olmalıdır.¹¹² Ancak patent haklarını “ölümsüz patente” dönüştürme amacını taşımamalıdır.¹¹³ Patent, buluş sahibine belirli bir süre tekel hakkı vererek koruyucu işlevini yerine getirir. Ancak bu korumanın amacını aşacak şekilde tekel hakkının genişletilmesi ya da kötüye kullanılması hukuk düzeninde korunmamalıdır.¹¹⁴ Ayrıca patentli ürün için patentin içeriğinde bulunmayan ilave korumalar getirmek suretiyle kamunun menfaatine zarar verilmemelidir.¹¹⁵ İnsan sağlığı konusu, salt ticari menfaat ve kârlılık bağlamında düşünülmemelidir. Çünkü ilaç, alelade bir ticari ürün niteliği taşımaz.

B. İlaça Erişimi Etkileyen Patent Dışı Faktörlerin Bulunması

İlaçların patent kapsamına alınmasının olumsuz etkileri daha çok az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde kendini gösterir. Ancak bu ülkelerde ilaca erişim konusunda yaşanan sorunların tek sebebi ilaç patenti değildir. Çünkü ilaçların taşınması, saklanması ve uygulanması için yapılan masraflar çoğu zaman ilacın kendisinden daha pahalı olmaktadır. Hatta az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin büyük bölümü ilaç satın alma, taşıma, depolama ve uygulama masraflarını karşılayacak yeterli ekonomik güce sahip değildir. Bu sebeple tüm sorunun ilaç patentinden kaynaklandığını söylemek yanıltıcı olabilir. Çünkü HIV/AIDS gibi hastalıkların tedavisinde kullanılan ilaçlar TRIPS öncesinde patent kapsamında

¹⁰⁵ Weissman, “Trips”, 1072.

¹⁰⁶ Kianzad ve Wested, “Patent”, 75-76.

¹⁰⁷ Mercurio, “Trips”, 217; Kianzad ve Wested, “Patent”, 77.

¹⁰⁸ Ersöz Seçer ve Şar, “Patent”, 28; Özkök Gökmen, “Covid 19”, 174; Karatepe Kaya ve Kaya, “Patent”, 160; Kaya, *Eşdeğer*, 100; Masrur ve Constence, “Patent”, 104.

¹⁰⁹ Masrur ve Constence, “Patent”, 104.

¹¹⁰ Correa, *Patent*, 69; Memiş, “Jenerik”, 179.

¹¹¹ Kaya, “Bolar”, 429; Sarı, “Patent”, 2395.

¹¹² Mercurio, “WTO Waiver”, 16ff.; Şehirli Çelik, *Patent*, 47-48.

¹¹³ Türkmen, “İlaç Patenti”, 5-15.

¹¹⁴ Memiş, “Jenerik”, 191.

¹¹⁵ Memiş, “Jenerik”, 184.

değilken bile bu ilaçların tedariki bakımından sorunlar yaşanmıştır.¹¹⁶ Covid-19 özelinde, hem zengin hem de yoksul ülkeleri etkileyen küresel salgına karşı koordineli bir şekilde müdahale çağrılarına ve rekor sürede aşı geliştirmek amacıyla kamu ve özel sektör arasında tarihte benzeri görülmemiş bir iş birliği gerçekleştirilmesine rağmen, sağlık hakkının temel insan hakkı olduğu perspektifinden bakıldığında, küresel müdahalenin yeterince başarılı olmadığı görülmektedir.¹¹⁷

En iyi koşullarda dahi gelişmekte olan ülkelerde halk sağlığı sorunlarını tamamen ortadan kaldırmak kolay değildir. İlaç patenti dışında pek çok önemli faktör de artık dikkate alınmalıdır. Buna göre, kötü yaşam koşulları, tıbbi tesislerin yetersiz olması, yetersiz beslenme ve ilaç dağıtım araçlarının eksikliği gibi faktörlerin üzerinde durulduğu zaman, söz konusu sorunların çözüme kavuşturulması için bir şans elde edilebilir.¹¹⁸ İlaça erişim konusunda fikri mülkiyet alanındaki düzenlemelerin yanı sıra tıbbi alt yapı, finansman ve eğitim konularına da dikkat edilmelidir. Zira küresel ölçekte ilaca erişimin sağlanması, yalnızca ilaç patentinde değişiklik yapılmasını değil, daha geniş kapsamlı önlemlerin alınmasını ve etkili politikaların uygulanmasını gerektirir. Bu hususta, sağlık sistemlerindeki sorunların çözülmesi ve ilaca erişimin kolaylaşması için ilaç satın alma ve dağıtım işlemlerinin maliyetlerinin finanse edilmesinin yolları aranmalıdır. Acil halk sağlığı krizini çözmek ve ilaca erişimi mümkün hale getirmek salt ilaç firmalarının omuzlarına yüklenmemeli, bu sorunları çözmenin maliyeti tüm uluslararası toplumun sorumluluğunda olmalıdır. Bu anlamda masrafların finanse edilmesini sağlamak üzere hem özel hem kamu ortaklıklarıyla hayırsever kuruluşların kurulması teşvik edilmelidir.¹¹⁹

C. İlaç Üretimi İçin İlaç Firmalarına Geri Dönüş Vaadinin Gerekli Olması

Eczane raflarında görülmeye alışık olunan orijinal ilaçların bu aşamaya gelmeleri kolay bir süreç değildir. İlaç sektöründeki AR-GE faaliyetleri genel olarak yeni molekül keşfi, mevcut olan molekül için yeni kullanım alanı bulma, yan etkisi olan ilacın tekrar incelenmesini içeren temel araştırma ve klinik testlerin yapıldığı klinik araştırma çalışmalarını içeren hem uzun hem de masraflı bir süreçtir.¹²⁰ İlaç üretimi aynı zamanda riskli bir süreçtir. Bu sebeple ilaç sektöründe, başka firmalarla rekabet edilmeye çalışılırken aynı zamanda risklerin yönetilmesi de oldukça önemlidir. AR-GE çalışmalarındaki başarısızlık riskine bağlı olarak yüksek bir maliyet söz konusudur. Çünkü sıkı güvenlik standartlarını karşılamayan potansiyel ilaçların geliştirilmesi, bazen yıllar süren araştırma ve yatırımların ardından sonlandırılır.¹²¹ İlaç firmaları, belirsiz sonuçlar için büyük riskler alır ve kamu sağlık hizmetleri için yaptıkları yatırımlara bir servet harcarlar.¹²² Tüm bu süreçler, ilaç firmaları için yüklü bir maliyet anlamına gelir.¹²³ Bu sebeple orijinal ilaç firmaları hem masraflarını karşılamak hem de gelecekteki yeni yatırımlarını finanse etmek amacıyla kâr elde edebilmek için sınırlı bir süre tekel yetkisine sahip olmak ister.¹²⁴ Böylece ilaç firmaları, belli bir süreyle sınırlı da olsa ikâmesi olmayan ilaçlar üreterek kâr elde

¹¹⁶ Mercurio, “Trips”, 246-247.

¹¹⁷ Kianzad ve Wested, “Patent”, 72.

¹¹⁸ Mercurio, “Trips”, 246; Özkök Gökmen, “Covid 19”, 171.

¹¹⁹ Mercurio, “Trips”, 248. Ayrıca bkz. Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 255-256; Özkök Gökmen, “Covid 19”, 173-174.

¹²⁰ Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Sanayi Genel Müdürlüğü, “Türkiye İlaç Sektörü Strateji ve Eylem Planı 2015-2018”, 42, Erişim Tarihi: Eylül 2, 2025, https://www.gmka.gov.tr/dokumanlar/yayinlar/2015-2018_Turkiye-ilac-Sektoru-Strateji-ve-Eylem-Plani.pdf.

¹²¹ Chandra Nath Saha ve Sanjib Bhattacharya, “Intellectual Property Rights: An Overview and Implications in Pharmaceutical Industry,” *Journal of Advanced Pharmaceutical Technology & Research* 2, no. 2 (2011): 91.

¹²² Klinik deneylere giren ilaçların %12’sinden daha azı onaylanmış bir ilaçla sonuçlanır. Klinik deneylere giren ilaçların yüksek bir yüzdesi pazara ulaşamaz ve bu da ilaç firmaları için büyük bir mali kayıp anlamına gelir. Bkz. Kolhe ve Jain, “Compulsory Licenses”, 173.

¹²³ Tekin Memiş, “İlaçların Patentlenmesi,” iç. *I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008)*, editör Murat Şen ve Ahmet Başözen (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009), 210; Mercurio, “Trips”, 249; Masrur ve Constance, “Patent”, 99; Durak, “Jenerik”, 82; Özcan Büyüktanır, “Genel Bakış”, 87; Suluk, “İlaçların Korunması”, 732; Ersöz, *İdarenin Sorumluluğu*, 36; Correa, *Patent*, 2; Aktaş, “Veri İmtiyazı”, 36; Açıkgoz, “Zorunlu Lisans”, 119.

¹²⁴ Mercurio, “Trips”, 249.

etme imkânı kazanmış olur.¹²⁵ Çünkü ilaç patenti, patent sahibinin, ürünü geliştirme maliyetini geri kazanmak ve daha sonra buluştan elde edilen kârdan yararlanmak için başkalarının buluşunu ticari olarak kullanmasını sınırlı bir süre için kısıtlamasına izin verir.¹²⁶ Buna göre, ilaçların patentle korunmasının temelinde yatan sebep, orijinal ilaç firmaları tarafından yapılan masrafların finanse edilmesidir.¹²⁷ Tekel yetkisi sağlayan patentin kabulü, kısa vadede rekabetçi ekonomi anlayışıyla çelişiyor gibi görünse de, uzun vadede toplumun menfaatini ve refahını artıran; ayrıca sosyal, ekonomik ve kültürel gelişimi destekleyen bir sistem olarak değerlendirilebilir.¹²⁸

İlacı erişiminin sağlanması için ilaçların indirimli fiyattan satılması kadar ilaç firmalarının ilaç üretimine teşvik edilmesi de önemlidir. İlaç firmalarına ilaç üretimi konusunda yeterli teşvik sağlanmaz ve sırf ilacı erişimi kolaylaştırmak için kısa vadeli bir çözüm olan, ilaçların düşük fiyattan satılması beklenirse, ilaç firmalarının ilaç üretmek için yatırım yapmaması tehlikesiyle karşı karşıya kalınabilir.¹²⁹ Örneğin, gelişmiş ülkelerde kontrol altına alınmış ama az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerde epidemiyi niteliğini koruyan hastalıklar bakımından gelişmiş ülkelerdeki ilaç firmalarının yatırım yapmasını sağlamak için onlara bir geri dönüş vaadinde bulunmak gerekir.¹³⁰ Çünkü diğer tüm teknolojik alanlardan daha fazla ilaçlar ve eczacılık ürünleri küreselleşme tanımına uyar ve bu durum güçlü bir fikri mülkiyet sistemini gerekli kılar. Yeni bir ilacı piyasaya sürmenin maliyetinin, geliştirme aşamasındaki tüm risklerle birlikte bir ilaç firmasına milyonlarca dolara mal olabileceğini bilen hiçbir firmanın sahip olduğu fikri mülkiyetin yeterli getiri olmadan kamu malı haline gelmesi riskini almak istemeyeceği ifade edilebilir.¹³¹ Ayrıca patent korumasının olmaması halinde ilaç firmaları masraflarını karşılayamayacağı gibi kâr elde etme imkânına da kavuşamaz.¹³²

Bir ilacın geliştirilmesi süreci başarısızlık riskiyle birlikte oldukça zaman alıcı ve maliyetli olduğundan, hükümetler ilaç firmalarına güvenli koruma hakları ve rekabetçi bir sistemde var olandan daha yüksek kâr marjı sağlayarak onları risk almaya teşvik etmelidir.¹³³ İlaçta AR-GE çalışmalarının teşvik edilmesi için devlet finansmanı sağlanmalıdır. Bu özellikle ilaç üretimi konusunda yeterli teknolojik kapasiteye sahip olmayan ülkeler için önem taşır. Bazı faktörler, özel sektörün kendi başına devlet finansmanının başarabileceği bir şeyi başarmasına engel olabilir. Bu sakıncaları önlemek ve ilaç üretimini teşvik etmek için ulusal fonlar kurulabilir. Lisans sözleşmesi kapsamında lisans sahibi firmalara ödenen bedelin belirli bir yüzdesi ulusal fona aktarılabilir. Ya da tüm ilaç satışlarına veya tercihen zorunlu olmayan tüm ilaç satışlarına ulusal bir vergi konulabilir ve elde edilen gelir ulusal fona aktarılabilir. Bu önerilerin TRIPS'e uygun olduğu ve ilaçla ilgili halk sağlığı ihtiyaçlarının karşılanması için etkili bir araç olarak kullanılabileceği belirtilmektedir.¹³⁴

VI. TRIPS KAPSAMINDA İLAÇ PATENTİNE ESNEKLİK SAĞLAYAN UYGULAMALAR

A. Patent Erozyonu

Patent süresinin uzatılamaması, ilaçların patent süresinin öngörülenden fiilen kısa olmasına sebep olur. İlaçlar için öngörülen yirmi yıllık patent süresi, başvuru tarihinden itibaren işlemeye başlar. İlaç firmaları patent süresi içinde tekel hakkına sahip olsalar da fiilen sahip oldukları süre daha azdır. Çünkü

¹²⁵ Çolak, *Patent*, 844; Konca, Özer ve Uğurluoğlu, “İlaç Sektörü”, 188.

¹²⁶ Kolhe ve Jain, “Compulsory Licenses”, 173; Şehirli Çelik, *Patent*, 47-48.

¹²⁷ Mercurio, “Trips”, 249.

¹²⁸ Açıkgöz, “Zorunlu Lisans”, 119.

¹²⁹ Mercurio, “WTO Waiver”, 17; Mercurio, “Trips”, 250; John R. Thomas, *Scientific Research and the Experimental Use Privilege in Patent Law* (CRS Report for Congress, 2014), 3.

¹³⁰ Mercurio, “Trips”, 250.

¹³¹ Saha ve Bhattacharya, “Intellectual Property”, 91.

¹³² Durak, “Jenerik”, 84.

¹³³ Kolhe ve Jain, “Compulsory Licenses”, 173.

¹³⁴ Weissman, “Trips”, 1125.

ilacın piyasaya çıkarılabilmesi, ruhsat sürecinin tamamlanmasını gerektirdiği için belli bir zaman alır.¹³⁵ Buna göre, patentli bir molekülün ilaç pazarına çıkarak satışa hazır hale gelmesine kadar 12-15 yıllık zaman geçer ve bu durumda patentten fiilen yararlanılabilecek süre 5-8 yıla inmiş olur.¹³⁶ Böylece ilacın satışa hazır hale gelip ilaç firmalarının kâr etmeye başlayacağı ana kadar patent süresinin önemli bir bölümü geçer. Bu durum patent erozyonu (patent term erosion) olarak ifade edilir.¹³⁷

Patent süresinin fiilen kısalması nedeniyle ilaç firmalarının yeterli kâr elde edebilmek için ek çaba göstermeleri gerekir. Özellikle biyoteknoloji yoluyla geliştirilen ve gen kullanımını içeren ilaçlarda, patent korumasının firmalara geri dönüş sağlaması kritik önem taşır. Bu sebeple sanayileşmiş ülkelerin yakın gelecekte ilaçlar için daha uzun süreli koruma talep etmeleri ve ayrıca birçok hükümetin kamu yararı doğrultusunda fiyat kontrol mekanizmalarını daha yoğun şekilde uygulamaya başlamaları muhtemeldir. Bu durum, bir yandan ilaç geliştirme, üretim ve pazarlama maliyetlerinin düşürülmesi ihtiyacını gündeme getirirken, diğer yandan maliyetlerin daha uzun vadeye yayılması sebebiyle daha düşük kâr marjlarının öngörülmesini zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla ilaç endüstrisi, birbirleriyle çelişen çok sayıda gereklilik arasında denge kurmak zorundadır.¹³⁸

Buluşçu firmaların patent süresinden kaynaklı yaşadıkları sorunların azaltılması amacıyla Avrupa Birliği'nde (AB) çeşitli çalışmalar yapılmıştır. 18 Haziran 1992 tarihli AB Konsey Tüzüğü ile Ek Koruma Sertifikası (Supplementary Protection Certificate, SPC) 2 Ocak 1993'te yürürlüğe girmiştir.¹³⁹ Tüzükte, Avrupa Parlamentosu tarafından 6 Mayıs 2009'da 469/2009 sayılı Konsey Kararı ile tıbbi ürünlere dair ek koruma sertifikası hakkında değişiklikler yapılmıştır.¹⁴⁰ Daha sonra anılan Tüzükte 20.05.2019 tarihli ve 2019/933 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü ile bir değişiklik daha yapılmış ve ek koruma sertifikası, patente ilişkin koruma süresinin sona ermesinin ardından onun yerini alan müstakil bir fikri mülkiyet hakkı olarak düzenlenmiştir.¹⁴¹ SPC ile patentle korunan ilaçlarda koruma süresinin, patent süresinin sona ermesinden itibaren beş yıla kadar uzatılmasına imkân sağlanmıştır.¹⁴²

Avrupa Konseyi'nin 469/2009 sayılı kararında değinilen hususlar oldukça önemlidir. Kararda belirtildiği gibi, uzun ve oldukça maliyetli araştırmalar sonucunda üretilen tıbbi ürünler, bu gibi araştırmaları teşvik edecek yeterli korumayı sağlayan kurallara kapsamına girmezse, ilaç alanında beklenen gelişmeler yaşanamaz. Kaldı ki ilaç için patent başvurusunun yapılmasıyla ilaç ruhsatının alınarak ilacın piyasaya çıkacağı zamana kadar geçecek olan süre sebebiyle ilaç patentine ilişkin koruma süresinin azlığı, ilaç firmasının yaptığı yatırımı karşılamakta bile yetersiz kalabilir. Ancak SPC uygulamasının yerli ilaç sanayinin gelişimini olumsuz yönde etkileme ve sağlık harcamalarının

¹³⁵ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 552; Çolak, *Patent*, 822; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 274; Suluk, "Patent Serüveni", 206; Suluk, "İlaçların Korunması", 733; Özcan Büyüktanır, "Genel Bakış", 85; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 35-36; Ayhan, "Patent", 280; Memiş, "Jenerik", 184; Kaya, *Eşdeğer*, 127-128; Kaya, "Bolar", 429; Yatağan Özkan, *Patent*, 54; Konca, Özer ve Uğurluoğlu, "İlaç Sektörü", 191.

¹³⁶ Araştırmacı İlaç Firmaları Derneği (AİFD), "Patent Koruması", Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025, <https://www.aifd.org.tr/yenilikcilik/patent-ve-veri-imtiyazi/>.

¹³⁷ Suluk, "Patent Serüveni", 206; Özcan Büyüktanır, "Genel Bakış", 85; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 36; Yatağan Özkan, *Patent*, 54.

¹³⁸ Saha ve Bhattacharya, "Intellectual Property", 91.

¹³⁹ The Council of the European Communities, "The Creation of a Supplementary Protection Certificate for Medicinal Products (1992)", Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31992R1768&qid=1695758627504>.

¹⁴⁰ The European and of the Council, "Concerning the Supplementary Protection Certificate for Medicinal Products (2009)", Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32009R0469#ntr3-L_2009152EN.01000101-E0003.

¹⁴¹ Official Journal of the European Union, "Regulation (EU) 2019/933 of the European Parliament and of the Council", Erişim Tarihi: Eylül 2, 2025, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/933/oj/eng>. Ayrıca bkz. Ayşegül Sezgin Huysal, *İlaç Patenti* (Vedat Kitapçılık, 2010), 172; Kaya, *Eşdeğer*, 129; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 232; Yatağan Özkan, *Patent*, 55.

¹⁴² Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 553; Çolak, *Patent*, 821; Kanlık, "Orijinal İlaç", 170-171; Memiş, "Jenerik", 185; Kaya, *Eşdeğer*, 129; Yatağan Özkan, *Patent*, 55; Konca, Özer ve Uğurluoğlu, "İlaç Sektörü", 192.

artmasına sebep olma ihtimalleri dikkate alınmaya değerdir. Bu nedenle olacak ki henüz AB üyesi olmayan Türkiye, ilaçlar bakımından ek koruma süresini kabul etmeyerek ertelemiştir.¹⁴³ SPC uygulamasına ilişkin Türkiye’de yasal düzenleme yapılması halinde kamu sağlığına zarar vermeyen, ilaca erişimi sınırlamayan sıkı güvencelerin öngörülmesinde fayda vardır. Nitekim SPC uygulamasıyla birlikte jenerik ilaçların piyasaya girmesi gecikeceği için yüksek fiyatlı ilaçlara erişim sorunları yaşanabilecektir.

B. Deneme Amaçlı Fiillerde Bolar İstisnası

Patent süresi devam ederken, jenerik ilaç firmalarının orijinal ilaca yönelik deneme amaçlı test ve deney çalışmalarıyla ruhsat başvurusu için gerekli işlemleri yapıp yapamayacakları belirlenmelidir. Patent süresi içinde bu tür çalışmaların yapılamayacağı kabul edilirse, bu durum bazı sorunları da beraberinde getirir. Çünkü patent süresi içinde jenerik ilaç firmaları tarafından test ve deney çalışmalarının yapılamayacağının ve ruhsat almak için dosya hazırlama girişimlerinde bulunulamayacağının kabul edilmesi halinde orijinal ilaçlar için geçerli olan patent süresi “de facto” olarak uzamış olur. Böylece orijinal ilaç için piyasadaki tekel durumu bir süre daha devam eder. Bu sakıncalardan dolayıdır ki jenerik ilaç firmalarının patent süresi içinde orijinal ilacın eşdeğerini üretmek için bu tür çalışmalarda bulunmalarının patent hakkının ihlali olarak kabul edilmemesi gerekir.¹⁴⁴ Patent süresi içinde, orijinal ilacın eşdeğerini üretmek için yapılacak olan ruhsat alma girişimlerini de kapsayan deneme amaçlı fiillerin patent hakkını ihlal etmemesi, “bolar istisnası” (Experimental Use Privilege/Roche-Bolar Exemption/Early Working Exception) olarak ifade edilir.¹⁴⁵

Bolar istisnası sayesinde patent süresi içinde jenerik ilaç firmalarının eşdeğer ilaç üretmek için test ve deney yapmaları ve ruhsat alma girişimlerinde bulunmaları, patent engeline takılmaz. İlaça ilişkin patent süresi sona erdiğinde, jenerik ilaçların ruhsat alma sürecinin tamamlanması için ayrıca beklenmez, bu sayede rekabetin haksız şekilde kısıtlanmasına neden olabilecek bir durumun önüne geçilir.¹⁴⁶ Böylece jenerik ilaç firmalarının ürettikleri eşdeğer ilaçların piyasaya çıkması gecikmez ve piyasadaki rekabet ortamı sayesinde ilaç fiyatları düşer. Bu yönde bir istisna kabul edilmiş olmasaydı, patent süresinin bitmesi durumunda piyasada rekabet ortamı hemen oluşmazdı; ancak jenerik ilacın piyasaya çıkması halinde piyasadaki tekel ortadan kaldırılır ve rekabet ortamı yaratılabilirdi.¹⁴⁷

Bolar istisnası, ABD’de görülen bir dava sonucunda verilen kararlar gündeme gelmiştir.¹⁴⁸ Roche-Bolar davası olarak anılan davada, jenerik ilaç firması olan Bolar, patenti orijinal ilaç firması Roche’a ait olan “flureseepam hcl” adındaki etken maddeyle ilgili laboratuvar çalışmaları yapmış ve ruhsat alma

¹⁴³ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 552; Çolak, *Patent*, 825; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 274; Suluk, “Patent Serüveni”, 207; Suluk, “İlaçların Korunması”, 733; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 35-36; Kaya, *Eşdeğer*, 131; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 232; Yatağan Özkan, *Patent*, 58. Türkiye ile AB arasında devam eden müzakere sürecinde, SPC uygulaması ile birlikte Ek Koruma Belgesi verilmek suretiyle ilaç patenti süresinin uzatılabilmesinin, tam üyelik durumunda hayata geçirileceği, Fikri Mülkiyet Hukuku kapanış kriterleri içinde bulunmaktadır. Bkz. Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Sanayi Genel Müdürlüğü, “Türkiye İlaç Sektörü Strateji ve Eylem Planı 2015-2018”, 40, Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025, https://www.gmka.gov.tr/dokumanlar/yayinlar/2015-2018_Turkiye-ilac-Sektoru-Strateji-ve-Eylem-Plani.pdf.

¹⁴⁴ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 553; Çolak, *Patent*, 842ff.; Suluk, “Patent Serüveni”, 205-206; Kanlık, “Orijinal İlaç”, 172; Memiş, “Jenerik”, 186ff.; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 32; Özcan Büyüktanır, “Genel Bakış”, 87; Kaya, *Eşdeğer*, 133ff.; Kaya, “Bolar”, 428ff.; Özkök Gökmen, “Covid 19”, 194; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 97ff.; Güneş ve Güneş Coşkunol, *Fikri Mülkiyet*, 342-343.

¹⁴⁵ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 553; Çolak, *Patent*, 842ff.; Thomas, *Patent*, 14ff.; Suluk, “Patent Serüveni”, 205; Suluk, “İlaçların Korunması”, 733; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 14; Kaya, “Bolar”, 428ff.; Kaya, *Eşdeğer*, 133ff.; Kanlık, “Orijinal İlaç”, 172; Memiş, “Jenerik”, 186ff.; Özcan Büyüktanır, “Genel Bakış”, 87; Correa, *Patent*, 69; Güneş ve Güneş Coşkunol, *Fikri Mülkiyet*, 343.

¹⁴⁶ Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 103; Özkök Gökmen, “Covid 19”, 194.

¹⁴⁷ Kaya, “Bolar”, 429.

¹⁴⁸ Roche Products, Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co., 733 F.2d 858 (Fed. Cir. 1984), Erişim Tarihi: Eylül 8, 2025, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/733/858/459501/>. Bolar istisnası hakkında ABD’de verilmiş diğer kararlar için bkz. Memiş, “Jenerik”, 187; Memiş, “İlaçların Patentlenmesi”, 212. Ayrıca bkz. Ankara, *İlaç*, 19.

girişimlerinde bulunmuştur. Bunun üzerine Roche, patent hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Ancak Bolar firması, yaptığı çalışmaların deneme amaçlı fiiller istisnası kapsamında olduğunu savunmuştur. Federal Mahkeme ise Bolar firmasının deneme amaçlı fiilleri ekonomik amaç güttüğü için bu istisna kapsamında olmadığını belirterek Roche firmasının patent hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Verilen kararın ardından ABD’de “bolar istisnası” hakkında çeşitli kanuni düzenlemeler yapılmıştır.¹⁴⁹ Ayrıca Amerikan İlaç, Gıda ve Kozmetik Kanunu’nda, “The Hatch-Waxman Act” olarak bilinen İlaç Fiyatı Rekabeti ve Patent Süresinin Yenilenmesi Kanunu olarak adlandırılan kanunla 1984 yılında değişiklik yapılarak bolar istisnası düzenlenmiştir.¹⁵⁰ Hatch-Waxman Kanunu öncesinde jenerik ilaç firmaları, ürünlerini piyasaya çıkarma konusunda ciddi zorluklar yaşamışlardır. Çünkü jenerik ilaç firmaları ABD Gıda ve İlaç İdaresi’nden (The Food and Drug Administration, FDA) pazar onayı alabilmek için tıpkı orijinal ilaçlar gibi uzun ve maliyetli klinik araştırmalar yapmak zorunda kalmıştır. Ayrıca 1980’li yılların başından itibaren patentli ilaçla ilgili jenerik ilaç firmaları tarafından patent süresi içinde klinik araştırmalar yapıp yapılamayacağı hususunda tereddüt mevcuttu. Bu durum jenerik ilaç firmalarına karşı patent ihlali sebebiyle dava açılması tehlikesine sebep olmuştur.¹⁵¹

Bolar istisnası ABD dışında Kanada, Avustralya, İsrail, Arjantin ve Tayland gibi ülkelerde de kabul edilmiş ve patent süresi içinde deneme amaçlı çalışmalara müsaade edilmiştir.¹⁵² Ayrıca Japonya Yüksek Mahkemesi, 16 Nisan 1999 tarihinde verdiği kararda, patent süresinin sona ermesinden sonra, herkesin yeni teknolojiye serbestçe yararlanmasına ve böylece topluma fayda sağlanmasına izin verilmesinin patent sisteminin temel ilkelerinden biri olduğunu vurgulamıştır.¹⁵³ AB’de ise tıbbi ürünlerin düzenlenmesine ve onaylanmasına dair 2001/83/EC sayılı Direktif, 2004/27/EC sayılı Direktif’le değiştirilmiş ve 2004/27/EC sayılı Direktif’in 10/6 maddesinde bolar istisnası düzenlenmiştir. Hükme göre, patent veya ek koruma sertifikasıyla korunan bir ilacın ruhsatlandırma amacıyla gerekli deney ve çalışmaların yapılması ve bunlarla ilgili verilerin sunulması, patent hakkının ihlali sayılmaz.¹⁵⁴

Türkiye’de de bolar istisnası dikkate alınmış ve çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Mülga 551 sayılı KHK’nin “Patentten Doğan Hakların Kapsamının Sınırları” başlığı altında bulunan 75. maddesinde bazı eylemlerin patent koruması kapsamında olmadığı düzenlenmiştir. Söz konusu KHK m. 75/b’de patent konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiillerin patent korumasının istisnalarından olduğu belirtilmiştir. 551 sayılı KHK m. 75’e 22.06.2004 tarih ve 5194 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle “f” bendi ilave edilmiştir. Söz konusu hükümde “ilaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dahil olmak üzere, ruhsat konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller” istisna kapsamında değerlendirilmiştir.¹⁵⁵ Böylece söz konusu değişiklikten önce mevcut olan istisna hükmü, ilaçlara özgü olacak şekilde yeni düzenlemeyle belirtilmiş, ilaçlar bakımından “bolar istisnası” Türk hukukuna

¹⁴⁹ K. Suresh Kumar, Aruna Tejswi ve Shikha Tejswi, “Patent Laws and Research Exemption imperatives – do scientists have enough freedom to operate?,” *Current Science* 99, no. 11 (2010): 1525; Thomas, *Patent*, 14-15.

¹⁵⁰ Correa, *Patent*, 69; Thomas, *Patent*, 13ff.; Kaya, *Eşdeğer*, 88.

¹⁵¹ Thomas, *Patent*, 14ff.

¹⁵² Correa, *Patent*, 69-70.

¹⁵³ Correa, *Patent*, 69.

¹⁵⁴ Anılar Direktif’ler için bkz. European Union (EU), “Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use”, Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2001/83/oj/eng>; European Union (EU), Directive 2004/27/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 amending Directive 2001/83/EC on the Community code relating to medicinal products for human use”, Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2004/27/oj/eng>. Ayrıca bkz. Murat Yıldırım, “İlaç Patentleri Yönünden Deney Amaçlı Fiiller ve Ruhsatlandırma; Bolar Hükümü ya da Bolar İstisnası,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 71 (2007): 137-138; Kaya, *Eşdeğer*, 135.

¹⁵⁵ TBMM Adalet Komisyonu’nun gerekçesinde, söz konusu değişiklik hakkında, Türkiye ile AB arasındaki 2/97 sayılı ortaklık konseyi kararı, TRIPS m. 39/3 ile 551 sayılı KHK m. 83/3 ile ilgili olarak muhtelif fikirlerin ileri sürüldüğü belirtilmektedir. Bkz. TBMM Adalet Komisyonu, “26.04.2004 tarih, 1/740 E. ve 51 K. no’lu rapor”, 4, Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c053/tbmm22053104ss0427.pdf>.

girmiştir. Böylece ruhsat başvurusu yapmak ve ruhsat başvurusu için yapılacak test ve deneylerin deneme amaçlı eylemler kapsamında olup olmadığına ilişkin tereddütler ortadan kaldırılmıştır.¹⁵⁶

Bolar istisnasının Türk hukukundaki kanuni yansıması olan SMK m. 85/3-c'ye göre, “İlaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dâhil olmak üzere, patent konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller” ilaç patentinin verdiği yetki kapsamında kabul edilmez. Patent süresi içinde ilaçların ruhsatlandırılması ve kısıtlanmış ruhsat başvurusu yapma işlemleri bolar istisnası kapsamında olup bu fiiller patent hakkını ihlal etmez.¹⁵⁷ Böylece ruhsatlandırılan ilaçlar, orijinal ilaca ilişkin patent süresinin sona erip ermediğine göre piyasaya çıkarılabilir.¹⁵⁸ BTÜRY m. 5/1'e göre, ruhsatlandırılmayan hiçbir beşeri tıbbi ürün piyasaya sunulamaz. Kaldı ki ilaç ruhsatı alınmış olsa bile BTÜRY m. 28'e göre Sağlık Bakanlığı'ndan satış izni alınmalıdır. Buna göre, ilaç ruhsatı almış olmak, ilacın satışa çıkarılabileceği anlamına gelmez.¹⁵⁹ Jenerik ürünün ticarileştirilmesinin, patent süresinin sona ermesine kadar gerçekleşmediği dikkate alındığında, bolar istisnasının TRIPS m. 30 ile tamamen uyumlu olduğu görülür.¹⁶⁰

Jenerik ilaç firması tarafından kısıtlanmış ruhsat başvurusunda bulunulmasının patent hakkını ihlal ettiğinin tespit edilmesi talebiyle orijinal ilaç firması tarafından açılan davada Yargıtay, patent süresi içinde kısıtlanmış ruhsat başvurusunda bulunulmasının patent hakkına tecavüz oluşturmadığını belirtmiştir.¹⁶¹ Bununla birlikte Yargıtay'a göre, henüz ruhsat almamış jenerik ilaç firmaları menfi tespit davası açamaz.¹⁶² Çünkü bolar istisnasına göre, ilaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dahil olmak üzere ruhsat konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller patentten doğan hakkın kapsamı dışında olduğu için ruhsat alınmadan bu davanın açılmasında hukuki bir menfaat bulunmamaktadır.¹⁶³

İlaçların ruhsatlandırılmalarının aksine patent süresi bitmeden ilacın seri üretiminin yapılması, depolanması ve satışa çıkarılması, bolar istisnası kapsamında değildir.¹⁶⁴ Yine numune üretiminin, etken madde hazırlanmasının ve üretim faaliyetlerinin de bolar istisnası dışında olduğu ifade edilmektedir.¹⁶⁵ Buna karşılık Kanada'da 1993 tarihli Patent Kanunu, sadece buluşla ilgili testlere değil, aynı zamanda patentin sona ermesinden hemen sonra piyasaya sürülmek üzere ürünün üretimine ve stoklanmasına da izin veren bolar tipi bir istisna kabul etmiştir. AB, bu istisnaya ilgili olarak DTÖ anlaşmazlıkların çözümü mekanizması kapsamında Kanada'ya karşı panel düzenlenmesini önermiştir. Panel kararında, patent için uzatılmış bir koruma süresi olmasa bile bolar istisnasının TRIPS ile tutarlı olduğu, ancak patentin sona ermesinden önce üretim ve stoklama hakkının TRIPS ile tutarlı olmadığı belirtilmiştir.¹⁶⁶

¹⁵⁶ Suluk, “Patent Serüveni”, 206; Suluk, “İlaçların Korunması”, 733; Çolak, “Veri İmtiyazı”, 277-278; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 32; Yıldırım, “Bolar”, 142.

¹⁵⁷ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 316; Suluk, “Patent Serüveni”, 206; Çolak, *Patent*, 842; Çolak, “Veri İmtiyazı”, 276ff.; Yusufoglu, “Jenerik”, 1162; Ayhan, “Patent”, 280-281; Aktaş, “Veri İmtiyazı”, 75ff.; Sezgin Huysal, *İlaç*, 190; Memiş, “İlaçların Patentlenmesi”, 213; Memiş, “Jenerik”, 188; Güneş ve Güneş Coşkunol, *Fikri Mülkiyet*, 342-343; Çakır Çelebi, “Patent”, 2285; Kaya, *Eşdeğer*, 137; İnce, *Patent*, 35.

¹⁵⁸ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 316; Yıldırım, “Bolar”, 142.

¹⁵⁹ Kaya, “Bolar”, 435; Kaya, *Eşdeğer*, 138; Çakır Çelebi, “Patent”, 2271; Yatağan Özkan, *Patent*, 41.

¹⁶⁰ Correa, *Patent*, 70; Mercurio, “Trips”, 219.

¹⁶¹ Yar. 11. HD, E. 2018/5745, K. 2019/7191, 13.11.2019. Ayrıca bkz. Yar. 11. HD, E. 2015/11873, K. 2016/9752, 21.12.2016, Erişim Tarihi: Kasım 27, 2025, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

¹⁶² Yar. 11 HD, E. 2015/3305, K. 2015/9146, 14.09.2015; Yar. 11. HD, E. 2014/6103, K. 2014/11843, 23.06.2014, Erişim Tarihi: Kasım 27, 2025, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

¹⁶³ Yargıtay'ın bu yöndeki içtihadının SMK m. 154'te düzenlenen menfi tespit davasının sözüyle ve anlamıyla bağdaşmadığı hakkındaki görüş için bkz. Çakır Çelebi, “Patent”, 2283ff. Ayrıca bkz. Çolak, “Veri İmtiyazı”, 266.

¹⁶⁴ Çolak, *Patent*, 845; Sezgin Huysal, *İlaç*, 187; Kaya, “Bolar”, 436.

¹⁶⁵ Kaya, “Bolar”, 434; Kaya, *Eşdeğer*, 137.

¹⁶⁶ Correa, *Patent*, 70. DTÖ Panel kararı için bkz. World Trade Organization (WTO), “Canada-Patent Protection of Pharmaceutical Products”, Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds114_e.htm. Kanada'da bolar istisnası uygulaması hakkında bkz. Yıldırım, “Bolar”, 141.

C. İlaç Patenti Bakımından Zorunlu Lisans Uygulamaları

Patentli buluşun üçüncü kişilerce kullanımına izin verilmesi lisans sözleşmesi yoluyla gerçekleştirilir. Genel olarak lisans sözleşmesi, lisans alanla lisans veren arasında yapılan, lisans verenin lisans alana aksi takdirde hukuka aykırı olacak belirli faaliyetleri gerçekleştirme yetkisi verdiği bir sözleşmedir.¹⁶⁷ Örneğin, patent hakkında bir kimseye lisans verildiği zaman, patent sahibi (lisans veren), lisans alana patent üzerindeki bazı hakları kullanma yetkisi vermiş olur. Böylece, lisans verilmeyen bir durumda yapılmış olsaydı hukuka aykırı sayılacak bir eylem, lisansla birlikte hukuka uygun hale gelir. Patent hakkındaki lisans sözleşmesinde, patent hakkı sahibinin patentten doğan haklarının kullanımı, bedel karşılığında, bir sözleşmeyle lisans alana devredilmiş olur. Patent hakkındaki lisans sözleşmesi sonucunda lisans veren, buluşu üzerinde hak sahibi olarak kalmaya devam eder; ancak bu buluşu kullanma hakkı başkasına geçer.¹⁶⁸

Lisans sözleşmesi, gönüllü lisans (voluntary license) ya da zorunlu lisans (compulsory license) şeklinde ortaya çıkabilir. Gönüllü lisans, sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilirken zorunlu lisans, sözleşme yapma zorunluluğu şeklinde ortaya çıkar.¹⁶⁹ Zorunlu lisans, hükümetin bir şirkete, devlet kurumuna veya bir başka tarafa, hak sahibinin rızası olmadan bir patenti kullanma hakkının lisanslanmasının sağlanmasıdır.¹⁷⁰ Başka bir anlatımla, zorunlu lisans, bir devletin, kendisinin tespit ettiği şartlar dâhilinde, patent sahibini, patentten kaynaklanan bazı haklarını üçüncü kişilere kullandırmaya mecbur tutmasıdır.¹⁷¹

Hayat kurtarıcı ilaçlar söz konusu olduğunda patent üzerindeki münhasır hakların sınırlandırılması daha önemli hale gelir. Örneğin, salgın durumunda ilaçlar bakımından zorunlu lisans verilmesi hayati önem taşıyabilir. Bu nedenle, zorunlu lisansın dayandığı temel gerekçenin, buluş sahibinin bireysel çıkarları yerine toplumun daha üstün yararını gözetmek olduğu ifade edilmelidir. Nasıl ki patent, devlet tarafından tanınan bir imtiyaz ise yine devlet zorunlu lisansla gerektiğinde bu imtiyazı sınırlama hakkını elinde tutmuş olur.¹⁷²

Jenerik ilaçların piyasaya çıkması, ilaçlara daha düşük fiyattan ulaşabilme imkanını artırdığı için ister ilaçların patentle korunmaması politikasıyla ister zorunlu lisansın düzenlenmesiyle ya da daha kısa patent sürelerinin kabulüyle jenerik ilaç teşviki sağlanmış olsun; sonuçta ilaç fiyatları düşer.¹⁷³ Bu sayede yerli ilaç endüstrisinin geliştirilmesine, yerli bir araştırma kapasitesinin oluşturulmasına ve yerel hastalıklar üzerine araştırmaların teşvik edilmesine yardımcı olunabilir.¹⁷⁴ Zorunlu lisanslar, devletlerin rekabeti ve ilaçlara erişimi teşvik etmek için kullanabilecekleri mekanizmalardan biridir.¹⁷⁵ Çünkü

¹⁶⁷ Saha ve Bhattacharya, “Intellectual Property”, 90. Ayrıca bkz. Şehirali Çelik, *Patent*, 123; Çolak, *Patent*, 612ff.; Noyan, *Patent*, 588; Güneş ve Güneş Coşkunol, *Fikri Mülkiyet*, 347; Erdil, *Fikri Mülkiyet*, 348; İnce, *Patent*, 43.

¹⁶⁸ Çolak, *Patent*, 613; Bak, “Lisans”, 112; Noyan, *Patent*, 595; Arslan Kaya, “551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 55, no. 1-2 (1996): 337ff.

¹⁶⁹ Çolak, *Patent*, 687; Saraç, *Patent*, 117; Erdil, *Fikri Mülkiyet*, 338; Kaya, “Zorunlu Lisans”, 337; Gözüyeşil, “Zorunlu Lisans”, 482; İnce, *Patent*, 131. Zorunlu lisansın tarafların rızasına dayanmayan bir ilişki olması ve şartlarının kamu otoriteleri tarafından belirlenmesi sebepleriyle sözleşme sayılamayacağı ancak patent hakkının sınırlarından biri olarak değerlendirilebileceği yönündeki görüş için bkz. Hakan Koçak, “TRIPS Anlaşması’nda İlaç Patentlerinin Zorunlu Lisansı,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11, no. 41 (2020): 282; Koçak, *Zorunlu Lisans*, 39; Odman Boztosun, “Zorunlu Lisans”, 226.

¹⁷⁰ Correa, *Patent*, 93; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 612; Şehirali Çelik, *Patent*, 125; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 317; Saraç, *Patent*, 116; Odman Boztosun, “Zorunlu Lisans”, 226; Özkök Gökmen, “Covid 19”, 181; Koçak, *Zorunlu Lisans*, 21.

¹⁷¹ Tarun Jain, “Compulsory Licenses under Trips and its Obligations for Member Countries,” *The Icfai University Journal of Intellectual Property Rights* 8, no. 1 (2009): 3.

¹⁷² Jain, “Compulsory Licenses”, 2-3.

¹⁷³ Dünyadan örnekler için bkz. Weissman, “Trips”, 1117-1118.

¹⁷⁴ Weissman, “Trips”, 1125.

¹⁷⁵ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 317; Koçak, *Zorunlu Lisans*, 28; Correa, *Patent*, 93.

halihazırda patentli bir ilacın jenerik ilaç firması tarafından üretilmesinin teknolojik gereklilikleri, patentli ilacı ortaya çıkarmak için yapılacak AR-GE çalışmalarının gerekliliklerinden önemli ölçüde az olduğu için, teknolojik bakımdan daha az yeterliliğe sahip olan işletmeler de jenerik ilaç üretebilir. Böylece ihtiyaç duyulan ilaç patentli de olsa zorunlu lisans yoluyla jenerik ilaç firması tarafından üretilerek piyasaya çıkarılabilir. İlaç sektörü temsilcileri, jenerik ilaç üretiminin fiyatları düşürdüğü gerçeğini kabul etmekle birlikte, orijinal ilaç firmalarının yatırım maliyetlerini karşılayabilmeleri için fiyatların korunması gerektiğini savunmaktadır.¹⁷⁶ Bu nedenle zorunlu lisansların kullanımına, yatırım ve AR-GE'yi caydırdığı gerekçesiyle ilaç endüstrisi tarafından genellikle karşı çıkmaktadır.¹⁷⁷ Buna karşılık zorunlu lisansın potansiyel olarak varlığı dahi ilaç patenti sahiplerini, ilaç fiyatlarını düşürme veya gönüllü lisans sözleşmesi yapma hususlarında teşvik edici bir rol oynamaktadır.¹⁷⁸

TRIPS m. 28/2'ye göre, patent sahibinin patentten doğan hakları, lisans sözleşmesine konu olabilir. Zorunlu lisans, TRIPS müzakerelerinde tartışılmış ve buna ilişkin temel ilkeler ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Ancak zorunlu lisans teriminin markalar için zorunlu lisans verilmesine izin verilmeyeceğini düzenleyen TRIPS m. 21'de olmak üzere yalnızca bir kez kullanıldığı görülmektedir.¹⁷⁹ Bununla birlikte TRIPS m. 31'de "hak sahibinin izni olmaksızın gerçekleştirilecek diğer kullanım" (other use without authorization of the right holder) başlığı altında özel ve ayrıntılı hükümler düzenlenmiştir.¹⁸⁰ Hükümde geçen "diğer kullanımlar" ifadesi, ülkelerin buluşları kendi amaçları için kullandıkları tüm durumları ve aynı zamanda zorunlu lisansları da içerir. Bu sebeple zorunlu lisans kurumunun TRIPS m. 31'de düzenlendiği ifade edilmelidir.¹⁸¹

TRIPS m. 31 gereği, üye devletlerin her üye ülke tarafından belirlenecek gerekçelerle diğer kullanımlardan birini teşkil eden zorunlu lisans vermesine izin verilir. TRIPS, üye devletleri zorunlu lisans kurumunu ulusal hukuklarında düzenlemeye mecbur kılmamıştır. Ayrıca TRIPS, zorunlu lisansların verilmesi için bazı gerekçeler belirtmekle birlikte gerekçeleri fiilen belirtilenlerle sınırlamamıştır. Buna göre, üye devletler ulusal hukuklarında zorunlu lisansı düzenlemekte ve zorunlu lisans verilebilecek halleri belirlemekte serbesttir.¹⁸² Buna karşılık TRIPS, zorunlu lisans verilmesi halinde yerine getirilmesi gereken koşullar bakımından oldukça spesifik olup uyulması gereken asgari şartları düzenlemiştir.¹⁸³ Sonuçta üye devletlerin ulusal hukuklarında zorunlu lisansı düzenlemiş olmaları durumunda, TRIPS'ten doğan yükümlülüklerini yerine getirmek için 31. maddedeki koşullara uymaları gerekir.¹⁸⁴

Patent sahibinden makul ticari koşullar ve hükümler kapsamında yetki almak için çaba gösterilmiş olması ve bu çabaların makul bir süre içinde başarısız olması yani patent sahibinin gönüllü olarak lisans vermeyi kabul etmemiş olması gerekir.¹⁸⁵ TRIPS'te makul sürenin ne anlama geldiği açıklanmamıştır.¹⁸⁶

¹⁷⁶ Weissman, "Trips", 1118-1119.

¹⁷⁷ Correa, *Patent*, 93. Ayrıca bkz. Özdemir, "Patent", 45.

¹⁷⁸ Enrico Bonadio, "Compulsory Licensing of Patents: The Bayer/Natco Case," *European Intellectual Property Review*, no.10 (2012): 727; Koçak, *Zorunlu Lisans*, 28-29.

¹⁷⁹ Kianzad ve Wested, "Patent", 79.

¹⁸⁰ Madde başlığında zorunlu lisans teriminin kullanılmaması, siyasi nedenlerden ve özellikle Uruguay turu müzakerecilerinin zorunlu lisans gibi güçlü bir kelime kullanmaktan kaçınmak istemelerinden kaynaklanır. Bkz. Bonadio, "Compulsory Licensing of Patents", 720.

¹⁸¹ Bak, "Lisans", 117.

¹⁸² Kaya, *Eşdeğer*, 85; Açıkgöz, "Zorunlu Lisans", 133; Koçak, *Zorunlu Lisans*, 48; Correa, *Patent*, 97; Jain, "Compulsory Licenses", 10-11.

¹⁸³ Bu şartlar hakkında bilgi için bkz. Correa, *Patent*, 97ff.; Açıkgöz, "Zorunlu Lisans", 133ff.; Mercurio, "Trips", 219ff.; Koçak, *Zorunlu Lisans*, 47ff.; Bak, "Lisans", 117ff.; ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 460ff.

¹⁸⁴ ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 468; Karatepe Kaya ve Kaya, "Patent", 155; Kaya, *Eşdeğer*, 85.

¹⁸⁵ Correa, *Patent*, 98; Açıkgöz, "Zorunlu Lisans", 134; Koçak, *Zorunlu Lisans*, 48; Jain, "Compulsory Licenses", 11; Mercurio, "Trips", 221.

¹⁸⁶ Makul süre, her somut olayın niteliğine göre belirlenmelidir. Acil bir durumda patentli ilacı üretmek için yapılacak müzakerede beklenecek süre, bir olmanın üretimi için yapılacak müzakerede beklenecek süreden daha kısa olmalıdır. Bkz. ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 470.

Bu sebeple teknolojinin doğasına, kullanımının aciliyetine ve önemine, endüstriyel uygulamadaki gerekliliğine göre bir yorum yapılmalıdır. Buna karşılık, ulusal bir aciliyet durumu, olağanüstü aciliyet gerektiren diğer durumlar ve ticari amaçlı olmayan kamusal kullanımlar sebebiyle zorunlu lisansın verildiği bir durumda önceden müzakere koşulu uygulanmaz. Ancak bu tür durumlarda bile hak sahibi mümkün olan en kısa sürede bilgilendirilmelidir.¹⁸⁷ TRIPS m. 31/d'ye göre, zorunlu lisanslar münhasır olamaz, lisans alanın yanında patent sahibinin de kullanım hakkı devam eder. TRIPS m. 31/h'de ise zorunlu lisansa karşılık olarak patent sahibine uygun bir bedelin ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bedelin uygunluğu tespit edilirken, yetkilendirmenin ekonomik değerinin göz önünde bulundurulması ve her somut olayın kendine ait özelliklerin dikkate alınması gerekir.¹⁸⁸

Zorunlu lisansı kabul eden üye ülkenin ağırlıklı olarak iç pazar ihtiyacını karşılamak için zorunlu lisansa karar verebileceğini düzenleyen TRIPS m. 31/f, gelişmekte olan ülkelerde patent koruması ve ilaçlara erişimle ilgili olan tartışmalar bakımından önemli bir role sahiptir.¹⁸⁹ Zorunlu lisans sahiplerinin üretimlerinin yarısından fazlasını kendi iç pazarlarına tedarik etmelerini zorunlu kılan hükmün, lisans sahiplerinin halk sağlığı ihtiyaçları olan bir ülkeye ilaç ihraç etme kabiliyetlerini sınırladığı ve üretim kapasitesi yetersiz olan veya hiç olmayan ülkeler bakımından zorunlu lisansla yararlanılamamasına neden olduğu ifade edilmektedir.¹⁹⁰ TRIPS m. 31/f'nin üretim kapasitesi yetersiz olan ülkelerde yol açtığı sakıncalar sebebiyle TRIPS üyesi ülkeler, kamu sağlığını ve menfaatini gözeterek 9-14 Kasım 2001 tarihinde Katar'da Doha Deklarasyonu'nu kabul etmişlerdir.¹⁹¹ Doha Deklarasyonu'nun 6. paragrafı gereği kurulan Genel Konsey 30 Ağustos 2003 tarihinde yaklaşık iki yıl süren müzakerelerin ardından "TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığı Hakkında Doha Deklarasyonu'nun Altıncı Paragrafının Uygulanması" başlıklı, WT/L/540 sayılı kararıyla TRIPS m. 31/f'nin sebep olduğu sorunları çözümlenmiştir.¹⁹² Karar, TRIPS m. 31/f'nin zorunlu lisansı ağırlıklı olarak iç pazarın tedariğiyle sınırlayan hükmüne rağmen, üretim kapasitesine sahip ülkelerin, kamu sağlığı ihtiyacı olan diğer ülkelere farmasötik ürün üretip ihraç edebilmesine imkân tanımayı amaçlamıştır. Bu amaç, ihracatçı ülke açısından 31/f kısıtlamasının, ithalatçı ülke açısından ise ücretle ilgili 31/h hükmünün esnetilmesini sağlayan bir mekanizma kurulmasıyla gerçekleştirilecektir.¹⁹³ Başka bir anlatımla, olağanüstü koşulların varlığı halinde farmasötik ürünler bakımından TRIPS m. 31/f ve m. 31/h uygulanmayabilecek; bu ürünler bakımından zorunlu lisans, belirli koşulların sağlanması şartıyla, dış pazar ihtiyacını karşılamak üzere yani ihracat amacıyla da verilebilecektir.¹⁹⁴

Doha Deklarasyonu'nun 6. paragrafı ile ilgili kararıyla kabul edilen çözüm kapsamında DTÖ Genel Konseyi'nin 8 Aralık 2005 tarihli WT/L/641 sayılı protokolüyle TRIPS'te değişiklik yapılmıştır.¹⁹⁵ Bu

¹⁸⁷ Mercurio, "Trips", 221; Jain, "Compulsory Licenses", 11.

¹⁸⁸ Açıkgöz, "Zorunlu Lisans", 135-136. Uygun bedeli tespit etmenin bir yolu, patent sahibinin gönüllü olarak lisans verdiği normal bir durumda ödenmesini bekleyeceği bedelin tespit edilmesidir. Bkz. ISCTS- UNCTAD, *Resource Book*, 476. Uygulamaya bakıldığında üyelerin ne yeterli ücretin ne de lisansın ekonomik değerinin anlamı üzerinde anlaşamadığı görülmektedir. Bkz. Mercurio, "Trips", 221-222.

¹⁸⁹ ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 474; Mercurio, "Trips", 221; Odman Boztosun, "Zorunlu Lisans", 230; Özkök Gökmen, "Covid 19", 187ff.

¹⁹⁰ Mercurio, "Trips", 221; Açıkgöz, "Zorunlu Lisans", 139; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 339ff.

¹⁹¹ World Trade Organization (WTO), "Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WT/MIN(01)/DEC/2", Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm.

¹⁹² World Trade Organization (WTO), "Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WT/L/540", Erişim Tarihi: Kasım 23, 2023, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009DP.aspx?CatalogueIdList=51809,2548,53071,70701&CurrentCatalogueIdIndex=1.

¹⁹³ ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 484.

¹⁹⁴ Açıkgöz, "Zorunlu Lisans", 146-147; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 344ff.; Özkök Gökmen, "Covid 19", 188.

¹⁹⁵ World Trade Organization (WTO), "Amendment of the TRIPS Agreement, WT/L/641", Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=225408,121046,96083,96293,69009,58276&CurrentCatalogueIdIndex=5&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True.

değişiklikle yeterli üretim kapasitesi olmayan ülkelere zorunlu lisans sayesinde ilaç ihraç etmeyi mümkün kılan 31bis hükmü düzenlenmiştir. TRIPS m. 31bis, zorunlu lisansın ağırlıklı olarak iç pazar ihtiyacını karşılamak amacıyla verilebileceğine dair TRIPS m. 31/f’de kabul edilen ilkeye, farmasötik ürünler yönünden istisna getirmiştir. Böylece bir ülkeden ilaç ihtiyacı olan bir başka ülkeye ilaç ihracatı yapmak için zorunlu lisans verilebilecektir. Dolayısıyla TRIPS m. 31/f’deki ağırlıklı olarak iç pazarda kullanılmasını içeren ülkesel kullanım ilkesi, TRIPS m. 31bis’deki şartların varlığı halinde dikkate alınmayacaktır.¹⁹⁶

Türk Hukuku’nda SMK m. 129-137 arasında zorunlu lisansa ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin kökeninde TRIPS m. 31 vardır. SMK m. 130-132 arasında patent konusunun kullanılmaması, patent konularının bağımlılığı ve kamu yararı sebebiyle zorunlu lisans verilmesi halleri ayrı ayrı düzenlenmiştir.¹⁹⁷ TRIPS 31bis hükmüne ilişkin değişikliğin kabul edilmesi ise 30.04.2013 tarihli ve 6471 sayılı Kanun’la uygun bulunmuş ve SMK m. 129/1-ç düzenlenmiştir. Bu düzenleme DTÖ Genel Konseyi’nin 30 Ağustos 2003 tarihli kararı kapsamındaki zorunlu lisansa ilişkin ilkelerle de uyumludur. Bununla birlikte Türkiye’de ilaçlar hakkında bugüne kadar zorunlu lisans uygulamasına rastlanmamıştır.¹⁹⁸

D. Tükenme Doktrini ve Paralel İthalat

Tükenme (The Doctrine of Exhausted) doktrinine göre, bir fikri mülkiyet hakkı, tipik olarak onu oluşturan mal veya hizmetin ilk satışı veya piyasaya sürülmesiyle sona erer. Tükenme doktrininin temelinde yatan fikir, fikri mülkiyet hakkı sahibinin ilk satış veya piyasaya arzdan ekonomik bir kazanç elde etmesinin ardından o mal veya hizmeti satın alan veya devralan kişinin başka bir kısıtlamaya tabi olmadan kullanma veya tasarruf hakkına sahip olmasıdır.¹⁹⁹ Ürün üzerindeki hakkın tükenmesiyle ürünün hareketini kontrol etme yetkisinin kaybedilmesi aynı zamanda ürünün fiyatını kontrol etme hakkının da kaybedildiği anlamına gelir.²⁰⁰

TRIPS müzakereleri sırasında, fikri mülkiyet haklarının tükenmesi geniş kapsamlı olarak tartışılmış, ancak hükümetler tek bir tükenme doktrininin kabulü konusunda uzlaşmamıştır. Bunun yerine, her DTÖ üyesinin kendi tükenme politikalarını ve kurallarını belirleme hakkına sahip olacağı konusunda anlaşmaya varılmıştır. Bu anlaşmanın yansıması TRIPS m. 6’dır. Buna göre hak sahibi, satış sonrasında ilave hak iddia edemeyecek ancak üye ülkeler kendi politikalarını belirleme hakkına sahip olacaktır.²⁰¹ Dolayısıyla üye ülkelerin ulusal, bölgesel veya uluslararası tükenme doktrininden birini benimsemesi mümkündür. Bir ülke ulusal tükenme doktrinini kabul ederse, fikri mülkiyet hakkı sahibinin bir mal veya hizmetin hareketini kontrol etme hakkı, yalnızca mal veya hizmetin o ülke sınırları içinde ilk satışı veya pazarlanmasıyla sona erer.²⁰² Başka bir anlatımla, bir ürün patentle korunduğu ülkenin dışında piyasaya çıkarılırsa patent korumasının olduğu ülkede hakkın tükendiğinden bahsedilemez.²⁰³ Bir ülke, bölgesel tükenme doktrinini benimsemiş ise, fikri mülkiyet hakkı sahibinin mal veya hizmetin hareketini kontrol etme hakkı, bir mal veya hizmetin bölgedeki herhangi bir ülkede

¹⁹⁶ Koçak, “TRIPS”, 288; Koçak, *Zorunlu Lisans*, 59-60; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 370; Özkök Gökmen, “Covid 19”, 191-192.

¹⁹⁷ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 318-319; Çolak, *Patent*, 686ff.; Erdil, *Fikri Mülkiyet*, 338ff.; Noyan, *Patent*, 595ff.; Karatepe Kaya ve Kaya, “Patent”, 156; Kaya, *Eşdeğer*, 147ff.; Güneş ve Güneş Coşkunol, *Fikri Mülkiyet*, 344; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 144ff.; Özkök Gökmen, “Covid 19”, 196ff.; Koçak, *Zorunlu Lisans*, 63ff.; Gözüyeşil, “Zorunlu Lisans”, 480; İnce, *Patent*, 134ff. Ayrıca bkz. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 613ff.; Şehirali Çelik, *Patent*, 125ff.; Saraç, *Patent*, 120ff.

¹⁹⁸ Suluk, “Patent Serüveni”, 216.

¹⁹⁹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 609; Çolak, *Patent*, 1120ff.; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 46; Saraç, *Patent*, 128-129; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 33; Güneş ve Güneş Coşkunol, *Fikri Mülkiyet*, 345; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 130ff.; Kaya, *Eşdeğer*, 139; ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 93.

²⁰⁰ Çolak, *Patent*, 1121; Karauz ve Cenkçi, “Patent”, 124; Saraç, *Patent*, 129.

²⁰¹ ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 94; Mercurio, “Trips”, 222. Ayrıca bkz. Koçak, “TRIPS”, 285.

²⁰² Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 46; Çolak, *Patent*, 1124; Saraç, *Patent*, 130; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 33; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 136-137; İnce, *Patent*, 141; ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 94.

²⁰³ Saraç, *Patent*, 130; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 136.

ilk kez satılması veya pazarlanmasıyla sona erer.²⁰⁴ Buna göre, patentli ürün bir AB ülkesinde satıldıktan sonra, fikri mülkiyet hakkı sahibinin haklarını ihlal etmeden başka herhangi bir üye ülkede yeniden satılabilir.²⁰⁵ Uluslararası tükenme doktrinine göre ise fikri mülkiyet hakkı sahibinin mal veya hizmetin hareketini kontrol etme hakkı, o mal veya hizmetin dünyanın herhangi bir yerinde ilk kez satılması veya pazarlanmasıyla sona erer.²⁰⁶

Türk hukukunda tükenme konusu SMK m. 152’de düzenlenmiştir. SMK’de tüm sınai mülkiyet hakları için söz konusu olan tükenme ilkesi, ortak hükümler içinde bulunmaktadır. Söz konusu hükmün birinci fıkrasında, sınai mülkiyet hakkı korumasına konu ürünlerin, hak sahibi veya onun izniyle üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasından sonra bu ürünlerle ilgili fiillerin hakkın kapsamı dışında olacağı düzenlenmiştir.²⁰⁷ Anılan düzenlemeden Türk hukukunda uluslararası tükenme doktrininin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Buna göre, Türkiye’de patent konusu ürünün hak sahibi tarafından veya onun rızasıyla başkası tarafından dünyanın herhangi bir yerinde piyasaya çıkarılmasından sonra hak tükenmiş olacağı için paralel ithalat yoluyla ürünün Türkiye’ye ithal edilmesi mümkündür.²⁰⁸

Paralel ithalat, üçüncü bir ülkede fikri mülkiyet hakkı sahibinin rızası dâhilinde satışa çıkarılan bir ürünün, yerel pazara ithali anlamına gelir.²⁰⁹ Paralel ithalat, patent sahibi tarafından veya başka meşru bir yolla ihracatçı ülke pazarına sunulan patentli ürünün, patent sahibinin izni olmaksızın hakkın korunduğu ülkeye ithal edilmesi ve o ülkede yeniden satılmasını içerir. Örneğin, bir şirket Almanya’da satılan patentli bir makineyi satın alabilir ve daha sonra patent sahibinin izni olmadan aynı patentin yürürlükte olduğu Kanada’da yeniden satabilir.²¹⁰ Başka bir anlatımla, paralel ithalat; fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin koruma konusu mal veya hizmeti bizzat kendilerinin ya da izin verdikleri kişilerin ilk kez piyasaya sunmalarıyla birlikte bundan ekonomik kazanç elde etmiş sayılmaları sonucunda, artık bu mal veya hizmetlerin sonraki dolaşımları üzerinde kontrol yetkilerini kaybettikleri kabulüne dayanır. Bu nedenle, aynı patent korumasının geçerli olduğu bir ülkede söz konusu mal veya hizmetin patent sahibinden izin alınmaksızın daha düşük bir fiyatla satışına imkân tanınır.²¹¹

İlaç üretimi için gerekli teknolojik kapasiteden yoksun olan az gelişmiş ülkelerin ilaca erişmelerini sağlamak amacıyla çeşitli alternatif yöntemlere başvurmaları zorunluluk arz eder. Bu nedenle TRIPS, az gelişmiş ülkelerin ilaçlara erişimini sağlamak amacıyla patent sahibinin izni olmaksızın ilaçların paralel ithalata konu olmasına izin vermiştir.²¹² Paralel ithalat, TRIPS m. 8/1 doğrultusunda üye ülkeler tarafından halk sağlığını korumak için alınabilecek önlemler arasında bulunmaktadır. Bununla birlikte TRIPS m. 6’da özel olarak her üye ülkenin, paralel ithalatın temel gerekçesi olan uluslararası hakların tüketilmesi doktrininin kendi ulusal mevzuatlarına dahil etme bakımından özgürlüğe sahip oldukları ifade edilmiştir.²¹³

Paralel ithalat, tüketicilerin patentli mal için dünya pazarından en düşük fiyatla etkili bir şekilde alışveriş yapmasına olanak tanır.²¹⁴ Örneğin, Fransa’da 250 dolara satılan bir ilaç Türkiye’de 320 dolara

²⁰⁴ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 47; Çolak, *Patent*, 1124-1125; Saraç, *Patent*, 132; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 35; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 137-138; İnce, *Patent*, 141; Correa, *Patent*, 74.

²⁰⁵ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 47; Çolak, *Patent*, 1125; Saraç, *Patent*, 132; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 35; Nart, “Rekabetin Korunması”, 128; Correa, *Patent*, 74.

²⁰⁶ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 47; Çolak, *Patent*, 1125; Saraç, *Patent*, 134-135; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 35; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 138; İnce, *Patent*, 141-142; ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 94.

²⁰⁷ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 48; Çolak, *Patent*, 1126; Erdil, *Fikri Mülkiyet*, 335; Özkök Gökmen, *Sınırlar*, 90; İnce, *Patent*, 139-140.

²⁰⁸ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 48; Kaya, *Eşdeğer*, 140; Özkök Gökmen, “Covid 19”, 195; İnce, *Patent*, 142; Güneş ve Güneş Coşkunol, *Fikri Mülkiyet*, 345. Ayrıca bkz. ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 94.

²⁰⁹ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 47; Çolak, *Patent*, 1122; Nart, “Rekabetin Korunması”, 128; Özcan Büyüktanır, *Hak Sahipliği*, 33-34; Kaya, *Eşdeğer*, 139; İnce, *Patent*, 141.

²¹⁰ Correa, *Patent*, 72.

²¹¹ Correa, *Patent*, 78.

²¹² Özdemir, “Patent”, 34.

²¹³ Correa, *Patent*, 75.

²¹⁴ Mercurio, “Trips”, 222; Correa, *Patent*, 72-73; Kaya, *Eşdeğer*, 140.

satılmakta ise Türk firması aynı ilacı Fransa'dan paralel ithalat yoluyla patent sahibinin iznine gerek olmadan daha ucuza Türkiye'ye ithal edebilir.²¹⁵ İlaç endüstrisi dünyada aynı ilaçlar için genellikle farklı fiyatlar belirlediği için paralel ithalat, sağlık sektöründe özellikle önemlidir. Bir ilacın daha düşük fiyatla satıldığı bir ülkeden ithal edilmesi, patent sahibinin ürünün ilk kez satıldığı ülkede patentli buluş için ücret almasını engellemeden, ithalatçı ülkede daha fazla hastanın ürüne erişmesini sağlar.²¹⁶ Buna karşılık paralel ithalatın genel olarak kabul edilmesi durumunda firmaların dünya çapında tek fiyat uygulama eğiliminde olacağı ve bunun da düşük gelirli ülkelerde uygulanabilecek fiyatın artmasına neden olabileceği ileri sürülmektedir.²¹⁷ Bununla birlikte, patent sahibinin zengin ülkelerde veya fiyat artsa dahi talebin azalmadığı, yani insanların ilacı almak zorunda olduğu pazarlarda daha yüksek ücret talep edebilmesine olanak tanınacağı ifade edilmektedir.²¹⁸

SONUÇ

İlaçların eczane raflarına ulaşmasına kadar geçen süre içinde orijinal ilaç firmaları için bir maliyet ortaya çıkar. Bununla birlikte ilaçlar, insan sağlığı ve yaşamı açısından hayati öneme sahip olduğundan, özellikle yüksek fiyatlı ilaçları karşılayamayan kişiler bakımından sağlık sisteminin ilaca uygun fiyatlarla erişilebilir olmasını sağlaması büyük önem taşır. İlaça ulaşabilmenin en temel şartı ilaç üretimidir. İlaç üretimi bakımından patent koruması, orijinal ilaç firmalarını yatırım yapmaya teşvik edecek önemli faktörlerden biridir. Yeterli ilaç üretimi olmazsa, ilaca erişim güçleşebilir, hatta imkânsız hale gelebilir. İlaç patenti sebebiyle ilaca erişimde güçlükten bahsederken, ilaçta patent korumasının olmadığı bir ortamda, ilaca erişimin hiç mümkün olmadığı bir durumla karşılaşma riski ortaya çıkabilir.

İlaç patenti, patent sahibine belli bir süre boyunca tekel yetkisi tanıdığı için ilaç fiyatlarının yükselmesinde etkili olur. Ancak, ilaç fiyatlarının yüksek olmasının tek nedeninin patent koruması olmadığı da göz ardı edilmemelidir. İlaç patenti ve ilaca erişim konusu incelenirken ilaç fiyatlarını etkileyen tüm önemli faktörlerin birlikte değerlendirilmesi, doğru sonuca ulaşabilmek için gereklidir. İlaç patentlerinin de etkisiyle yüksek fiyatlı ilaçlara bireysel erişim güçleşebilir. Ancak ilaç üretimi gerçekleşmeden ilaca erişimin mümkün olamayacağı gerçeğinden hareketle, üretimi teşvik eden en önemli unsurlardan birinin ilaç patenti olduğu unutulmamalıdır.

Fikri mülkiyet alanında küresel ölçekte kabul edilen en kapsamlı anlaşma olan TRIPS hükümleri incelendiğinde, ilaç patentinin yol açabileceği muhtemel olumsuz etkilerin dikkate alındığı ve DTÖ üyesi ülkeler için hem bağlayıcı hem de rehber niteliğinde olmak üzere dengeleyici yaklaşım çerçevesinde düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. İlaça erişimi güçleştiren bir durumun ortaya çıkması halinde, TRIPS hükümleri çerçevesinde gerekli önlemler alınabilir. Dengeleyici bir çözüm arayışı yerine doğrudan patent muafiyetini kabul etmek, acil ihtiyaç olarak teoride bir fayda getirebilir, ilaca erişimi kolaylaştırabilir. Ancak uygulamada bunun kesin olarak gerçekleşeceğini söylemek zordur. Alt yapı, tedarik zinciri, üretim yetenekleri ve kapasite gibi önemli faktörler ilaca erişim bakımından engeller ortaya çıkarabilir. İlaça erişimi artırmak isterken, patent muafiyetiyle gerçekten bunun sağlanıp sağlanamayacağı tespit edilmeli ve orijinal ilaç firmalarının AR-GE çalışmalarını olumsuz yönde etkileme riski de dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla ilaç patenti konusu, sağlık hakkını önceleyen ve aynı zamanda Ar-Ge çalışmalarını riske atmayan bir yaklaşımla değerlendirilmelidir.

²¹⁵ Özdemir, "Patent", 34.

²¹⁶ Correa, *Patent*, 73.

²¹⁷ Correa, *Patent*, 73.

²¹⁸ Mercurio, "Trips", 222.

KAYNAKÇA

- Acar, Aylin ve Selen Yeneroğlu. "Türkiye’de İlaçta Patent." *Ankara Eczacılık Fakültesi Dergisi* 33, no. 4 (2004): 269-285.
- Açıkgöz, Ahunur. "Ticarette Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması Çerçevesinde İlaç Patentlerinde Zorunlu Lisans ve Covid-19 Döneminde Yaşanan Bazı Gelişmeler." *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 3 (2023): 103-186.
- Ağın, Serenay. "Hastanın Tedaviyi Ret Hakkı." *Yaşar Hukuk Dergisi* 5, no. 2, (2023): 337-389.
- Akçaal, Mehmet. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2012): 253-290.
- Aktaş, Yasemin. "Veri İmtiyazı Koruması ve Bolar İstisnasının Bu Koruma Üzerindeki Etkisi." *Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* 13, no. 49 (2017): 35-81.
- Ankara, İbrahim. *İlaç ve Eczacılık Hukuku*. Dora Yayıncılık, 2022.
- Araştırmacı İlaç Firmaları Derneği. "Patent Koruması." Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025. <https://www.aifd.org.tr/yenilikcilik/patent-ve-veri-imtiyazi/>.
- Aşkın, Uğur. "İlaç Üreticisinin Cezai Sorumluluğu." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no.57 (2024): 115-140.
- Ayhan, Rıza. "Patent ve Faydalı Model Hukuku." iç. *Sınai Mülkiyet Hukuku*, Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Burçak Yıldız ve Dilek İmirlioğlu, Adalet Yayınevi, 2021: 210-305.
- Bağcı, Bahadır. *Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023.
- Bak, Başak. "İlaçta Zorunlu Patent Lisansı." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2011): 106-126.
- Barton, John H. "TRIPS and The Global Pharmaceutical Market." *Health Affairs* 23, no. 3 (2004): 146-154.
- Baykara, Tamer, Hülya Çaylı, Hüseyin Çelik, Mehmet Tokat ve Turgay Ünalın. *Türkiye’de İlaçta Veri Koruması ve Uygulanmasının Mali Etkileri*. 2003.
- Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Sanayi Genel Müdürlüğü. "Türkiye İlaç Sektörü Strateji ve Eylem Planı 2015–2018." Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025. https://www.gmka.gov.tr/dokumanlar/yayinlar/2015-2018_Turkiye-ilac-Sektoru-Strateji-ve-Eylem-Plani.pdf.
- Bonadio, Enrico. "Compulsory Licensing of Patents: The Bayer/Natco Case." *European Intellectual Property Review*, no.10 (2012): 719-728.
- Chapman, Audrey R. "Approaching Intellectual Property As a Human Right: Obligations Related to Article 15 (1) (c)." *Copyright Bulletin* 35, no. 3 (2001): 4-36.
- Chien, Colleen V. "Cheap Drugs at What Price to Innovation: Does the Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Hurt Innovation?." *Berkeley Technology Law Journal* 18, no. 3 (2003): 853-907.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12). E/C.12/2000/4. New York: United Nations, 2000. Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025. <https://digitallibrary.un.org/record/425041?v=pdf>.
- Correa, M. Carlos. *Integrating Public Health Concerns into Patent Legislation in Developing Countries*. Geneva, 2000.
- Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, "Extension Of The Transition Period Under Article 66.1 Of The Trips Agreement For Least Developed Country Members For Certain Obligations With Respect To Pharmaceutical Products." Erişim Tarihi: Kasım 22, 2025. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/73.pdf&Open=True>.
- Council of the European Communities. "The Creation of a Supplementary Protection Certificate for Medicinal Products (1992)." Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31992R1768&qid=1695758627504>.

- Çakır Çelebi, Fatma Betül. “İlaç Patentlerine Karşı Açılacak Menfi Tespit Davalarında Jenerik/Eşdeğer İlacın Ruhsatlandırılması Şart Mıdır?” *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2269-2292.
- Çolak, Uğur. “Kısıtlanmış Ruhsat Başvurusundan Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklar ve Veri İmtiyazı Uygulaması.” iç. *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı*, editör Tekin Memiş, On İki Levha Yayıncılık, 2009: 227-284.
- Çolak, Uğur. *Türk Patent Hukuku*. Adalet Yayınevi, 2022.
- Doğan, Cahid. “Orijinal, Jenerik, Sahte ve Taklit İlaçlar.” iç. *II. Sağlık Hukuku Sempozyumu (17-18 Mayıs 2010)*, editör Nilgün Sarp, Adalet Yayınevi, 2011: 216-250.
- Durak, Yasemin. “Eczacıların Jenerik İlaç Verme Hakkı.” *Tıp Hukuku Dergisi*, no. 23 (2023): 79-90.
- Erdil, Engin. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Vedat Kitapçılık, 2021.
- Ersöz Seçer, Hatice ve Sevgi Şar. “İlaçta Patent ve Sağlığa Erişim Hakkı.” *Ankara Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Dergisi* 43, no. 3 (2019): 274-284.
- Ersöz, A. Kürşat. *İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu*. On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Ertekin, Oğuzhan. *Eczacılıkta İlaç ve Eczacının Aydınlatma Yükümlülüğü*. Adalet Yayınevi, 2025.
- European Council. “Concerning the Supplementary Protection Certificate for Medicinal Products (2009).” Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32009R0469#ntr3-L_2009152EN.01000101-E0003.
- European Union. “Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 on the Community Code Relating to Medicinal Products for Human Use.” Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2001/83/oj/eng>.
- European Union. “Directive 2004/27/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 Amending Directive 2001/83/EC on the Community Code Relating to Medicinal Products for Human Use.” Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2004/27/oj/eng>.
- Gözüyeşil, Fevzi Fırat. “Patent Konularının Bağımlılığı Halinde Zorunlu Lisans.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 2 (2020): 473-509.
- Güçlü, Hasan Ali ve Bilge, Yaşar. “İlaç Üreticilerinin Etik Sorumluluğu ve Bu Sorumluluğun Hukuki Açısından Değerlendirilmesi.” iç. *I. Uluslararası Etik Kongresi*, editör Melike Özer Keskin, İKSAD Yayınevi, 2020.
- Güneş, İlhami ve Deniz Güneş Coşkunol. *Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku Dersleri*. Adalet Yayınevi, 2024.
- Hakeri, Hakan. *İlaç Hukuku*. Adalet Yayınevi, 2024.
- Heins, Volker. “Human Rights, Intellectual Property, and Struggles for Recognition.” *Human Rights Review* 9, no. 2 (2008): 213-232.
- Illamola, Sílvia M., Angela K. Birnbaum ve Catherine M. Sherwin, “Generic Drug Products in Pediatrics: Where Are The Data?.” *British Journal of Clinical Pharmacology* 85, no. 9, (2019): 1871-1873.
- ISCTS-UNCTAD. *Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement*. Cambridge University Press, 2005.
- İnce, Mustafa Berkay. *Patent Lisans Sözleşmesinin Rekabet Hukuku Boyutuyla Değerlendirilmesi*. Platon Plus Yayıncılık, 2024.
- Jain, Tarun. “Compulsory Licenses under Trips and its Obligations for Member Countries.” *The Icfai University Journal of Intellectual Property Rights* 8, no. 1 (2009): 2-35.
- Kanzık, İlker. “Orijinal İlaç Nedir, Orijinal İlaçların Hukuki Durumu ve Fikri Mülkiyet Hakları.” iç. *Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (24-25 Nisan 2008)*, On İki Levha Yayıncılık, 2011: 165-173.
- Karatepe Kaya, Meltem ve Serkan Kaya. “Pandemi Aşıları ve İlaçlarında Patent Korumasının Değerlendirilmesi.” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 8, no. 1 (2022): 143-166.

- Karauz, Agah Kürşat ve Esra Cenkçi. "İlaç Patentinin Sağladığı Hukuki Koruma." *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2014): 109-139.
- Kaya, Arslan. "551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 55, no. 1-2 (1996): 335-368.
- Kaya, Barış. "Sınai Mülkiyet Kanunu Madde 85/3 Hükmü Kapsamında Bolar İstisnasının Uygulanması." *İstanbul Hukuk Mecmuası* 76, no. 2 (2018): 417-442.
- Kaya, Barış. *Eşdeğer İlaçların Piyasaya Girişinde Patent ve Veri İmtiyazı Haklarından Kaynaklanan Engeller*. Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Kızıltepe, Saadet. *İlaç Üretiminden ve Kullanımından Doğan Tazminat ve Ceza Sorumluluğu*. Adalet Yayınevi, 2024.
- Kianzad, Behrang ve Jakob Blake Wested, "No-one is Safe Until Everyone is Safe-Patent Waiver Compulsory Licensing and COVID-19." *European Pharmaceutical Law Review*, 5, no. 2, (2021): 71-91.
- Koçak, Hakan. "TRIPS Anlaşması'nda İlaç Patentlerinin Zorunlu Lisansı." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11, no. 41 (2020): 277-306.
- Koçak, Hakan. *Patent Hukukunda Kullanmama Nedeniyle Zorunlu Lisans*. Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Kolhe, Pauravi ve Mansi Jain. "Granting of Compulsory Licenses Amidst Covid-19 Pandemic: A Necessity or Threat?." *E- Journal of Academic Innovation and Research in Intellectual Property Assets (E-JAIRIPA)* 1, (2020): 165-181.
- Konca, Murat, Özlem Özer ve Özgür Uğurluoğlu. "İlaç Sektöründe Ürün Geliştirme, Ek Koruma Sertifikasının Önemi ve Türkiye'deki Durum." *Balıkesir Sağlık Bilimleri Dergisi* 4, no. 3 (2015): 187-197.
- Kumar, K. Suresh, Aruna Tejswi ve Shikha Tejswi. "Patent Laws and Research Exemption imperatives—do scientists have enough freedom to operate?." *Current Science* 99, no. 11 (2010): 1523-1529.
- Masrur, Devica Rully ve Ogah Chinyere Constance. "Drug Patent Monopoly During Covid-19 Outbreaks: How the Government Regulates this?." *Journal of Private and Commercial Law* 7, no.1 (2023): 97-128.
- Memiş, Tekin. "İlaçların Patentlenmesi." iç. *I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008)*, editör Murat Şen ve Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009: 207-221.
- Memiş, Tekin. "Jenerik İlaçların Hukuki Durumu." iç. *Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (24-25 Nisan 2008)*, On İki Levha Yayıncılık, 2011: 175-191.
- Mercurio, Bryan C. "Trips, Patents and Access to Life-Saving Drugs in the Developing World." *Marquette Intellectual Property Law Review* 8, no. 2 (2004): 211-250.
- Mercurio, Bryan C. "WTO Waiver From Intellectual Property Protection For COVID-19 Vaccines Treatments: A Critical Review." *Virginia Journal of International Law Online*, no. 62 (2021): 9-32.
- Nart, Serdar. "Rekabetin Korunması Kapsamında Fikri ve Sınai Hakların Sınırları." *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 11, no. 1 (2009): 113-146.
- Nart, Serdar. *Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu*. Adalet Yayınevi, 2020.
- Noyan, Erdal. *Patent Hukuku*. Adalet Yayınevi, 2015.
- Odman Boztosun, Ayşe. "İlaçta Zorunlu Lisans Uygulamaları." iç. *I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008)*, editör Murat Şen ve Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009: 223-236.
- Official Journal of the European Union. "Regulation (EU) 2019/933 of the European Parliament and of the Council." Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/933/oj/eng>.
- Özcan Büyüktanır, Burcu G. "İlaç Patenti Sahibinin İlaç Kullanımına Bağlı Zararları Tazmin Yükümlülüğü." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 2 (2012): 121-148.
- Özcan Büyüktanır, Burcu G. "Türk Hukukunda İlaç Patentine Genel Bakış." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2012): 76-88.

- Özcan Büyüktanır, Burcu G. *İlaç Patenti Hak Sahipliği ve Patent Hakkı Sahibinin İlacın Neden Olduğu Zararlardan Dolayı Sorumluluğu*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Özdemir, Adnan. “Patent Yönünden Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasının Temel İlaçlara Ulaşmada Getirdiği Kısıtlamalar.” *Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 35, no. 2 (2016): 25-54.
- Özel, Çağlar ve Burcu G. Özcan Büyüktanır, “Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 66, no. 2 (2008): 327-344.
- Özkök Gökmen, Başak. “Covid-19 Aşılı Üzerindeki Patent Hakkının Kapsamının Kamu Sağlığı Açısından Değerlendirilmesi.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 3 (2021): 161-224.
- Özkök Gökmen, Başak. *Patent Hakkının Sınırları ve İstisnaları (Kamu Sağlığı Özelinde İncelenmesi)*. Adalet Yayınevi, 2020.
- Özpınar Gümrükçüoğlu, Berna ve Pınar Aksoy Gülaslan. *İlaça Erişim Hakkı ve Erişimin Hukuki Yolları*. Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Patents Kill. “Patents Guarantee Profits and Kill People.” Erişim Tarihi: Kasım 23, 2025. www.patents-kill.org.
- Saha, Chandra Nath ve Bhattacharya, Sanjib. “Intellectual Property Rights: An Overview and Implications in Pharmaceutical Industry.” *Journal of Advanced Pharmaceutical Technology & Research* 2, no. 2 (2011): 88-93.
- Saraç, Tahir. *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*. Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Sarı, Necip. “İlaç Hukukunun Sınai Boyutu Anlamında Patent Hakkına Tecavüz.” *Terazi Hukuk Dergisi* 16, no. 184 (2021): 2386-2395.
- Sezgin Huysal, Ayşegül. *İlaç Patenti*. Vedat Kitapçılık, 2010.
- Suluk, Cahit, Rauf Karasu ve Temel Nal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Suluk, Cahit. “Türkiye’de İlacın Patent Serüveni ve Türk İlaç Sektörüne Etkileri.” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 11, no. 1 (2025): 195-222.
- Suluk, Cahit. “Türkiye’de İlaçların Patent ve Diğer Fikri Mülkiyet Hakları ile Korunması.” *Terazi Hukuk Dergisi*, 9, no.100 (2014): 731-734.
- Şehirli Çelik, Feyzan Hayal. *Patent Hakkının Korunması*. Turhan Kitabevi, 1998.
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Vedat Kitapçılık, 2012.
- Thomas, John R. *Scientific Research and the Experimental Use Privilege in Patent Law*. CRS Report for Congress, 2014.
- Türk Patent ve Marka Kurumu. “Tarihçe.” Erişim Tarihi: Kasım 23, 2025. <https://www.turkpatent.gov.tr/tarihce>.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu. “26.04.2004 tarih, 1/740 E. ve 51 K. no’lu rapor.” Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c053/tbmm22053104ss0427.pdf>.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi. “Kararlar Bilgi Bankası.” Anayasa Mahkemesi. Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2016-189-nrm.pdf>.
- Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı. “Yargıtay Karar Arama.” Yargıtay. Erişim Tarihi: Kasım 27, 2025. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.
- Türkmen, Ahmet. “Patent Hakkı-Sağlık Hakkı Çatışması Bağlamında İlaç Patenti: Anayasa Mahkemesi ve Hint Yüksek Mahkemesi’nin Novartis Kararları.” *Dicle Akademi Dergisi* 1, no. 1 (2021): 5-15.
- United Nations. “International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.” Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025. https://treaties.un.org/doc/treaties/1976/01/19760103%2009-57%20pm/ch_iv_03.pdf.

- United Nations. “Universal Declaration of Human Rights.” Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025. <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.
- Weissman, Robert. “Long Strange Trips: The Pharmaceutical Industry Drive to Harmonize Global Intellectual Property Rules, and the Remaining WTO Legal Alternatives Available to Third World Countries.” *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 17, no. 4, (1996): 1069-1125.
- World Health Organization. “Constitution.” Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025. <https://www.who.int/about/governance/constitution>.
- World Health Organization. “What Is the WHO Definition of Health.” Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025. <https://www.who.int/about/frequently-asked-questions#:~:text=The%20preamble%20to%20WHO's%20constitution,absence%20of%20disease%20or%20infirmity.%E2%80%9D>.
- World Health Organization. “WHO Director-General’s Opening Remarks at the Media Briefing on COVID-19 – 11 March 2020.” Erişim Tarihi: Eylül 2, 2025. <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.
- World Health Organization. “WHO Director-General’s Opening Remarks at 148th Session of the Executive Board.” Erişim Tarihi: Eylül 2, 2025. <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-148th-session-of-the-executive-board>.
- World Health Organization. “World Health Organization Declares COVID-19 a Pandemic.” Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2025. <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.
- World Intellectual Property Organization. “Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.” Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025. <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/283698>.
- World Intellectual Property Organization. “Members States.” Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025. <https://www.wipo.int/members/en/>.
- World Intellectual Property Organization. “Paris Convention for the Protection of Industrial Property.” Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025. <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/288514>.
- World Intellectual Property Organization. “Patent Cooperation Treaty.” Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025. <https://www.wipo.int/export/sites/www/pct/en/docs/texts/pct.pdf>.
- World Intellectual Property Organization. “The PCT Now Has 158 Contracting States.” Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025. https://www.wipo.int/pct/en/pct_contracting_states.html.
- World Trade Organization (WTO), “Responding to least developed countries’ special needs in intellectual property.” Erişim Tarihi: Kasım 22, 2025. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ldc_e.htm.
- World Trade Organization (WTO), “Transitional Arrangements.” Erişim Tarihi: Kasım 22, 2025. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_08_e.htm.
- World Trade Organization, “Amendment of the TRIPS Agreement, WT/L/641.” Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=225408,121046,96083,96293,69009,58276&CurrentCatalogueIdIndex=5&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True.
- World Trade Organization. “Canada–Patent Protection of Pharmaceutical Products.” Erişim Tarihi: Kasım 25, 2025. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds114_e.htm.
- World Trade Organization. “Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WT/MIN(01)/DEC/2.” Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025, https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm.
- World Trade Organization. “Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WT/L/540.” Erişim Tarihi: Kasım 23, 2023,

- https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009DP.aspx?CatalogueIdList=51809,2548,53071,70701&CurrentCatalogueIdIndex=1.
- World Trade Organization. “Least Developed Countries.” Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025. https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org7_e.htm.
- World Trade Organization. “Members and Observers.” Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025. https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm.
- World Trade Organization. “Ministerial Decision on the Trips Agreement.” Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN22/30.pdf&Open=True>.
- World Trade Organization. “Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.” Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/trips_e.htm#part6.
- World Trade Organization. “Who Are the Developing Countries.” Erişim Tarihi: Kasım 26, 2025. https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/dlwho_e.htm.
- Yatağan Özkan, Çiğdem. *İlaçların İkinci Tıbbi Kullanım Patentlerine Tecavüz*. Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Yenerer Çakmut, Özlem. *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*. Legal Yayıncılık, 2003.
- Yıldırım, Murat. “İlaç Patentleri Yönünden Deney Amaçlı Fiiller ve Ruhsatlandırma; Bolar Hükmü ya da Bolar İstisnası.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 71 (2007): 128-145.
- Yusufoğlu, Fülürya. “Jenerik İlaç ve Jenerik İlaç Ruhsat Başvurusunun Patente Tecavüz Çerçevesinde Değerlendirilmesi.” *Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 2 (2014): 1155-1176.



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2025

Cilt / Volume: 7

Sayı / No: 2

Eserin Türü / Manuscript
Type: Araştırma Makalesi /
Research Article

DOI:
10.47136/asbuhfd.1764687



TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI YARGI TEŞKİLATINDA HEYET-İ İTHAMİYE KURUMU

*The Heyet-i Ithamiye Institution in the
Judicial System during the Tanzimat
Period*

Esma Sena Tezcam Yüksel

Öz

1879 tarihli *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu*'nun Osmanlı Hukuku'na kazandırmış olduğu kurumlardan birisi olan heyet-i ithamiye, ceza muhakemesinin işleyişinde asli ve feri olmak üzere birçok görev üstlenmiştir. Kurum, yürürlükte olduğu süre içerisinde cinayet davaları bakımından tahkikatın zorunlu bir öznesi ve müstantik kararlarına karşı bir itiraz mercii olma vazifesini görmüştür. Bunun yanı sıra soruşturma sürecine resen müdahale edebilme gibi birtakım mühim görevleri de bulunmaktadır. Öte yandan devletin kısıtlı imkanları ve personel eksikliği nedeniyle heyet-i ithamiye, yürürlükte olduğu zaman içerisinde gerektiği ölçüde uygulanamamıştır. Kurumun yapısal sorunları ve ceza davalarının uzun süre çözüme kavuşturulamaması gibi birtakım hususlar yargı erkinin işleyişini aksatmıştır. Bunların neticesinde heyet-i ithamiye, 1921 tarihinde kalıcı olarak yürürlükten kaldırılmıştır. Bu çalışma ile heyet-i ithamiyenin adli teşkilattaki yeri ve ceza muhakemesinde edindiği rolün okuyucuya aktarılması hedeflenmektedir. Böylelikle heyet-i ithamiye kurumunun teşkilat yapısı ile görev ve yetkileri, dönemin hukukçuları tarafından kaleme alınan eserler ile kanun şerhleri incelenerek izah edilmiştir.

Abstract

The *heyet-i ithamiye* (committee of accusation), one of the institutions introduced into Ottoman Law by the 1879 Code of Criminal Procedure, undertook numerous roles, both primary and auxiliary, in the functioning of criminal procedure. During its existence, the institution served as a mandatory participant in *cinayet* (felony) cases and acted as an appellate body for the decisions of *müstantiks* (investigating judge). Moreover, it is entrusted with a range of critical functions, including the prerogative to intervene *ex officio* in the investigative process. However, due to the state's limited resources and a shortage of personnel, the *heyet-i ithamiye* was not implemented effectively during its period of implementation. Structural issues within the institution, along with the prolonged resolution of criminal cases, hindered the judicial process. As a result, the *heyet-i ithamiye* was permanently abolished in 1921. This study aims to convey the role of the *heyet-i ithamiye* in the judicial system and its function in criminal proceedings. The institutional structure, duties, and authority of the *heyet-i ithamiye* are explained by examining legal commentaries and works authored by the jurists of the time.

Makale Gönderim Tarihi / Received: 14.08.2025

Makale Kabul Tarihi / Accepted: 12.11.2025

Hakem Değerlendirmesi / Peer Review: Çift kör hakem. Double peer-reviewed.

Anahtar Kelimeler / Keywords: Heyet-i İthamiye, Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu, Tanzimat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Hukuk Tarihi.

Heyet-i İthamiye, Ottoman Code of Criminal Procedure, Tanzimat, Criminal Procedure Law, Legal History.

Atıf / Citation: Tezcan Yüksel, Esma Sena, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Yargı Teşkilatında Heyet-i İthamiye Kurumu," ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 7, no. 2 (2025): 218-242

Yazar Bilgileri / Authors Information:

Arş. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, esmasena.tezcan@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2216-5343

Teşekkür / Acknowledgments: Bulunmamaktadır.

Finansal Destek / Financial Support: Finansal destek alınmamıştır.

Çıkar Çatışması / Conflict of Interest: Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval: Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence: Yapay zeka araçlarından yararlanılmamıştır.

Extended Summary

The declaration of the *Tanzimat Fermanı* dated November 3, 1839, heralded many innovations in law of the Ottoman Empire. This innovative movement, which consists mostly of adapting the Western laws and the court system, has completely changed the traditional judicial structure of the state, which has been advancing with a certain system for centuries. With the establishment of modern *Nizamiye* Courts, which resemble today's court structure, new subjects to take charge in these courts were also needed as a natural consequence of this. Some of the subjects mentioned are buried in the dusty pages of history. However, most of them have taken a place in today's courthouse with their name and some functional changes.

The *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu*, dated June 25, 1879, has a very important place in terms of being the first organized and comprehensive criminal procedure code of the Ottoman Empire. This code, which was enacted to be implemented in the penal chambers of the *Nizamiye* Courts, was largely created by the translation of the French Criminal Procedure Code of 1808. Thus, many modern concepts and institutions of European origin, such as *müddei-i umumi* (prosecutor) and *müstantik* (judicial investigator), were included in the judicial structure. Another fundamental innovation that was brought to the Ottoman criminal procedure law is the *heyet-i ithamiye* (Committee of Accusation), which constitutes our study subject. Although this institution has not been able to maintain its existence until today, it undertook important duties in terms of the criminal procedure of the Ottoman Empire in a certain period. The institution served as a mandatory participant in investigations of *cinayets* (felonys). At the same time, it is an objection authority for the decisions made by the *müstantiks*. Among other important duties are the supervision of the *zabıta-ı adliye* (Judicial Police) and the authority to intervene *ex officio* in the investigation process.

During and after the *Tanzimat* period, when the conflict between the old and the new was intensely felt, great difficulties arose due to the Western-oriented modern codes that were put into effect without preparing a foundation for the judicial structure. Trying to completely change the legal infrastructure of the state with limited financial opportunities and without enough time brought about the failure of the efforts in practice. Parallel to what has been explained, the *heyet-i ithamiye* was also affected by this situation, and during the time it was in effect, some disruptions occurred in the criminal courts.

Although the *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu* was adopted from the French Criminal Procedure Code of 1808, it did not include the jury system regulated in the quoted code. This situation greatly hindered the applicability of the *heyet-i ithamiye*, which is integral to the jury system. Due to the lack of education and qualified personnel, the appointment of the members of the *heyet-i ithamiye* not be made properly, just like other modern subjects. In addition, the fact that the centers of the institution are far from the *kazas* (districts) and *livas* (provinces) caused many rights violations.

As a result of the inconveniences mentioned, the issue of the abolition of the institution has come to the fore from time to time due to the fact that criminal cases cannot be resolved for a long time and procedure is interrupted in this way. Thus, the institution was permanently abolished with the 1st article of the *Muamelat-ı İthamiyenin İlgası Hakkında Kanun*, which was put into effect on May 9, 1921.

In this study, the *heyet-i ithamiye* has been tried to be explained in detail with reference to the regulations made in the *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu*. In order to better understand the effects of the institution on the judicial organization and court order during the period in which it was in effect, it was paid attention to frequently benefit from the works of the legal experts of the period. Thus, it is aimed to convey to the reader the role of the *heyet-i ithamiye* in the last period of Ottoman criminal procedure.

GİRİŞ

Asırlar boyu esas mahkeme niteliğini koruyan şer'îye mahkemelerinin etkinliğinin günden güne azalması ile, Tanzimat dönemi ve sonrasında Osmanlı Devleti'nin yargı kolunda büyük çaplı yeniliklere imza atılmıştır. Avrupa hukuk yapısı ve işleyişi örnek alınarak kurulan nizamiye mahkemeleri, Osmanlı adliye teşkilatını değiştirerek şer'î hukuk için alışılmadık öznelere ülke hukukuna kazandırılmasına

vesile olmuştur. Bahsi geçen öznelerin bir kısmı tarihin tozlu sayfalarına gömülürken, büyük bir kısmı ise isim ve birtakım işlev değişikliğiyle günümüz adliye teşkilatında kendisine yer edinmiştir.

Çalışma konumuzu oluşturan “heyet-i ithamiye”¹ kurumu 1879 tarihli *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu* ile Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukuku’na kazandırılan müesseselerden biridir.² Bu kurum, her ne kadar günümüze kadar mevcudiyetini koruyamamış olsa da Osmanlı Devleti’nin belirli bir zaman diliminde ceza muhakemesi açısından mühim vazifeler üstlenmiştir. Kurum, 1858 tarihli *Ceza Kanunname-i Hümayunu*’nda tarif edildiği üzere öldürme, kürek, sürgün vb. ağır cezaları gerektiren cinayet suçlarına ilişkin yürütülen soruşturmalarda etkin bir rol üstlenmiştir.³ Aynı zamanda müstantiklerin (günümüz manasıyla sorgu hakimlerinin) vermiş olduğu kararlar için de bir itiraz merciidir.⁴ Bunun yanı sıra aşağıda izah edileceği üzere belli başlı birtakım mühim görevleri daha bulunmaktadır.

Günümüz literatüründe heyet-i ithamiyeye ilişkin kapsamlı bir çalışma henüz gerçekleştirilmemiştir. Kurumun adının geçtiği eserler ise kurum hakkında temel bilgileri vermekten öteye gidememiştir. Bu nedenle bu çalışmada heyet-i ithamiye kurumu bilhassa *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu*’nda yapılan düzenlemeler ve mevzuat derlemeleri esas alınarak derinlemesine izah edilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde heyetin kuruluşu, teşkilat yapısı ve ilga süreci ele alınmıştır. Yürürlükte kaldığı süre boyunca hedeflendiği ölçüde verim alınamayan bu kurumun daha işlevsel hale getirilmesi adına birçok değişikliğe uğradığı görülmektedir. Ortaya çıkan söz konusu karmaşık yapının bir bütün halinde okuyucuya aktarılabilmesi için kronolojik anlatım yolu tercih edilmiştir. Bu sebeple sonraki başlıklarda ayrıntılı bir şekilde incelenecek olan birtakım kavramlar, bu başlık altında da kısaca izah edilmiştir.

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde heyet-i ithamiyenin görev ve yetkileri, inceleme usulleri, düzenlediği mazbatalar ile kararlarına ilişkin başvurulacak kanun yolları ele alınmıştır. Kurumun adli bir müessese olması nedeniyle bu bölümlerde hukuka ilişkin teknik kavramlara başvurma zorunluluğu hasıl olmuştur. Bu kavramlara ilişkin açıklamalar, anlam bütünlüğünü bozmayacak şekilde metnin içerisinde ve belirli ölçüde parantez içi yahut dipnotlarda verilmeye çalışılmıştır.

Heyetin yürürlükte olduğu süre içerisinde adliye teşkilatı ve mahkeme düzenine yönelik etkilerinin daha iyi anlaşılabilmesi için Yorgaki Efendi, Yusuf Ziya, Abdülhalik Mithat, Sami, Cevdet Ferit ve Mahmut Nedim gibi dönemin önemli hukukçularına ait eserlerden ve arşiv belgelerinden yararlanılmaya özen gösterilmiştir.

¹ Kurumun özellikle Osmanlı Devleti’nin son yıllarına ait meclis mazbatalarının transkripsiyonlarında ve Cumhuriyet döneminde Latin alfabesi ile çıkarılan *Adliye Ceridesi* yayınlarında “heyet-i itthamiye” olarak da anıldığı görülmektedir. Ancak bu çalışmada kuruma ilişkin arşiv belgesi ve matbu eserlerde kullanılan “heyet-i ithamiye” tabiri tercih edilmiştir. Bizzat heyet-i ithamiye tarafından düzenlenen belgede geçen “heyet-i ithamiye” kullanımı için bkz. *Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA)*, Yıldız Adliye ve Mezaheb Nezareti Maruzatı (Y.PRK.AZN.), 13/45 (H. 2 Ramazan 1313 / M. 25 Ocak 1898). İlgili arşiv belgesinin transkripsiyonuna çalışmanın 3 numaralı ekinde yer verilmiştir. “Heyet-i itthamiye” kullanımı için bkz. *TBMM, Gizli Celse Zabıtları, devre 1, cilt 2, içtima 2* (21 Mart 1337). Ayrıca bkz. *Adliye Ceridesi, sene 13*, no. 145, (Ağustos 1934), 226ff.

² Heyet-i ithamiye kurumuna dikkat çeken bir araştırmada bu kurumun klasik Osmanlı yargılamasında önemli bir yer tutan şühudü’l-hal kurumu ile benzerlik gösterdiği öne sürülmüştür. Bkz. Betül Argunhan, “Cumhuriyet’in İlk Yıllarında Adalet Dergisi: 1923 Yılı Ceride-i Adliyye’sinden Yansımalar”, *Adalet Dergisi*, no. 71 (Kasım 2023), 485. Ancak şühudü’l-hal kurumu ile heyet-i ithamiye kurumu arasında ne işlev ne de kavram bakımından bir benzerlik bulunmaktadır. Zira heyet-i ithamiye kurumu soruşturma aşamasının bir öznesidir ve önüne gelen suçun tipinin ne olduğu ve bu suçun hangi mahkemede yargılamasının yapılacağı noktasında etkilidir. Öte yandan şühudü’l-hal kurumu ise kovuşturma aşamasında görevlendirilir ve davanın işleyişine etki etmeden aleni ve adil bir yargılamanın yürütülebilmesine hizmet eder. M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (Beta Yayınevi, 2023), 85-86.

³ 1858 tarihli *Ceza Kanunname-i Hümayunu m. 3, Düstur, tertip 1, cilt 1* (Matbaa-i Amire, 1289), 537.

⁴ Ekrem Buğra Ekinci, *Ateş İstidası: İslam-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü* (Filiz Kitabevi, 2001), 168.

Bu çalışma ile heyet-i ithamiyenin modern adli teşkilata adaptasyon sürecinde yapılan birçok değişiklik neticesinde ortaya çıkan karışık mevzuat yapısının bir bütün halinde ve sistematik bir biçimde okuyucuya aktarılması hedeflenmektedir. Bu amaç doğrultusunda çalışmada bilhassa teorik bilgiler ön plana alınarak kurumun işlevi ve örgütsel yapısı akademik bir perspektifle tasvir edilmeye çalışılmış, uygulama boyutu ise büyük ölçüde çalışma kapsamının dışında bırakılmıştır.

I. HEYET-İ İTHAMİYENİN KURULUŞU, TEŞKİLAT YAPISI VE İLGASI

Ceza ve ceza muhakemesi hukukuna dair yenileşme süreci, hukukun her alanında olduğu gibi, bulunulan dönem içerisinde fark edilen ihtiyaçların aşamalı bir şekilde giderilmesiyle ilerletilmiştir. Buna istinaden her seferinde bir öncekini ilga edecek şekilde 1840, 1851 ve 1858 tarihlerinde ceza kanunları yürürlüğe konulmuş, sonrasında ceza mahkemelerine disiplin ve sistem kazandırabilmek adına bir ceza muhakemesi kanununa gerek duyulmuştur.⁵ Böylece 25 Haziran 1879 tarihinde *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu* yürürlüğe konularak bu ihtiyaç giderilmeye çalışılmıştır.⁶

Dönemin Adliye Nazırı Mehmet Sait Paşa'nın (ö. 1914) girişimleriyle yürürlüğe konulan bu kanun, Osmanlı Devleti'nin ilk düzenli ve kapsamlı ceza muhakemesi kanunu olması nedeniyle hukukumuzda oldukça mühim bir yere sahiptir. Nizamiye mahkemelerinin ceza dairelerinde uygulanmak üzere çıkarılan kanun, büyük oranda 1808 tarihli Fransa ceza muhakemesi kanununun (*Code d'instruction criminelle*) çevrilmesiyle meydana getirilmiştir. Bu şekilde kademeli bir biçimde ülke hukukuna kazandırılan müdde-i umumi (günümüz manasıyla savcılık) ve müstantik gibi Avrupa kökenli birçok kavram ve kurum ayrıntılı biçimde düzenlenerek adli yapı modern bir hale getirilmeye çalışılmıştır.⁷

Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu'nun 200. maddesiyle birlikte Osmanlı ceza muhakemesi sistemine kazandırılan heyet-i ithamiye kurumu, ilk süreçte merkez ve liva bidayet (ilk derece) mahkemelerinden seçilen üç üyeden teşkil edilmiştir.⁸ Kısa bir süre sonra Edirne Vilayeti ile sınırlı olmak üzere yürürlüğe konulan bir irade ile istinaf mahkemesi nezdinde bir heyet-i ithamiye kurulmasına karar verilmiştir.⁹ Pilot bölgedeki bu uygulama ile her livada kurulan birimlere nazaran masrafın daha az olacağı ve cinayet davalarının görülmesinde daha hakkaniyetli bir sistemin oluşturulacağı tespit edilmiştir. Bunun üzerine 19 Kasım 1879 tarihinde çıkarılan bir tezkire-i samiye ile heyet-i ithamiye ülke genelinde istinaf mahkemesinin gözetimine bırakılmıştır.¹⁰

Söz konusu tezkire-i samiye vasıtasıyla getirilen bu yeni düzen ile Dersaadet İstinaf Mahkemesi bünyesinde kurulacak olan heyet-i ithamiye, istinaf mahkemesi daireleri arasından seçilecek üç üyeden oluşturulmuştur. Taşralarda ise daha farklı bir usul izlenmiş ve yine istinaf mahkemesine bağlı olmak şartıyla, heyet-i ithamiye üyelerinin vilayet bidayet mahkemesi ikinci reisi ve bu mahkemenin iki

⁵ 1840 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu için bkz. Sarkis Karakoç, *Külliyat-ı Kavanin Fihrist-i Tarihi*, cilt 1, der. Mehmet Akif Aydın, Fethi Gedikli, Mehmet Akman, Ekrem Buğra Ekinci, Mustafa Macit Kenanoğlu (Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2006), 178. 1851 tarihli Kanun-ı Cedit için bkz. Karakoç, *Külliyat-ı Kavanin*, 241. 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu için bkz. *Düstur, tertip 1, cilt 1* (Matbaa-i Amire, 1289), 537. Ayrıca bu kanunların transkripsiyonu ve ayrıntılı bilgiler için bkz. Ahmet Gökçen, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri" (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1987).

⁶ *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkati* için bkz. *Düstur, tertip 1, cilt 4* (Mahmut Bey Matbaası, 1299), 131ff. (İlerleyen dipnotlarda kanun "UMCK" olarak anılacaktır.)

⁷ Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi-Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)* (Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1996), 105.

⁸ Kanun maddelerinin transkripsiyonu için bkz. Ahmet Gökçen, "1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkati", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1-2 (1994). UMCK'nın yürürlükte olduğu süreçte geçerli olan mahkeme sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Gökçen, "Adliye Teşkilatımızın Tarihi Gelişimi ve 1879 Tarihli Mahakim-i Nizamiyenin Teşkilatı Kanun-ı Muvakkati", *Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan* (1999).

⁹ *BOA, İrade Dahiliye (İ.DH.)*, 796/64571 (H.1 Muharrem 1297/ M. 15 Aralık 1879).

¹⁰ *Düstur, tertip 1, zeyl 1*, 15.

üyesinden ibaret olacağı belirtilmiştir.¹¹ Ancak heyetin vilayet bidayet mahkemesi üyelerinden oluşması meselesi, uygulamada birtakım sıkıntılar meydana getirmiştir.

Söz konusu teşkilat yapısının gündeme getirdiği sakıncalar, kurumun cinayet suçlarının incelenmesinde üstlendiği görevlerin ilerleyen başlıklarda izah edilmesiyle muhtemelen daha iyi anlaşılacaktır. Ancak yeri gelmişken bir örnekle özetleme gereği doğmuştur. Şöyle ki; vilayet merkezinde işlenen bir suça ilişkin yürütülen tahkikat (soruşturma) neticesinde fiilin cinayet suçu olduğuna kanaat getiren müstantik hazırladığı bir kararname ile dosyayı heyet-i ithamiyenin incelemesine gönderir.¹² Ancak ilgili fiil, heyet-i ithamiye tarafından daha hafif bir cezayı gerektiren cünha suçu olarak takdir edilebilir.¹³ Bu noktada problem bir sonraki süreçte ortaya çıkmaktadır. Zira tahkikat aşamasının bir ögesi olan heyet-i ithamiye, cünha olduğuna kanaat getirdiği fiili yargılanmak üzere kendi üyelerinin de içerisinde olduğu vilayet bidayet mahkemesine havale etmektedir. Böylece heyet-i ithamiye üyeleri muhakeme aşamasına da katılarak hem tahkikat hem de hüküm sürecinde aktif rol oynamaktadır. Dolayısıyla yargılama faaliyetinin objektif ve tarafsız biçimde işleyişi açık ve net bir şekilde sekteye uğramaktadır.¹⁴

Yukarıda verilen örneğin yanı sıra kurumun işlemlerinin oldukça uzun bir sürece yayılması nedeniyle cinayet davalarının sürüncemede kalması ve buna bağlı olarak tutukluluk sürelerinin uzaması gibi birtakım problemlerden dolayı heyet-i ithamiyenin kaldırılması gündeme gelmiştir. Buna istinaden 15 Nisan 1890 tarihinde yayımlanan bir irade ile kurum ilga edilerek cinayet fiillerine ilişkin davaların müstantiklerin düzenleyeceği bir kararname ile birlikte doğrudan mahkemeye sevk edileceği belirtilmiştir.¹⁵ Ayrıca cinayet suçlarına yönelik lüzum-ı muhakeme kararları¹⁶ dışında kalan görev, zaman aşımı, şartlı tahliye yahut tahliyenin reddine ilişkin müstantik kararlarına karşı itirazların incelenmesi; taşrada merkez liva bidayet mahkemesi ceza dairesine ve Dersaadet'te ise bidayet

¹¹ “Dersaadet Mahkeme-i İstinafiyesi nezdinde bulunacak heyet-i ithamiye mahkeme-i mezkûrenin şamil olduğu daireler azasından üç zattan ve taşra mehakim-i istinafiyesi nezdlerinde bulunacak heyet-i ithamiyenin dahi merkez-i vilayet olan liva bidayet mahkemesinin reis-i sanisi ile beraber azasından diğer iki zattan terkip olunması hususuna bi'l-istizan...”, bkz. *Düstur, tertip 1, zeyl 1* (Dârü't-tibâi'l-âmire, 1298), 15. Ayrıca bkz. “Gerçi kanunda bidayet mahkemesi azasından 3 zatın bi't-tefrik içtima ile heyet-i ithamiye teşkili lüzumu gösterilmiş ise de heyet-i mezkûrenin mehakim-i istinafiye nezdinde yani vilayette teşkili fi 4 Zilhicce sene 1296 tarihli tezkere-i samiye ve fi 2 Teşrinisani sene 1295 tarihli tahrirat ve ilam ile tebliğ ve tamim ve vazife-i mezkûr vilayet bidayet mahkemesi reisiyle iki azadan mürekkep ve heyetten teşkili suretiyle ifa edilmekte bulunmuş idi.”, bkz. Sami, *Mesail-i Cezaiye Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Şerhi* (1323), 145ff.

¹² Cinayet suçları, kabahat ve cünha suçlarından daha ayrıntılı inceleme usullerine tabidir. Kabahat ve cünha suçları müddei-i umumi ve müstantik tarafından tahkikata ilişkin gerekli işlemler tamamlandıktan sonra yetkili mahkemeye gönderilir. Ancak cinayet suçları doğrudan mahkemeye gönderilmek yerine öncesinde müstantikin düzenlediği bir kararname ile incelenmek üzere heyet-i ithamiyeye sevk edilir. Bu husus ilerleyen başlıklarda ayrıntılı bir şekilde izah edilmiştir.

¹³ 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu m. 4. Cinayet, cünha ve kabahat suçlarına ilişkin ayrıntılı bilgi çalışmanın ileriki bölümlerinde okuyucuya aktarılmıştır.

¹⁴ Sami, *Mesail-i Cezaiye*, 146ff.

¹⁵ “... kazalarda mevadd-ı cinaiye hakkında müstantikler tarafından ita olunan lüzum-ı muhakeme kararnameleri evrak-ı tahkikiye ile beraber mensup oldukları liva müddei-i umumilerine ve oradan da vilayette bulunup heyet-i ithamiye vazifesi ile iştigal eden bidayet mahkemesine ve oraca bade'l-itham tanzim olunan mazbata-ı ithamiye yine evrak-ı dava ile ait oldukları mehakime irsal kılınmak üzere iadeten liva müddei-i umumilerine gönderilmekte ve bazen dahi mefsuhiyet istidası ile Mahkeme-i Temyize kadar gelip bade't-tetkik iade olunmakta olmasından dolayı bidayet-i davadan muhakemeye mübaşeret olununcaya kadar birçok zaman mürur ile esas-ı maddeye girişilmeyerek müttehmlerin müddet-i medide taht-ı tevkifte kalmasından dolayı heyet-i ithamiye vazifesinin vilayette merkez bidayet mahkemelerinden ref ile mevadd-ı cinaiye hakkında müstantikler canibinden verilen muhakeme kararnameleri üzerine maznun aleyhin evrak-ı dava ile hemen doğrudan doğruya muhakemeyi icraya memur mahkemeye gönderilmek üzere...” için bkz. *Düstur, tertip 1, cilt 6* (Devlet Matbaası, 1939), 585.

¹⁶ Lüzum-ı muhakeme kararları şüphelinin yargılanmak üzere bir mahkemeye sevkini ifade eden kararlardır. Bkz. Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli Tatbikat-ı Cezaiye, cilt 3* (Cihan Matbaası, 1341-1343), 517. Heyet-i ithamiye tarafından verilen bu kararlara ilişkin izahat aşağıda ayrıntılı bir biçimde verilmiştir.

mahkemesi ceza dairesine bırakılmıştır.¹⁷ Müstantik tarafından düzenlenen men-i muhakeme kararlarına¹⁸ karşı yapılan itirazların ise taşrada merkez vilayet bidayet mahkemesi hukuk dairesi, Dersaadet'te ise bidayet mahkemesi ikinci dairesi tarafından görüleceği kararlaştırılmıştır.¹⁹

Belirtmek gerekir ki bahsi geçen irade yürürlüğe konulduğu halde kurumun işleyişinin hala devam ettiğini gösterir birçok arşiv belgesi mevcuttur. Konu bütünlüğünün bozulmaması adına bu başlık altında yalnızca birkaçının okuyucuyla paylaşılması uygun görülmüştür. Bu belgelerden ilki; Hazine-i Celileye ait bir dava evrakının incelenmesi için Zor Sancağı'nda bir heyet-i ithamiye teşkil edilmesine ilişkin Dahiliye Nezaretine gönderilen 15 Şubat 1893 tarihli bir talep yazısıdır.²⁰

11 Aralık 1893 tarihli bir diğer belgede, Hüdavendigâr Vilayeti'nde görevli olan birtakım memurların asıl görevlerine ek olarak verilen müddei-i umumi, müstantik ve heyet-i ithamiye vazifelerinin memurlar üzerindeki iş yükünü bir hayli artırdığı belirtilmiştir. Bu şekilde asıl görevlerini dahi yetiştirmekte zorlanan memurların mağduriyetlerinin giderilmesi adına belirtilen vilayete bahsi geçen vazifeleri icra edecek yeni memurların atanması hususunda ilgili makamdan izin istenilmiştir.²¹

Kurumun etkinliğini devam ettirdiğine dair şüphesiz en kuvvetli delil, 22 Ağustos 1895 tarihinde bizzat Dersaadet İstinaf Mahkemesi Heyet-i İthamiyesi tarafından düzenlenmiş olan belgedir. Bu belgede heyet-i ithamiye, incelemesini bitirmiş olduğu dosyaları dava konusu, suç tipi, maznun aleyh

¹⁷ Teşkilat-ı Mehakim Kanunu'nun değiştirilmiş 39. maddesi; “Dersaadet Mehakim-i Nizamiyesinin suret-i teşkili işbu kanunda gösterilen usule tevfi olunacaktır. Mesalihin kesreti halinde işbu mehakim aksamının ve umur-ı tahririye memurlarıyla mahzarlarının miktar-ı muayyenden ziyade olması mücazdir. Dersaadet ve Beyoğlu'yla mülhakatı müstantikleri tarafından verilecek vazife ve müruruzaman ve muvakkaten tahliye ve adem-i tahliye kararları aleyhine vuku bulacak itirazat liva mahkemelerinde olduğu gibi teşkil-i tarafeyn olunmaksızın evrak üzerine müstantikin tabi olduğu bidayet mahkemeleri ceza dairelerinde son derece olarak katiyen tetkik ve rüyet olunacaktır ve fakat mezkur müstantikler tarafından alelumum ita olunacak men-i muhakeme kararları aleyhindeki itirazat Dersaadet İkinci Ceza Dairesinde ol suretle tetkik ve rüyet olunur.”, bkz. *BOA, Şura-yı Devlet (ŞD.)*, 2669/36 (H. 24 Safer 1314 / M.4 Ağustos 1896)

¹⁸ Men-i muhakeme kararları fiilin ceza kanunu bakımından sorumluluk arz edecek bir suç teşkil etmemesi yahut yeterli delil bulunamaması hallerinde maznun aleyhin (şüpheli) salıverilmesine ilişkin düzenlenen kararlardır. Bkz. Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 516ff. Heyet-i ithamiye tarafından verilen bu kararlara ilişkin izahat aşağıda ayrıntılı bir biçimde verilmiştir.

¹⁹ Teşkilat-ı Mehakim Kanunu'nun değiştirilmiş 23. maddesi; “Liva merkezi bulunan her kazanın bidayet mahkemesi sekizinci ve on birinci ve on üçüncü maddelerde muharrer olduğu üzere ol kazada vuku bulan davaları bidayeten ve sancağa merbut diğer kazalar mahkemelerinin kabil-i istinaf olan ilamlarını istinafen rüyet eder ve işbu mahkemenin ceza dairesi kendisine tabi olan müstantikler tarafından verilen vazife ve müruruzaman ve muvakkaten tahliye ve adem-i tahliye kararları aleyhine vuku bulacak itirazatı dahi teşkil-i tarafeyn etmeksizin evrak üzerine son derecede olarak katiyen tetkik ve rüyet eyler ancak merkez-i vilayet müstantikleri canibinden verilecek mezkur kararlar ile liva ve gerek vilayet müstantikleri tarafından ita olunacak alelumum men-i muhakeme kararları aleyhindeki itirazat merkez-i vilayet bidayet mahkemesinin hukuk dairesinde ol vecihle rüyet olunur cinayet hakkında olan salâhiyet vazifesi *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye* ile muayyendir.”, bkz. *BOA, ŞD.*, 2669/36 (H. 24 Safer 1314 / M. 4 Ağustos 1896).

²⁰ *BOA, Bab-ı Ali Evrak Odası (BEO.)*, 156/11697 (H. 28 Recep 1310 / M. 15 Şubat 1893).

²¹ “...esas vazifesini ancak ifa edebilmekte olup binaenaleyh heyet-i ithamiyeye tevdi olunan ve her biri için ahkam-ı nizamiye dairesinde tetkikat-ı amika ve tatbikat-ı kanuniye icrası manen ve maddeten elzem bulunan evrak-ı mühimme-i muhakemenin ol vecihle rüyet ve tetkikine mektubi-i mumaileyh ihtilas-ı vakit edememekte olmasıyla bittabi ve bizzarure evrak-ı mezkûre tedahül ve muamelat-ı lazime teahhur etmekte...bu baptaki teahhurat ve müşkilatın önü alınmak ve hukuk-ı Hazine-i Celile ile hukuk-ı ibad temin olunmak üzere salifü'l-arz maaşlarla mezkur müddei-i umumilik ve müstantiklik memuriyetlerinin icrası için icap edenlerin ve heyet-i ithamiye riyaseti vazifesinin ifası için dahi yine bin beş yüz kuruş maaşla başkaca bir muvazzaf memurun istihdamına müsaade-i celile-i cenab-ı fehmet-penahilerinin erzan ve rayegan buyurulması babında ve her halde emir ve ferman hazret-i veliyü'l-emrindir.”, bkz. *BOA, BEO.*, 343/25668 (H. 2 Cemaziyelahir 1311 / M.11 Aralık 1893).

(şüpheli-sanık)²², müddei-i şahsi (şahsi hak davacısı)²³, suçun vuku bulduğu yer, verilen karar ve mahkeme numarası şeklinde kategorilere ayırarak bir liste haline getirmiştir.²⁴

1 Aralık 1897 tarihli ve Maliye Nezareti tarafından gönderilen diğer bir yazıda, meclis-i idare-i vilayet mahkemesi ile müddei-i umumi, müstantik ve heyet-i ithamiye için belirlenen 60 kuruş kırtasiye maktu bedelinin mahkeme hasılatından karşılandığı beyan edilmiştir. Devamında ise hasılat elde edilemeyen dönemlerde, ilgili bedelin mahkeme tarafından cezalandırılan memurların bir aylık maaş kesintisinden tahsil edildiği bilgisine yer verilmiştir. Bu durumun hukuken uygun olup olmadığının bildirilmesi ve uygun olmaması halinde gerekli ödemenin Diyarbakır Vilayet Defterdarlığının verdiği yetkiye istinaden Dahiliye masrafları için ayrılan paradan karşılanması talep edilmiştir.²⁵

Bahsi geçen arşiv belgelerine ek olarak devletin yargı sistemindeki sıkıntıların giderilmesi amacıyla hazırlanan ve ilga kararından sonra 3 Mayıs 1896 tarihinde II. Abdülhamit'e sunulan bir layihanın içeriğinde heyet-i ithamiye üyelerinin halk tarafından seçilen ehliyetsiz kişilerden oluştuğu, heyetin görevini layıkıyla icra edemediği, kurumun bazı kararlarına ilişkin kanun yollarının kapatılmış olması nedeniyle yeterli denetimin yapılamaması ve heyet merkezlerinin kaza ve livalara uzak olması nedeniyle ceza davalarının uzun süreler çözülememesi gibi eksiklik ve aksaklıklardan bahsedilmektedir.²⁶

Yukarıda yer verilen arşiv belgeleri ve söz konusu layihadan anlaşıldığı üzere heyet-i ithamiye kurumu ya ilgasına ilişkin çıkarılan 1890 tarihli iradeye rağmen yürürlükte kalmaya devam etmiş ya da kaldırıldıktan çok kısa bir süre sonra yeniden yürürlüğe konulmuştur. Her ne kadar tarafımızca kurumun uygulamaya geri döndüğüne dair bir belgeye ulaşılmamışsa da dönemin yazarlarından Ahmet Ziya, eleştirel bir dille kaleme aldığı ileri tarihli bir makalesinde ikinci olasılığın daha kuvvetli olduğunu ortaya koymuştur.²⁷

Öte yandan dönemin adli yapılanmasına ilişkin çalışmalar yapan Demirel, kurumun yeniden devreye giriş sürecinin 1902 tarihinden itibaren söz konusu olduğunu ileri sürmüş ve buna dayanak olarak aynı tarihli bir salnameyi kaynak göstermiştir.²⁸ Hakikaten kurumun ilgasını bildiren 1890 tarihli iradedden itibaren salnamelere bakıldığında 1902 tarihine kadar heyet-i ithamiyeye ilişkin bir atama bilgisi göze çarpmamaktadır. Bu açıdan yazarın incelemeye aldığı salname dikkate değerdir. Ancak yukarıda verilen örnekler ve Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivinde yer alan sayısız belgenin ışığında kurumun 1902 tarihi öncesinde de etkin bir şekilde adli teşkilatın içerisinde yer aldığı görülmektedir.

Kurumun işleyişine yönelik başlangıçta meydana gelen sakıncaların önüne geçebilmek amacıyla bir süre sonra heyet-i ithamiye üyelerinin vilayet bidayet mahkemesi yerine vilayet istinaf mahkemesi

²² “Maznun aleyh: Nizamiyeden olup vuku bulan bir cürmün faili zannıyla kendisine o cürüm isnat olunan kimseye ıtlak olunur.”, bkz. Hüseyin Remzi, *Lügat-ı Remzi, cilt 2* (Hüseyin Remzi Matbaası, 1305), 583.

²³ “Müddei-i şahsi: Nizamiyeden olup kanun-ı cezanın ‘cürüm’ diye tavsif eylediği bir fiilin failinden fiil-i mezkûr kendisini ızzar eylediğine mebni zarar ve ziyan dava eden şahsa ıtlak olunur.”, bkz. Hüseyin Remzi, *Lügat-ı Remzi*, 460.

²⁴ BOA, *Yıldız Adliye ve Mezahib Nezareti Maruzatı (Y.PRK.AZN.)*, 13/45 (H. 1 Rebiyülevvel 1313 / M. 22 Ağustos 1895). İlgili belgenin transkripsiyonu çalışmanın bitiminde yer verilen 3 numaralı ektedir.

²⁵ BOA, *ŞD.*, 374/46 (H. 6 Recep 1315 / M. 1 Aralık 1897).

²⁶ Layiha hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Köksal, “Adliye Örgütünün Problemleri ve Yapılması Gerekli Düzenlemelere Dair II. Abdülhamit’e Sunulan Bir Layiha”, *OTAM Ankara Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, no. 9 (1998): 263-285. Ayrıca bkz. Kemal Saylan, “II. Abdülhamid Döneminde Mahkemelerin Islahına Dair Hazırlanan Layihalar ve İsimli Bir Layiha Örneği”, *Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi*, no. 31 (2016): 265-278.

²⁷ “Elhasıl bu vazife ister bidayet mahkemelerine veya onun mafevkindeki istinaf mehakimine tevdi olunsun, isterse daha musip bir merci-i istinafi düşünölsün, herhalde mazarratı idare-i sabıka zamanında bile takdir olunarak bir aralık lağvedilmiş iken her nasılsa derakap tekrar vaz ve teşkil edilen itham usulünün bi hakkın ref ve ilgasına mâni olacak bir mesele değildir.”, bkz. Ahmet Ziya, “Muhasebe-i Kanuniye-III: Bizde Heyet-i İthamiye”, *İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası* 2, no. 8 (30 Teşrinievvel 1325): 90-96.

²⁸ Fatmagül Demirel, *Adliye Nezareti Kuruluşu ve Faaliyetleri (1876-1914)* (Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, Aralık 2008), 262. Bkz. *Salname-i Devlet-i Aliye-i Osmaniye, defa 57* (H. 1319 / M. 1901-1902), 288.

üyeleri arasından teşekkül edeceği kararlaştırılmıştır.²⁹ İlk süreçte heyet-i ithamiye, istinaf mahkemesi ceza dairesi üyeleri arasından seçilirken; sonrasında bundan vazgeçilerek ilgili vazife hukuk dairesi üyelerine bırakılmıştır.³⁰ Bu durum doğal olarak kanun değişikliğini de beraberinde getirmiş ve 12 Ekim 1903 tarihinde *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu*'nun 200. maddesi ile *Teşkilat-ı Mehakim Kanunu*'nun 31. maddesi değiştirilmiştir.³¹

Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu'nun 200. maddesine getirilen düzenleme ile heyet-i ithamiye üyelerinin belirlenme usulü daha önce de olduğu gibi Dersaadet ve taşralarda farklılık arz etmektedir. Dersaadet'te heyet-i ithamiye, yalnızca bu görevi icra etmek üzere seçilen bir başkan vekili, bir üye ve bir de stajyer üyeden oluşmaktadır.³² Taşralarda ise vilayet merkezlerinde yer alan istinaf mahkemelerinin hukuk dairelerinden üçer kişi, istinaf mahkemesi reisinin atamasıyla heyet-i ithamiye vazifesini üstlenmektedir. Diğer yandan yalnızca bir istinaf dairesinin bulunduğu vilayetlerde heyet-i ithamiye üyeleri yine vilayet bidayet mahkemesi hukuk dairesi üyeleri arasından seçilmektedir.³³ Nitekim taşralarda genellikle vilayet merkezlerinde bir istinaf dairesi mevcut olduğundan, uygulamada heyet-i ithamiyenin teşekkülü çoğu zaman bu şekilde vücut bulmuştur.³⁴

Her ne kadar dönem dönem çeşitli düzenlemeler yapılarak kurumun hukuk düzenine uyarlanması sağlanmaya çalışılsa da bu hiçbir zaman tam anlamıyla söz konusu olamamıştır. Belirtmek gerekir ki 1808 tarihli Fransa ceza muhakemesi kanununda yer alan heyet-i ithamiye kurumu, vicdani karar merci olan jürinin keyfi kararlarının önüne geçebilmek amacıyla düzenlenen ve bu hususta denetleme rolünü üstlenen bir müessesedir.³⁵ Dolayısıyla iki kurum da birbirini tamamlayıcı bir etkiye sahiptir. Bu kanunun bir çevirisi niteliğindeki *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu*'nda ise jüri usulü kabul edilmemiştir.³⁶

Dönemin yazarları buna istinaden heyet-i ithamiye kurumunun Osmanlı hukuk sistemi için faydadan çok zarara sebep olduğunu ve kaldırılması gerektiğini savunmuşlardır.³⁷ Zira mehzar kanunda jüri usulünün sakıncalarını gidermek amacıyla düzenlenmiş olan kurum, bu usulün kabul edilmediği bir sistemde işlevini yerine getirememektedir. Kurum kararlarına karşı temyiz imkanının varlığı da düşünüldüğünde tahkikata ilişkin evrakın sürekli el değiştirmesi, hüküm sürecini oldukça uzatmakta ve

²⁹ “İbare-i kanuniye mütalaa ediliyorsa orada liva müddei-i umumilerinden ve liva mahkemelerinde teşkil olunacak heyet-i ithamiyelerden bahsolunabildiği görülüyorsa da tatbikatta bu [?] vücut bulmuş değildir. Oradaki liva müddei-i umumisi tabirini istinaf müddei-i umumisi diye telakki eylemek heyet-i ithamiye denildiği vakit vilayet istinaf mahkemesinde teşekkül eden heyet demektir.”, bkz. Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani Hukuk Fakültesinde Tahrir Olunan Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Dersleri* (Matbaa-i Amire, 1333), 357ff.

³⁰ Yorgaki Efendi, *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Şerhi* (Hürriyet Matbaası, 1326), 234.

³¹ UMCK'nın değiştirilmiş 200. maddesi için bkz. *Düstur, tertip 1, cilt 7* (Başvekalet Devlet Matbaası, 1941), 1081. Ayrıca *Teşkilat-ı Mehakim Kanunu*'nun değiştirilmiş 31. maddesi için bkz. *Düstur, tertip 1, cilt 7* (Başvekalet Devlet Matbaası, 1941), 1080-1081.

³² Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 505.

³³ UMCK'nın değiştirilmiş 200. maddesi; “İstinaf müddei-i umumisinin tahririni kıraatle netayic-i müddeası hakkında bir karar vermek için vilayet istinaf mahkemesinin hukuk dairesi heyetinden istinaf reis-i evvelinin tensibiyle üç zat bi't-tefrik teşkil olunacak heyet-i mahsusa-ı ithamiye iktiza ettikçe müddei-i umuminin talebi veyahut heyet-i mezkureye riyaset edecek en kıdemli zatın daveti üzerine içtima edecek ve istinaf mahkemesi bir daireye maksur olan vilayette heyet-i mahsusa-ı ithamiye merkez-i vilayet bidayet mahkemesi hukuk dairesi azasından mürekkep olacaktır. Heyet-i ithamiyede bulunan aza itham ettikleri şahsın mahkemede hin-i muhakemesinde rey veremeyeceklerdir. Verirler ise mahkemenin hükmü keenlemeyle addolunur.”

³⁴ Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 505.

³⁵ 1808 tarihli Fransa ceza muhakemesi kanununda düzenlenmiş olan jüri sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye* (İkdam Matbaası, 1326), 245ff.

³⁶ Naci Şensoy, “İstinaf”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 12, no. 4 (1946): 1058-1072.

³⁷ Bkz. Abdülhalik Mithat, “Jüri ve Heyet-i İthamiye”, *İstisare Dergisi*, no. 2 (12 Eylül 1324): 62-66; Ahmet Ziya, “Muhasebe-i Kanuniye-III: Bizde Heyet-i İthamiye”, 92-93.

bu durum daha önce ifade edildiği gibi haksız tutukluluk sürelerini de beraberinde getirmektedir.³⁸ Ek olarak, göreve atanan memurların gerek bilgisizliği gerekse kişisel menfaatleri nedeniyle adli yapıda büyük bir yozlaşmanın meydana geldiği kurumun kaldırılması için öne sürülen gerekçelerden bir diğeridir.³⁹

Yukarıda belirtilen hususlarla adli yapıda meydana gelen problemlerin çözüme kavuşturulamaması kurumun ikinci defa ilga edilmesini gündeme getirmiştir. Buna istinaden 9 Mayıs 1921 tarihinde TBMM tarafından yürürlüğe konulan *Muamelat-ı İthamiyenin İlgası Hakkında Kanun*'un 1. maddesiyle *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu*'nun "Suret-i İthamiyeye Mütealliktir" başlıklı ikinci babının birinci faslı ilga edilmiş ve böylece heyet-i ithamiye kurumu yürürlükten kaldırılmıştır.⁴⁰ Yine bu kanunla *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu*'nun mefsubiyet (hükümsüzlük) iddiasına ilişkin düzenlemiş olduğu 251, 252, 253, 254, 255 ve 256. maddeleri uygulamadan kaldırılmış ve müstantik tarafından cinayet suçuna ilişkin düzenlenen lüzum-ı muhakeme kararlarının itham kararı⁴¹ mahiyetinde olacağı ifade edilmiştir.⁴² Öte yandan müstantik kararlarına karşı yapılacak olan itirazların incelemesinin ise müstantikin bağlı olduğu mahkemenin istinaf dairesi reisi ve hakimi tarafından çözüme kavuşturulacağı belirtilmiştir.⁴³

Cumhuriyet dönemine geçildiğinde heyet-i ithamiye kurumunun ceza muhakemesi sisteminde yer almadığı görülmektedir. 8 Nisan 1924 tarihli ve 469 sayılı *Mehakim-i Şeriyenin İlgasıyla Mahkeme Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil Kanun*'la mahkeme yapısında değişikliğe gidilmiş ve mahkemeler mehakim-i asliye, mehakim-i sulhiye ve mehakim-i cinaiye olmak üzere üçe ayrılmıştır.⁴⁴ 21 Mart 1924 tarihli 492 sayılı *Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye ve Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunları ile Sulh ve İcra Kanunlarının Bazı Mevaddını Muadil Kanun*'un 38. maddesi müstantik kararlarına ilişkin yapılan itirazların asliye ceza mahkemesi reisi tarafından inceleneceğini düzenlemiştir. Asliye ceza mahkemesi reisi yaptığı inceleme neticesinde itirazı haklı görürse dosyayı müstantike iade edecektir. Müstantik bu durumda mahkeme reisinin kararına uymak zorundadır.⁴⁵

Özetle *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu* ile heyet-i ithamiyeye tevdi edilen görevlerden yalnızca müstantik kararlarına yönelik itirazların incelemesi uygulamada bırakılmıştır. Kurumun diğer görevleri ise ilga edilerek yürürlükten kaldırılmıştır. Buna istinaden cinayet davaları için müstantik tarafından yapılan inceleme yeterli görülerek, lüzum-ı muhakeme kararı ve tahkikat dosyasının doğrudan doğruya cinayet mahkemesine sevk edilmesi uygun görülmüştür.⁴⁶

II. HEYET-İ İTHAMİYENİN GÖREVLERİ

İlerleyen başlıklarda heyet-i ithamiyenin görevlerine ilişkin açıklamaların daha iyi anlaşılabilmesi adına öncelikle kurumun yürürlüğe girdiği 1879 tarihinde ceza mahkemelerindeki işleyiş ve sistemin

³⁸ "Heyet-i ithamiyelerin lağvı bilhassa deavi-i cezaiyenin sürüncemede kalmasını menetmek maksadına müstenitti. Çünkü bir kaza merkezinde rüyet edilmekte olan bir dava üzerine dermeyeran olunan itirazın tetkiki vilayet merkezine kadar sevk olunmak ve verilecek kararına o kazaya kadar iade olunmak pek çok zaman ziyana sebebiyet vermekte idi." Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 520.

³⁹ Ahmet Ziya, "Muhasebe-i Kanuniye-III: Bizde Heyet-i İthamiye", 92-93.

⁴⁰ *Muamelat-ı İthamiyenin İlgası Hakkında Kanun*'un (İlerleyen dipnotlarda kanun MİİHK olarak anılacaktır.) 1. maddesi için bkz. *TBMM Kavanin Mecmuası*, cilt 1, no: 118 (1925-1341), 126ff.

⁴¹ İtham kararına ilişkin ayrıntılı izahat ilerleyen başlıklarda verilmiştir.

⁴² MİİHK m. 2.

⁴³ MİİHK m. 4.

⁴⁴ *Mehakim-i Şeriyenin İlgasıyla Mahkeme Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil Kanun* için bkz. *TBMM Kavanin Mecmuası*, cilt 2, no: 469 (1924-1340), 322ff.

⁴⁵ *Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye ve Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunları ile Sulh ve İcra Kanunlarının Bazı Mevaddını Muadil Kanun* için bkz. *TBMM Kavanin Mecmuası*, cilt 2, no: 492, (1924-1340), 373ff.

⁴⁶ "... Heyet-i ithamiye vezayifinden yalnız müstantik mukarreratına karşı itiraz halinde mahkeme-i asliye reisleri itirazat-ı mezkureyi tetkik etmekte ve müstantik mukarreratını tasvip etmediği takdirde kararı tasdik etmeyerek müstantike iade etmektedir. Şu takdirde müstantik mahkeme reisinin kararına itibara mecburdur. Heyet-i ithamiyenin vezayif-i sairesine gelince bunlar kamilen mülğadır. Bilhassa cinayet davalarında müstantikin ittihaz ettiği kararlar ikinci bir mercide tetkik ve istinaf olmaksızın doğrudan doğruya mahkeme-i cinayete sevk ve irsal olmaktadır.", bkz. Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 520ff.

açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır. Bu zaman diliminde yargılamaya esas alınan 1858 tarihli *Ceza Kanunname-i Hümayunu* suç tiplerini kabahat, cünha ve cinayet olarak üçe ayırmıştır.⁴⁷ Bunun yanı sıra *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu*'ndan çok kısa bir süre önce ve 5 Haziran 1879 tarihinde yürürlüğe konulan *Teşkilat-ı Mahakim Kanunu* ile mahkemeler bidayet ve istinaf olmak üzere iki dereceye ayrılmış ve Mahkeme-i Temyiz bu derecelerin üstünde konumlandırılmıştır.⁴⁸

Meydana gelen bir suça ilişkin yetkili organlar tarafından yürütülen yargılama süreci *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu*'nda düzenlendiği üzere tahkikat ve muhakeme olarak iki ana safhaya bölünmüştür. Tahkikat yani soruşturma aşaması da suç tipinin mahiyetine göre birkaç adımda incelenmektedir. İlk olarak ihbar, şikâyet ya da hukuk-ı şahsiye⁴⁹ talebiyle bir suçun işlendiği haberini alan müddei-i umumi ve onun emrindeki zabıta-ı adliye (kolluk) memurları, yarı resmi bir tahkikat icra ederek suça ilişkin elde edilen delil ve ipuçlarıyla zabıt varakası olarak adlandırılan bir tutanak hazırlamaktadır. Söz konusu zabıt varakası ile bir araya getirilen veriler ışığında suçun işlendiğine dair yeterli bir şüphenin varlığı halinde müddei-i umumi bir talepname düzenleyerek müstantikten tahkikatı gerçekleştirmesini talep etmektedir.⁵⁰

Müstantik, ilgili talepnameyi teslim almasının akabinde tahkikat-ı iptidaiye (ilk soruşturma) olarak adlandırılan süreci başlatmaktadır. Bu aşamada suça konu fiil ve maznun aleyhe ilişkin her türlü araştırmayı yapmakta serbesttir. Müstantik, evrak ve delillerin bir araya getirilmesi, maznun aleyhin sorgulanması, şahitlerin dinlenilmesi, keşif ve muayene gibi ayrıntılı incelemeler yaptıktan sonra suçun oluşup oluşmadığına ilişkin bir sonuca varmaktadır. İnceleme neticesinde, delil ve şüphenin varlığına kanaat getirirse maznun aleyhin mahkemeye sevkine ilişkin lüzum-ı muhakeme kararı düzenlemektedir. Ya da yeterli delillerin elde edilememesi yahut isnat edilecek bir suç şüphesinin olmaması nedeniyle maznun aleyhin salıverilmesine dair men-i muhakeme kararı tanzim etmektedir.⁵¹

Bu noktada tahkikat süreci kabahat, cünha ve cinayet suçları bakımından farklı şekillerde işlemektedir. Buna göre cinayet ve cünha suçlarına nazaran daha hafif bir ceza öngörülen kabahat suçunun⁵² vuku bulması halinde genellikle müddei-i umumi, müstantikin icra edeceği tahkikat aşamasını atlayarak doğrudan hazırladığı bir iddianameyle görevli mahkemede ilgili davayı açmaktadır.⁵³ Cünha suçları bakımından, müddei-i umumi yalnızca gerekli hallerde müstantike başvurarak tahkikat sürecini başlatmaktadır. Bunun sonucunda müstantik hazırlamış olduğu kararname ve tahkikat dosyasını, davanın görüleceği mahkemeye gönderilmek üzere müddei-i umumiye tebliğ etmektedir.⁵⁴

Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu'nda cinayet suçlarına ilişkin tahkikat süreci ise daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Aşağıda heyet-i ithamiyenin bahsi geçen süreç açısından ifa edeceği işlemler ile diğer asli ve ferî görevleri, dönemin hukukçularının kaleme aldığı eserler aracılığıyla incelemeye alınmıştır.

A. Heyet-i İthamiyenin Cinayet Suçlarına Yönelik İtham İşlemleri

Heyet-i ithamiye, *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu*'nda belirtildiği üzere, cinayet suçları açısından tahkikatın zorunlu bir öznesi olarak resen inceleme vazifesini haizdir. Böylece bu suç tipi bakımından tahkikat aşaması müstantik ve heyet-i ithamiye tarafından gerçekleştirilen iki ana süreci kapsamaktadır.⁵⁵ Buna istinaden heyet-i ithamiye, müstantik aracılığıyla yürütülen tahkikat neticesinde

⁴⁷ İlgili suç tiplerinin kapsamına dair açıklamalar için bkz. 1858 tarihli kanun m. 2, 3, 4 ve 5.

⁴⁸ *Düstur, tertip 1, cilt 4* (1299), 235ff.

⁴⁹ İşlenen bir suç neticesinde meydana gelen zarara ilişkin zarar gören, yani müddei-i şahsi tarafından tazminat istemiyle açılan davalara hukuk-ı şahsiye davaları adı verilmektedir. Bkz. UMCK m. 1.

⁵⁰ Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 323ff.

⁵¹ Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 179ff.

⁵² 1858 tarihli kanun m. 5.

⁵³ Demirel, *Adliye Nezareti*, 251.

⁵⁴ Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 179ff.

⁵⁵ Bir şahsın cinayet mahkemesi huzuruna çıkarılması ve o mahkeme huzurunda taht-ı mukamede bulundurulması için herhalde heyet-i ithamiye tarafından itham olunmalıdır." Sami, *Mesail-i Cezaiye*, 157.

cinayet suçunu işlediği kanaatine varılan maznun aleyhin ithamına veya salıverilmesine yahut işlediği suçun cünha olduğundan bahisle bidayet mahkemesine sevk edilmesine karar vermektedir.⁵⁶ Normal zamanlarda üç kişiden oluşan kurumun bu vazifenin yürütüldüğü sırada reisle birlikte beş üyeden teşekkül etmesi uygun görülmüştür.⁵⁷

Kanunen cinayet suçları bakımından istinaf kanun yoluna başvuru imkânı düzenlenmemiştir. Bu bakımdan kabahat ve cünha suçları için istinafa başvuru mümkün kılınmış; cinayet suçlarının ise yalnızca temyize götürülebileceği belirtilmiştir.⁵⁸

Cinayet suçlarına ilişkin tahkikatın heyet-i ithamiyenin katılımıyla iki aşamada yürütülmesi ve bu sayede müstantik işlemlerinin yeniden incelemeye tabi tutularak dosyaya dair muhtemel aksaklıkların giderilmesi nedeniyle bazı hukukçular heyet-i ithamiyeyi bir adli derece olarak değerlendirmiştir.⁵⁹ Buna istinaden kurumun cinayet suçlarına ilişkin verdiği kararlar istinaf hükmünde sayılmış ve yargılama sürecinin daha fazla uzamaması adına ayrı bir istinaf başvuru yoluna gerek duyulmadığı ifade edilmiştir.⁶⁰ Buna karşılık, diğer bir görüşe göre, bu suçlara ilişkin istinaf imkanının kaldırılmış olması mehz kanunda yer alan jüri sistemiyle bağlantılıdır. Zira 1808 Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nda cinayet suçlarına karşı istinaf yolunun kapatılmasının temel gerekçesi, jürinin bu suçlar bakımından nihai karar merci olmasıdır.⁶¹ Ne var ki, *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu* jüri sistemini benimsememiş; bununla birlikte istinaf yolu için müstakil bir düzenlemeye de gitmemiştir. Bu durum literatürde kanunun hatalı iktibas edildiği yönünde eleştirilere konu olmuş ve heyet-i ithamiyenin adli bir derece olarak kabul edilmesi isabetli bulunmamıştır.⁶²

Heyet-i ithamiyenin cinayet suçlarına ilişkin gerçekleştirdiği itham işlemi üç kısma ayrılmaktadır. Bu kısımların ilki evrakın hazır edilmesi, ikincisi evrakın incelenmesi ve son olarak iddianın neticelendirilmesi yani karar aşamasıdır.⁶³

Heyet-i ithamiyeye ulaştırılmak üzere gerekli evrakın hazırlanması müddei-i umuminin sorumluluğuna verilmiştir. Müstantik tarafından yürütülen tahkikat neticesinde işlenen fiilin cinayet suçunu oluşturduğu hükmüne varıldığı takdirde, müstantik bir lüzum-ı muhakeme kararı tanzim etmektedir. Sonrasında bu karar, bidayet müddei-i umumisi aracılığıyla istinaf müddei-i umumisine ulaştırılmaktadır.⁶⁴

İstinaf müddei-i umumisi lüzum-ı muhakeme kararının kendisine tebliğ edilmesinden itibaren beş gün içerisinde ilgili evrakı hazırlamak ve heyet-i ithamiyeye sunulacak olan delil ve emareleri bir araya

⁵⁶ “Heyet-i ithamiyenin vazife-i asliyesi tahkikatın netayicini tasdik etmektir. Müstantik tarafından icra kılınan tahkikatta istihsal edilen delail ve emarat ve beyyinatlar maznun aleyhi itham ederek mahkeme-i cinayete sevk etmeğe kâfi midir? Değil midir? İşte bu neticeyi takdir etmek selahiyet-i esasiyesini haizdirler.”, bkz. Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 358.

⁵⁷ Hakikat-i hâlde itham heyetleri istinaftan mâdüt olduğu için bizim istinaf teşkilâtı mücebince beş kişiden mürekkep olması lâzım gelirdi.”, Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 357.

⁵⁸ Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 300.

⁵⁹ “Heyet-i ithamiye adeden üç azâdan terekkep ediyor ise de kanunen ifâya mecbur olduğu âtidedeki vezaife nazaran istinaf hükmünde olacağından reisle beraber beş azâdan terekkep etmesi icap eder.”, Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 230. “Cinayet davaları malûm olduğu üzere kabil-i istinaf değildir. Derece-i ahîrede bakılır. Cinayet mahkemesi ve heyet-i ithamiye istinaf derecesindedir. Onun için bunlardan verilen hükümler ve kararlar, mazbatalar ancak kabil-i temyiz olur.” Yorgaki Efendi, *Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu Şerhi* (Matbaa-i Hukukiye, 1329), 14. “Heyet-i ithamiye tahkikatın bir nevi istinaf devresidir...”, Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 357. İkinci, *Ateş İstidası*, 168.

⁶⁰ İkinci, *Ateş İstidası*, 177.

⁶¹ Şensoy, “İstinaf”, 1068.

⁶² Abdullah Vefa Karataş, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Yargılama Hukukunda İstinaf* (Adalet Yayınevi, 2024), 301ff.

⁶³ Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 358ff.

⁶⁴ “Müstantik cinayetle lüzum-ı muhakeme kararı verdikten sonra evrak müddei-i umumi vasıtasıyla istinaf müddei-i umumisine oradan da heyet-i ithamiyeye gelir.”, Yorgaki Efendi, *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Şerhi*, 235. Ayrıca bkz. UMCK m. 128.

getirmek durumundadır. Verilen bu sürenin sonunda yine beş gün içerisinde bir takrir hazırlaması ve böylece toplamda on gün içerisinde işbu takrir ve gerekli evrakı heyet-i ithamiyeye sunması beklenir.⁶⁵ Müddei-i umumi tanzim etmiş olduğu takrirden işlenen suçun türü ile delil ve emarelerin önemini izah ederek, maznun aleyh hakkında verilecek olan karara yönelik fikrini beyan eder. Bu bakımdan işbu takrir, günümüz manasıyla iddianameye karşılık gelmektedir.⁶⁶

Yukarıda belirtilen sürenin bitimine kadar müddei-i umumi, tanzim edeceği iddianamenin içeriği hakkında kimseye bilgi veremez. Öte yandan evrakın ve iddianamenin hazırlanması sürecini sekteye uğratmadan, müddei-i şahsinin ve maznun aleyhin müddei-i umumiye dilekçe sunabilme hakkı saklı tutulmuştur. Ayrıca verilen beş günlük süreler kayıt ve şarta bağlanmamıştır. Dolayısıyla evrak ve iddianamenin on gün yerine on beş gün içerisinde heyet-i ithamiyeye teslim edilmiş olması işlemlerin geçersizliği sonucunu doğurmamaktadır.⁶⁷

Gerekli evrakın heyet-i ithamiyeye teslim edilmesiyle birlikte, zabıt kâtibî heyet huzurunda ve müddei-i umuminin şahitliğinde müstantikin hazırladığı lüzum-ı muhakeme kararı ile müddei-i umuminin iddianamesini okur.⁶⁸ Sonrasında ise bu evrakı heyet-i ithamiyenin gözetimine bırakarak müddei-i umumi ile birlikte heyetin huzurundan çekilir. Bu noktadan itibaren heyet-i ithamiye yalnız kalarak inceleme safhasını başlatır.⁶⁹

İkinci aşama olan incelemede heyet-i ithamiye, öncelikle cinayet şüphesiyle önüne gelen fiilin tahkikatında bir eksiklik olup olmadığını tespit etmektedir. Tahkikatın tam ve noksansız bir şekilde icra edildiği kanısına vardığı takdirde, dosyaya ilişkin incelemelerine devam eder. Ancak bazı kısımlarında kusur ya da araştırılması gereken bir hususun ortaya çıkması ihtimalinde kanunun 210. ve 217. maddelerine dayanarak tahkikatın yenilenmesini emretmeye yetkilidir.⁷⁰ Bu görevi üyelerinden birine verebileceği gibi, bidayet mahkemesindeki müstantike de havale edebilir. Tahkikat süreci sonlandırıldıktan sonra ise istinaf müddei-i umuminin iddianamesi ile gerekli evrak heyet-i ithamiyeye tekrar sunulur.⁷¹

Tahkikatın eksikliklerinin kapatılmasıyla birlikte heyet-i ithamiye, devamında tahkikat sürecinde yapılan işlemlerin kanuni çerçeveye uygunluğunu, dosyanın görev ve yetkisi dahilinde olup olmadığını⁷² ve davanın kabul edilip edilemeyeceğini denetler. Son olarak suç konusu fiile yönelik incelemelerini de tamamladıktan sonra nihayet karar aşamasına geçilir.⁷³

Kanunun 201. maddesi gereğince heyet-i ithamiye, mümkünse derhal veya en geç üç gün içerisinde kararını vermek zorundadır. Yusuf Ziya, kararın uygulamada genellikle iddianamenin okunması sonrasında, kâtip ve müddei-i umuminin huzurdan çekilmesiyle birlikte ara vermeden müzakere edilerek verildiğini ve bu durumun mutlaka mazbataya not edildiğini ifade etmiştir.⁷⁴

⁶⁵ Sami, *Mesail-i Cezaiye*, 147. Ayrıca bkz. UMCK m. 199.

⁶⁶ Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 359.

⁶⁷ Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 231.

⁶⁸ UMCK m. 204.

⁶⁹ Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 359ff.

⁷⁰ Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 509ff.

⁷¹ Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 232.

⁷² "...Heyet-i ithamiye gelen iş kendisine ait olmayarak Mahkeme-i Temyize ait olduğunu görürse müddei-i umumi o işin temyize havale edilmesini talep eder ve heyet-i ithamiye de karar vererek oraya gönderir. Bir misal ile izah edelim: Mesela birkaç kişi birlikte bir cürüm irtikap etmişler. Bunlar arasında istinaf azasından birisi de bulunur. Müstantik tahkikatını ikmal ederek müddei-i umumiye göndermiş o da heyet-i ithamiyeye vermiş. Heyet de görüyor ki maznun aleyhlerden birisi istinaf mahkemesi azasındandır. Bunların muhakemesi Mahkeme-i Temyize aittir. Binaenaleyh müddei-i umumi Mahkeme-i Temyize havalesini talep eder ve heyet karar verirse Mahkeme-i Temyize gönderilir...", bkz. Yorgaki Efendi, *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Şerhi*, 239. Ayrıca bkz. UMCK m. 202.

⁷³ Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 510; Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 362. Ayrıca bkz. UMCK m. 203.

⁷⁴ Yusuf Ziya ilgili durumun şu sözlerle bahsi geçen mazbatada belirtildiğini eklemiştir: "Zabıt kâtibî evrak-ı davayı ve müddei-i umuminin iddianamesini, müddei-i umumi muvacehesinde kıraat ettikten ve bunları

Heyet-i ithamiye, ilgili evrakı teslim almasının akabinde tahkikat dosyasında yer verilen her bir cinayet, cünha yahut kabahat fiiline ilişkin karar vermek mecburiyetindedir.⁷⁵ Buna ilaveten karar alırken yalnızca tahkikat evrakında yer alan hususlarla sınırlı değildir. Nihai karar verilinceye kadar müddei-i umumi, müddei-i şahsi yahut maznun aleyh tarafından yöneltilen tüm iddia ve itirazlar hakkında da bir karar vermesi gerekmektedir.⁷⁶

Cinayet davaları bakımından isnat olunan fiile ilişkin delil ve emarelerin mevcut olması halinde heyet-i ithamiye, maznun aleyhin derhal cinayet mahkemesine sevk edilmesine hükmeder.⁷⁷ Verilen bu karar, heyetin tanzim edeceği bir itham mazbatası ile yazılı hale getirilir.⁷⁸ Söz konusu itham mazbatasıyla birlikte şüpheli “maznun aleyh” yerine daha kuvvetli bir zannı ifade eden “müttehem” unvanını almaktadır. Bu bakımdan mazbatada müttehem hangi sebeple cinayet suçunun itham edildiği, bu suçun kanuni dayanağı, müttehem yakalanması ve cinayet mahkemesi hapisanesine nakli hususlarına ilişkin emirlerin mutlaka kaydedilmesi gerekmektedir.⁷⁹

Kanunun 208. ve 209. maddelerinde düzenlenen müsterek suçlar bakımından da yine tek bir mazbata tanzim edilerek dosyanın cinayet mahkemesine gönderilmesi uygun görülmüştür. Böylece itham mazbatasında yer alan tüm suç ve suçluların yargılaması birlikte ve aynı cinayet mahkemesinde icra edilmektedir.⁸⁰ Bunun sebebi ise rütbe olarak üstte olan cinayet mahkemelerinin, altında yer alan mahkemelerin görev kapsamına giren davaları da inceleyebileceğine dair genel kaidedir.⁸¹ Yorgaki Efendi de müsterek suçların farklı mahkemelerde yargılanması ihtimalinde karışık bir işlem silsilesinin ortaya çıkacağını ifade etmiştir. Yazar bu durumun birbiriyle bağlantılı olan fiiller açısından farklı hükümlerin verilmesine sebep olacağını belirtmiş ve bahsi geçen kanun maddelerine riayet etmenin en doğrusu olacağını savunmuştur.⁸²

bırakarak müddei-i umumi ve zabıt katibi heyetten çıktıktan sonra kimse ile ihtilat etmeden bilafasıla müzakere ve keyfiyete iptidarla şöyle karar verildi...”, bkz. Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 360.

⁷⁵ Bkz. UMCK m. 213.

⁷⁶ Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 359.

⁷⁷ “...Tekfurdağı Kasabası’nda zuhur eden harik meselesinden dolayı Tekfurdağı [?] Bogos oğlu Baltacı Onnik ve Mina ve Bogos oğlu Haçık nam kimseler hakkındaki tahkikatı havi evrak heyet-i ithamiyece bi’t-tetkik cinayetle ithamlarına karar verilmekle mahkemeye tevdi olunarak muhakemeleri derdest-i rüyet bulunduğu dair Edirne Vilayeti vekalet-i celilesinden cevaben alınan 31 Teşrinievvel sene 321 tarihli tahrirat dahi manzur-ı sami-i cenab-ı fehmaneleri buyurulmak üzere leffen takdim kılındı. Ol bapta.”, bkz. BOA, *Dahiliye Mektubi Kalemi (DH-MKT)*, 1016/10 (H. 20 Teşrinisani 1321 / M. 3 Aralık 1905).

“Erbab-ı fesattan olduğu iddiasıyla maznun aleyh olan Bedirhanpaşazade Osman Paşa hakkında icra ettirilen takibat-ı kanuniye üzerine kendisinin mahall-i memuriyeti olan Selanik’ten memalik-i ecnebiyeye firar ile erbab-ı fesada iltihak ederek bir ittifak-ı hafi teşkil ve esbab-ı icraiyesini tehyie zımında bazı efal ve tedabire dahi teşebbüs eylediği eşyası meyânında zuhur eden evrak-ı muzır mündericâtı delaletleriyle anlaşılacak iddia olduğu vecihle kanun-ı cezanın elli sekizinci maddesi hükmüne tevfikân cinayetle ithamına bugün heyet-i ithamiyeden karar verildiği ve muhakemesinin icrası için evrak-ı davanın mahkeme-i cinayete derdest-i tevdi bulunduğu maruzdur. Emir ve ferman hazret-i veliyü’l-emrindir.”, bkz. BOA, *Yıldız Adliye ve Mezahib Nezareti Maruzatı (Y..PRK.AZN.)*, 22/54 (H. 4 Zilkade 1319 / M. 12 Şubat 1902)

⁷⁸ Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 363.

⁷⁹ Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 232ff.

⁸⁰ Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 513ff.

⁸¹ “...Zira cinayet mahkemesi madunu mehakime ait olan cünha ve kabahat efaline de bakabileceği cihetle, heyet-i ithamiyeden geçmiş ve cünha ve kabahat olduğu anlaşılmış olan ceraimi de rüyet ederek icab-ı kanunisi icra olunur. Bu bapta bir kaide vardır, şöyle ki: Büyük mahkeme küçük mahkemeye ait işlere bakabilir, yani mafevk mehakimi madun mehakimine ait deaviyi de rüyet edebilir.”, bkz. Yorgaki Efendi, *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Şerhi*, 249.

⁸² “Mesela: ‘Zeyd’in cinayetle ithamına karar verdik’ deyip mahkeme-i cinayete, ‘Ömer’in irtikap eylediği cürüm, cünha veya kabahat derecesinde olmakla ona göre karar verdik’ deyip de ait olduğu bidayet mahkemesine gönderemez. Zira bu gibi ahval muamelatın müteşettit olmasını intaç eder. Esasen bu efalde irtibat bulunduğundan yekdiğerine mübayin kararlar verilmemek için kaidesine riayet olunmak lazım gelir.”, bkz. Yorgaki Efendi, *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Şerhi*, 249.

Belirtmek gerekir ki heyet-i ithamiye, vereceği kararda müstantikin suça konu fiile dair nitelendirmesiyle hiçbir surette bağlı değildir.⁸³ Örneğin; müstantikin lüzum-ı muhakeme kararında cinayet olarak belirtilen fiil, heyet-i ithamiye tarafından kabahat veya cünha olarak tespit edilebilir.⁸⁴ Bu durumda bir kabahat fiili söz konusuysa maznun aleyhin salıverilmesine karar verir ve dosyayı yetkili mahkemeye sevk eder. Öte yandan bir cünha suçu meydana gelmiş ise hapsi gerektiren bir fiil olmadığı takdirde yine maznun aleyhin salıverilmesine karar verir ve dosyayı yetkili cünha mahkemesine gönderir.⁸⁵ Fakat bu iki fiile dair verilecek olan kararlar itham kararı yerine önceki aşamada müstantikin vermiş olduğu gibi “lüzum-ı muhakeme kararı” olarak adlandırılmaya devam eder. Zira bu noktada cinayete ilişkin bir itham söz konusu değildir.⁸⁶

Müstantikin lüzum-ı muhakeme kararında maznun aleyhe isnat edilen fiillerden birine ilişkin müstantik tarafından herhangi bir karar verilmediği takdirde heyet-i ithamiye bu husus bakımından bir tahkikat icra ederek ve istinaf müddei-i umumisinin de görüşlerini alarak bir karar vermek zorundadır. Ancak müstantik isnat edilen fiillerin tümüne yönelik bir karar vermiş ve ilgililer de bu karara itiraz etmemişse, o halde söz konusu karar kesinlik kazanmakta ve yeni baştan tahkikat icra edilmesine heyet-i ithamiyenin kanunen bir yetkisi bulunmamaktadır.⁸⁷

Heyet-i ithamiye, yapmış olduğu inceleme ve tetkikler neticesinde, maznun aleyhin işlemiş olduğu fiilin kanunen bir suç oluşturmadığını yahut itham edilebilmesi için yeterli delilin bulunmadığını tespit etmesi halinde men-i muhakeme kararı vermektedir.⁸⁸ Bu kararın sonucu ise maznun aleyhin derhal salıverilmesidir.⁸⁹

B. Müstantik Kararnamelerine Karşı Yapılan İtirazların İncelenmesi

Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu’nun 130. maddesinde düzenlendiği üzere heyet-i ithamiyenin bir diğer mühim görevi, müstantik kararlarına karşı yöneltilen itirazların çözüme kavuşturulmasıdır. Kurumun verdiği kararların istinaf derecesinde olup olmadığı ikilemi bu konu bakımından da belirli birtakım tartışmalara yol açmıştır. Dönemin yazarlarının hâkim kanaati, heyet-i ithamiyenin müstantik kararlarına yapılan itirazlar açısından bir istinaf mercii olduğudur.⁹⁰ Bununla birlikte bu itirazların tahkikat safhasında gündeme gelmesi nedeniyle istinaf tabirinin tercih edilmediği belirtilmiştir. Zira tahkikat yani soruşturma ile muhakeme yani kovuşturma yapı itibariyle birbirinden farklı özellikler arz

⁸³ “...İtham nokta-ı nazarından tahkikatın mevzuu olan fiili istediği gibi takrir etmekte serbesttir. İsterse müstantikin tavsifini ihmal ve kendi tavsifini onun yerine ikame eder yani müstantik fiili falan madde-i kanuniyeye muvaffak diye telakki etmiş ise heyet-i ithamiye başka bir madde-i kanuniyeye mutabıktır diyebilir. Hatta müstantikin cinayet tavsifi yerine ‘cünhadır’ diyebilir. Ve müstantikin ‘cünha’ dediği fiili müddei-i umumi tarafından itirazen gönderilmiş ise ‘cinayet kabilindendir’ diyebilir. Bu hususatta hak ve selahiyetini takyit edecek bir şey mevcut değildir.”, bkz. Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 362ff.

⁸⁴ “Fiili kabahat veya cünha olarak tavsif ettiği takdirde rüyetle vazifedar ve selahiyettar olan sulh hakimini veya cünha mahkemesini de tayin ederek dosyasını gönderir. Bu hususta selahiyettar olan makam-ı cürmün irtikap bulunduğu, maznunun ikametgahının bulunduğu veya derdest bulunduğu mahal mahkemelerinden bir yerde bittabi işbu 3 mahal müstantiklerinden herhangi tahkikatını yapmış ise muhakemenin icrası vazifesi dahi o mahal mahkemesine tevdi olunur.”, bkz. Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 514.

⁸⁵ Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 232.

⁸⁶ “Yalnız kendine ‘cinayet’ diye sevk olunan bir fiilin ‘cünha’ diye muhakeme edilmesine karar verirse o zaman ‘lüzum-ı muhakeme kararı’ denip ‘itham kararı’ denmez.”, bkz. Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 365.

⁸⁷ Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 511.

⁸⁸ Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 233. Bkz. UMCK m. 211.

⁸⁹ Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 363.

⁹⁰ “İtham mazbatalarının hükmü, müttehemi cinayet mahkemesi huzuruna kadar göndermektir. Heyet-i ithamiyeler madem ki müstantik kararlarına karşı merci-i istinaftır, bunun üzerine sadır olacak kararlar da kabil-i temyizdir.”, Sami, *Mesail-i Cezaiye*, 161. “Müstantik kararnameleri aleyhinde merci-i itiraz ve istinafidir...” Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 230. “...müstantik kararlarının merci-i istinafi itiraz tarikiyle heyet-i ithamiye idi.” Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 505.

etmektedir.⁹¹ Öte yandan müstantik kararlarına ilişkin itirazlara dair gerçekleştirilen incelemelerin kendine has özellikler barındıran işlemler bütünü olduğunu, bu bakımdan heyet-i ithamiyeye atfedilen “istinaf mercii” tanımının yerinde olmadığını savunan bir diğer görüş de mevcuttur.⁹²

Müstantikin cinayet suçlarına ilişkin vermiş olduğu lüzum-ı muhakeme kararları heyet-i ithamiye tarafından resen ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulduğundan, bu kararlar için itiraza gerek görülmemiştir.⁹³ Öte yandan müstantikin men-i muhakeme, tutuklama, tahliye yahut fiilin cünha veya kabahat olduğuna dair lüzum-ı muhakeme kararlarına karşı itiraz edilebileceği kabul edilmiş ve bu itirazların incelemesinin yine heyet-i ithamiyede yapılacağı düzenlenmiştir.⁹⁴

Müstantik tarafından verilmiş olan kararlar aleyhine itiraz edebilme hakkı müddei-i umumi, müddei-i şahsi ve maznun aleyhe verilmiştir. Bununla birlikte kanunen müddei-i umuminin yapacağı itiraz konu ve kapsam bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamışken, müddei-i şahsi ile maznun aleyh yalnızca belirli hallerde bu hakkı kullanabilmektedir.⁹⁵

Müddei-i şahsi kanunun 109. (maznun aleyhin kefaletle salıverilmesi), 123. (maznun aleyh hakkında verilen men-i muhakeme kararı), 124. (suçun kabahat olduğu yönünde düzenlenen lüzum-ı muhakeme kararı ve buna istinaden maznun aleyhin salıverilmesi), 126. (filin hapsi gerektiren bir suç olmadığı kanaatiyle verilen salıverilme kararı) ve 431. (mahkeme üyelerinden biri yahut müstantikin yetkisizliği iddiası) maddelerinde düzenlenen ve şahsi hakkını etkileyen haller bakımından itiraz edebilmektedir.⁹⁶

Maznun aleyh yahut müttehemin itiraz hakkı ise kanunun 109. ve 431. maddelerine yönelik verilmiş olan kararlar ile sınırlandırılmıştır. Buna istinaden yalnızca salıverilme talebinin reddi yahut müstantikin yetkisizliği hallerinde itiraz başvurusu yapılabilmektedir. Zira bu hususların dışında yöneltilecek itirazlar maznun aleyh yahut müttehem açısından lehe bir durum arz etmemektedir.⁹⁷

Müstantik kararnamelerine karşı itiraz hakkı, kanunun ilk halinde belirtildiği üzere, kararın verildiği tarihten itibaren 24 saat içerisinde kullanılabilmektedir.⁹⁸ Bu süre 1886 yılında yapılan kanun değişikliği ile 3 güne çıkarılmıştır. Sürenin başlangıcı müddei-i umumi için kararname tarihinden itibaren söz konusu olmaktadır. Müddei-i şahsi ve tutuklu olmayan maznun aleyh ise kararın kendilerine tebliğ edilmesinden itibaren başvuru yapılabilmektedir. Bununla birlikte tutuklu maznun aleyhe yönelik sürenin başlaması için, kararın kâtip tarafından kendisine bildirilmesi gerekmektedir.⁹⁹ İzah edilenlere ek olarak kanun, liva bidayet ve istinaf mahkemesi müddei-i umumileri için özel bir düzenleme getirerek

⁹¹ “İkinci derecede tahkikat hâkimlerinin kararı aleyhine vuku bulmuş müddeayâtı istinafen rü’yet ve tetkik etmek salâhiyetini haizdir. Fakat burada istinaf tabiri kullanmaz. Tahkikat kararları aleyhine vâki olan istinafa itiraz tabiri kullanılır. Binâenaleyh tahkikat hâkimlerinin merci-i itirazıdır.” Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 361. Ayrıca bkz. “Zira müstantik kararlarının merci-i istinafi heyet-i ithamiyedir. Tabir-i kanuni bu gibi hususta itiraz lafzıyla muharrer ise de asıl maksat istinaftır.”, bkz. Sami, *Mesail-i Cezaiye*, 159.

⁹² Bkz. Karataş, *İstinaf*, 104ff.

⁹³ Yorgaki Efendi, *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Şerhi*, 235.

⁹⁴ “Müstantikin mafevkinde olmak ve bu halde cinayet nevinden bulunmasa bile müstantikin itiraz kabul eden bi’l-cümle mukarreratı aleyhine vaki olan itirazatı kabul ve tetkik etmek...”, bkz. Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 508ff.

⁹⁵ “Fakat işbu maddenin matufunaleyhi olan mevadd-ı saire-i ahkamına göre müddei-i şahsinin hakk-ı itirazı müddei-i umuminin hakk-ı itirazından kalil ve maznun aleyhin hakk-ı itirazı ekall-i kalildir. Müddei-i umumi müstantik kararnameleri aleyhinde hukuk-ı umumiyeye taalluk etsin gerek maznun aleyhe taalluk etsin mutlaka itiraz edebilir.”, bkz. Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 230.

⁹⁶ “Müddei-i şahsi tahliye-i sebilde, maznun aleyhin adem-i mesuliyetle men-i muhakemesinde, fiilin kabahat ya cünha olduğunda veyahut hapsi müstelzim olmadığından naşi lüzum-ı muhakeme kararı üzerine cünhalarda yevm-i muayyende hükmün icrası için gelmek üzere ıtlak-ı sebilde selahiyet maddelerinde hukuk-ı şahsiyesine taalluk eden hususat için itiraz hakkına maliktir.”, bkz. Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 230ff.

⁹⁷ Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 231; Ekinci, *Ateş İstidası*, 170.

⁹⁸ UMCK m. 130.

⁹⁹ UMCK’nın değiştirilmiş 130. maddesi için bkz. *Düstur, tertip 1, cilt 5* (Başvekalet Matbaası, 1937), 616.

bu kişilerin itiraz haklarını her halde 10 gün, 1886 yılında yapılan değişiklik sonrasında ise 30 gün içerisinde kullanabileceklerini belirtmiştir.¹⁰⁰

Heyet-i ithamiye tahkikat dosyasını teslim aldıktan sonra ilk olarak, ilgililer tarafından yapılan itirazı usul (şekil) bakımından incelemekle mükelleftir. Bu incelemeyi yapmadan esas (içerik) hakkında karar vermesi mümkün değildir. Bu bakımdan öncelikle itirazın kanunen belirtilen süre içerisinde yapıp yapılmadığı ve talepte bulunanın kanunen itiraza yetkili olup olmadığı araştırılmaktadır.¹⁰¹ İnceleme neticesinde kanuni süreye uyulmadan yapıldığı tespit edilen itirazlar yok hükmünde kabul edilmekte ve böylece müstantik kararı kesinlik kazanmaktadır.¹⁰²

Heyet-i ithamiye usul ve esas hakkında incelemelerini sona erdirdikten sonra itiraza ilişkin nihai kararı verir. Daha sonra tahkikat dosyasını, yeni bir karar tanzim etmesi yahut tahkikat işlemlerindeki eksiklikleri gidermesi için kararı veren müstantike iade eder. Bu noktada müstantik davanın işleyişine mâni bir sebepten ötürü tahkikatı gerçekleştirememiş olsa dahi, heyet-i ithamiye dosyayı aynı müstantike iade ederek tahkikatın eksikliklerini tamamlar. Diğer yandan heyet-i ithamiye tahkikatın yetkisiz bir müstantik tarafından yürütülmüş olduğunu tespit ederse, icra edilen tahkikatın iptaline karar verir ve dosyayı yetkili müstantike tevdi eder.¹⁰³

Heyet-i ithamiye yapılan itirazlara karşılık olarak, ileri sürülen her bir husus hakkında gerekçeli karar düzenlemek zorundadır. İtirazın reddine karar vermesi halinde de yine aynı durum geçerlidir. Öte yandan itiraz incelemesinin bir gereği olarak tahkikatı genişletme yoluna gittiği takdirde bu hususa ilişkin ayrı bir gerekçeli karar düzenlemesine gerek yoktur.¹⁰⁴

Son olarak kanunun 131. maddesi gereğince, müddei-i şahsinin müstantik kararnamesine itiraz etmesi ve heyet-i ithamiyenin yapılan incelemeler neticesinde söz konusu itirazı haksız olduğu gerekçesiyle reddetmesi halinde, müddei-i şahsinin maznun aleyhe bir tazminat yükümlülüğü doğmaktadır.

C. Heyet-i İthamiyenin Resen Tahkikat Yapma Yetkisi ve Diğer Görevleri

Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu'nun 9. maddesinde belirtildiği üzere zabıta-ı adliye memurları, istinaf müddei-i umumi ile istinaf mahkemesi bünyesinde yer alan heyet-i ithamiyenin gözetimi altında vazifelerini icra etmektedir.¹⁰⁵ Kanunun 217. maddesinde ise heyet-i ithamiyenin söz konusu gözetim hakkına dair yetki çerçevesi düzenlenmiştir.

Kanundaki düzenlemenin ilk yansıması olarak heyet-i ithamiye, müstantik kararnamesi yahut itiraz üzerine tahkikat dosyasını teslim aldıktan sonra, yaptığı incelemeler neticesinde faile veya diğer bir

¹⁰⁰ UMCK m. 130; "...İtiraz hakkı her halde liva bidayet mahkemesinde veya mahkeme-i istinafiyede bulunan müddei-i umumiye ait olacak ve müstantik tarafından ita olunan kararname tarihinden itibaren on gün zarfında itiraz ettiğini beyan etmesi lazım gelecektir..." Ayrıca bkz. 1886 tarihli değişiklik sonrası UMCK m. 130; "...İtiraz hakkı her halde liva bidayet mahkemesinde veya mahkeme-i istinafiyede bulunan müddei-i umumiye ait olacak ve müstantik tarafından ita olunan kararname tarihinden itibaren otuz gün zarfında itiraz ettiğini beyan etmesi lazım gelecektir."

¹⁰¹ Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 511.

¹⁰² Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 362.

¹⁰³ "Heyet-i ithamiye itiraz tarikiyle tahkikat evrakına vaz-ı yed eylemiş bulunduğu takdirde işbu itiraz üzerine kararını verir. Ve o ciheti hallettikten sonra esas hakkında ittihaz-ı karar etmek veya muamelat-ı tahkikiyeyi ikmal etmek üzere ona karar veren müstantike tahkikat evrakını iade eder. Binaenaleyh hatta müstantik davanın rüyetine mâni bir sebep-i kanuniyeden dolayı tahkikatını icra etmemiş olsa bile yine aynı müstantike iade ile tahkikatı ikmal ettirir. Heyet-i ithamiye selahiyettar olmayan bir müstantik tarafından tahkikata vaz-ı yed edilmiş olduğunu gördüğü takdirde icra edilmiş olan tahkikatı iptal ederek selahiyettar müstantike tevdi-i keyfiyet eyler.", bkz. Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 515.

¹⁰⁴ Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 517ff.

¹⁰⁵ "...Müddei-i umumi işbu nezaretini tembihat ve ihtarat icrasıyla istikmal eyler. Mahkeme-i istinafiye yani heyet-i ithamiye nezaretini şikâyet üzerine selahiyet-i tembihiyesiyle tatbik eder. Mahaza nezaret, mutlak nezarettir. Müddei-i umumi zabıta-ı adliye hususi memurlarına ait veya bir daire-i kaza zabıta-ı adliyesine mahsus vezayifi bizzat deruhte eylemek derecesine gidemez.", bkz. Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 182.

kişiye isnat edilecek başka bir suçun varlığına kanaat getirebilir. Bu durumda inceleme alanını genişleterek gerek tahkikat dosyasında yer almayan kişi gerekse tahkikata konu suç ile bağlantılı diğer cinayet ya da cünha suçu hakkında resen tahkikat gerçekleştirebilir. Böylece heyet-i ithamiyenin yürüteceği tahkikat, yalnızca müstantik kararname ve müddei-i umuminin tanzim ettiği iddianamede belirtilen suç ve kişiler ile sınırlı olmayıp, bunlarla bağlantılı olarak gerçekleşen diğer suç ve failleri de kapsamı içine almaktadır.¹⁰⁶

Kanunun 210. ve 217. maddelerinde yer alan düzenlemeye istinaden heyet-i ithamiye, incelemekte olduğu tahkikat dosyası ile bağlantılı olan her türlü evrakı müstantikten talep etme yetkisini haizdir. Bununla birlikte, yine tahkikat esnasında yeni bir cinayet ya da cünha suçunun vuku bulması halinde resen tahkikat icra etmeye yahut tahkikatın yürütülmesinde birtakım eksikliklerin bulunması halinde de bu eksiklikleri gidermeye yetkilidir. Bu durumda tahkikatı kendi üyeleri arasından yahut müstantiklerden seçeceği bir kişi vasıtasıyla icra ettirebilir. Dolayısıyla kanuna uygun bir biçimde maznun aleyh hakkında her türlü tedbire başvurusu mümkündür.¹⁰⁷ Fakat belirtmek gerekir ki heyet-i ithamiye kural olarak bir mahkeme gibi yalnızca kendisine teslim edilen tahkikat dosyaları üzerinde işlem ve takibat yapabilmektedir. Dolayısıyla dosya ile bağlantılı bir suç yahut önüne gelen fiil haricindeki bir suça yönelik inceleme yapabilmesi için öncesinde tahkikat evrakının mutlaka istinaf müddei-i umumisi tarafından heyet-i ithamiyeye tevdi edilmiş olması gerekmektedir.¹⁰⁸

Gerek maznun aleyh hakkında adil bir yargılamanın yapılabilmesi gerek adli yapının sistemli ve disiplinli bir şekilde yürütülebilmesi adına zabita-ı adliye memurlarının üzerinde heyet-i ithamiyenin geniş bir gözetim yetkisi bulunmaktadır. Bundan kaynaklı olarak doğrudan doğruya yahut müddei-i umuminin talebi üzerine harekete geçerek tahkikatın kanuni sınırlar çerçevesinde icra edilmesini temin etmekle vazifelendirilmiştir. Yine bu amaç doğrultusunda müddei-i umumi tarafından takip edilmeyen dosyaların takibine ilişkin emir verme yetkisi bulunmaktadır.¹⁰⁹

Kanunun 231. maddesinde düzenlendiği üzere istinaf müddei-i umumisi cünha ve kabahat defterinde belirtilen bir fiilin daha ağır bir suça karşılık geldiği kanaatine varırsa, defteri aldığı günden itibaren 15 gün içerisinde ilgili suça ilişkin evrakın kendisine teslim edilmesini talep eder. Evrakı teslim almasının akabinde, yine 15 gün içerisinde bir rapor hazırlayarak bahsi geçen iddialarını heyet-i ithamiyeye sunar. Heyet-i ithamiye ise yapılan başvuru neticesinde gerekli bütün işlemleri yerine getirir ve kanunen üç gün içerisinde kararını verir. Fiilin suç teşkil ettiği ve davanın görülmesinde bir sakınca olmadığını tespit ettiği takdirde, bahsi geçen fiilin kanunen hangi suça karşılık geldiğini de tayin ederek dosyayı davanın görüleceği mahkemeye sevk eder.¹¹⁰

Heyet-i ithamiyenin bir diğer görevi ise yasaklanmış hakların iadesi (iade-i hukuk-ı memnua) hususunda kararname niteliğinde bir görüş beyan etmektir. Yasaklanmış hakların iadesi meselesi, failin mahkûmiyet süresi sona erdikten veyahut affa layık görüldükten sonra hükmün sebep olduğu hukuki mahrumiyetin iadesini talep etmekten ibarettir. Gerekli şartları taşıyan mahkûmun söz konusu talebi yöneltmesi halinde, öncelikle kaza müddei-i umumisi tahkikat icra ederek talebe yönelik değerlendirmesini heyet-i ithamiyeye tebliğ etmektedir. Bunun üzerine heyet-i ithamiye, incelemelerini

¹⁰⁶ Yorgaki Efendi, *Usul-i Cezaiye: Ameli ve Nazari Kitab-ı Deavi* (1324), 57.

¹⁰⁷ Yorgaki Efendi, *Usul-i Cezaiye*, 57ff.

¹⁰⁸ "... Ceraim-i mürtebitede veyahut maznunen kendi huzuruna sevk olunan fiil-i cürmiden gayrı bir cürümden dolayı takibat icap ettiği halde kendiliğinden vezayif-i kanuniyesini icra ederse de behemehal istinaf müddei-i umumiliği marifetiyle evrak-ı davanın kendisine tevdi edilmiş bulunması şerait-i kanuniyedendir. Heyet-i ithamiye kaideten bir mahkeme gibi ancak kendisine tevdi olunan bir davada tetkikatta bulunmakla mükelleftir.", bkz. Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 509.

¹⁰⁹ Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 231. "Heyet-i ithamiyeye icra-yı tahkikat hususunda bu derece mezuniyet itasından maksat, hukuk-ı umumiye davasınca her nev kusur ve tekasülün önü alınabilmesidir. Zaten mahkeme-i istinafiyenin hukuk-ı umumiye memurları hakkında alelittlak hak nezareti dokuzuncu madde-i kanuniye sarahati iktizasındandır.", bkz. Yorgaki Efendi, *Usul-i Cezaiye*, 58.

¹¹⁰ Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 513.

sona erdirdikten sonra mahkûmun yasaklı haklarının iade edilip edilemeyeceği hususunda bir kararname düzenlemektedir.¹¹¹

III. Heyet-i İthamiye Kurumunun İşleyişi ve İnceleme Usulleri

A. İnceleme Usulleri

Heyet-i ithamiye, tahkikat hâkimi olma sıfatıyla gerçekleştirdiği tüm işlemleri gizli, yazılı ve gıyabi (uzaktan) olarak icra etmektedir. Heyet, müzakere halinde toplanarak, tarafları dinlemeden ve gizli bir şekilde kararını verir.¹¹² Kanunun muhtelif maddelerinde kurumun tahkikat dosyaları açısından benimseyeceği tutum ve inceleme usulleri ayrıntılı şekilde izah edilmiştir.

Kanundaki düzenlemeye göre müddei-i umumi tahkikata yönelik iddianamesini ve ilgili evrakı heyet-i ithamiyeye teslim ettikten sonra; zabıt kâtibi, söz konusu evrakı müddei-i umuminin şahitliğinde ve heyet-i ithamiyenin huzurunda sesli olarak okumaktadır.¹¹³ Sonrasında ise zabıt kâtibi ve müddei-i umuminin odayı terk etmesi beklenir.¹¹⁴

Kanunda belirtildiği üzere zabıt kâtibi ve müddei-i umuminin odayı terk etmesinin ardından heyet-i ithamiyenin tahkikat dosyasıyla ilgili yürüteceği bütün işlemler evrak üzerinden ve yazılı bir şekilde ilerlemektedir.¹¹⁵

Cevdet Ferit başlangıçta usule ilişkin bu işlem ve talimatların kanuna uygun biçimde gerçekleştirildiğini ancak ilerleyen süreçte bu hususta yeteri kadar titizlik gösterilmediğini ve yalnızca bir kısmına riayet edildiğini ifade etmiştir.¹¹⁶

Heyet-i ithamiye işlemlerinin bir diğer önemli unsuru, sürecin gıyabi olarak ilerletilmesidir.¹¹⁷ Buna istinaden müddei-i şahsi, maznun aleyh ve şahitlerin inceleme esnasında heyet-i ithamiye huzurunda hazır bulunması uygun görülmemiştir.¹¹⁸ Ancak müddei-i şahsi ile maznun aleyh, heyete hitaben bir müzekkere tanzim ederek istek ve iddialarını karar verilinceye kadar sunabilirler.¹¹⁹ Öte yandan bu müzekkereyi hazırlayabilmek için tarafların tahkikat dosyasına erişimleri her ne kadar bir gereklilik olsa da kanunda buna ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Fakat müddei-i umumi dilerse tarafların ilgili evraka ulaşımını sağlayabilmektedir.¹²⁰

Heyet-i ithamiye, üyeleri arasında gerçekleştirdiği müzakereler ve tetkikler neticesinde oybirliği ya da oyçokluğuyla karar vermektedir. Bu noktada müddei-i umumi, müddei-i şahsi ile maznun aleyhin iddia ve savunmalarını ayrıntılı biçimde inceleyerek kararını bir mazbataya aktarmak zorundadır. Aksi halde tarafların vermiş olduğu müzekkerelerin dikkate alınmaması ve yöneltilen talep ve iddiaların kabul

¹¹¹ “İade-i hukuk-ı memnua bir mahkûmun müddet-i mahkûmiyet-i cezaiyesi hitama erdikten veya mazhar-ı af olduktan sonra hükümün tevhit ettiği mahrumiyet-i hukukiyenin iadesini talep etmek demektir ki affedildikten veya müddet-i mahkumesini ikmal ettikten sonra cinayetlerde beşer ve cünhalarda üç sene sonra vaki olabilir. Bunlar müddet-i mezkureyi bir kazada ve bunun son iki senesini bir karyede geçirmiş olmaları şarttır.”, bkz. Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 361.

¹¹² Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 358.

¹¹³ UMCK m. 204.

¹¹⁴ UMCK m. 206.

¹¹⁵ Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 506.

¹¹⁶ “Şu adem-i huzurun intaç edebileceği ihmal ve teseyyüplere mâni olmak üzere tatbikatta istinaf müddei-i umumisi evrakın hitam-ı kıraatine kadar hazır bulunur ve mütalaanamesinin zahrına ‘Okundu.’ diye imza eder ve çekildi. Mamafih eyyam-ı ahirede heyet-i ithamiyeler bu vazife-i kanuniyelerini ancak müddei-i umuminin mütalaanamesinin ve bir de istintaknamenin bazı aksamının ve müddei-i şahsinin ve maznunun itiraznamelerinin tetkiki ile iktifa ederek icra etmekte ve vaz-ı kanunun emrini infaz etmemekte idiler.”, bkz. Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 506ff.

¹¹⁷ UMCK m. 207.

¹¹⁸ UMCK m. 205.

¹¹⁹ Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 358.

¹²⁰ Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 507.

yahut ret şeklinde hükme bağlanmamış olması halinde mazbatanın üst merci tarafından bozulması söz konusu olacaktır.¹²¹

B. Heyet-i İthamiye Mazbatalarının Özellikleri

Heyet-i ithamiye işlemlerinin evrak üzerinde, yazılı ve gizli olarak yürütülmesi nedeniyle *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu*, bu unsurların muhafazası ve sürecin hukuka uygun bir biçimde ilerleyebilmesi adına birtakım tedbirler almıştır. Bu bakımdan kanunda heyet-i ithamiye mazbatalarına dair yer alan mükellefiyetlerin tam ve eksiksiz bir biçimde tatbik edilmesi mühim ve zorunlu olarak görülmüştür.

Heyet-i ithamiye mazbataları açısından ilk olarak heyet, müddei-i umuminin iddianamesi üzerine önüne gelen tahkikat dosyasında yer alan maznun aleyhlerin her biri hakkında ve tüm cinayet, cünha ve kabahat fiillerine ilişkin bir karar vermek zorundadır.¹²² Bununla birlikte, müddei-i umuminin tahkikatın eksikliklerinin giderilmesi yahut genişletilmesi gibi talepleri ile tarafların tahkikat dosyasına yönelmiş olduğu itirazların her biri hakkında da bir karar tanzim etmesi zorunludur.¹²³

Heyet-i ithamiyenin tüm hüküm ve kararları gerekçeli olmak zorundadır. Buna paralel olarak gerek müddei-i umumi, müddei-i şahsi ve maznun aleyhin tüm talep ve itirazlarının kabul yahut reddi gerekse maznun aleyh hakkında verilen men-i muhakeme ile lüzum-ı muhakeme kararlarının tümü bir gerekçeye dayandırılmak durumundadır.¹²⁴ Ayrıca verilen karar ile gerekçenin birbiriyle çelişkili yahut zıt ifadeler içermemesi gerekmektedir. Zira iki unsur da birbirinden ayrılması mümkün olmayan bir bütünlük arz etmektedir. Bu sebeple heyet-i ithamiye kararında sehven bir hususun unutulması halinde, gerekçesinde kararda eksik olan kısma ilişkin veriye ulaşılabiliriyorsa bu durum mazbatanın bozulmasını engellemektedir.¹²⁵

Heyet-i ithamiyenin men-i muhakeme mazbatası, tahkikata konu olan fiilin ceza kanununda belirtilen ve sorumluluğu gerektiren bir suç teşkil etmemesi yahut maznun aleyh hakkında itham edilmeyi gerekli kılan bir delile ulaşılabilmesi halinde düzenlenmektedir.¹²⁶ Bu kararın sonucu ise salıvermedir. Maznun aleyh, hakkında men-i muhakeme kararı verilir verilmez derhal salıverilir.¹²⁷

Maznun aleyhin ait olduğu mahkemeye sevkini ifade eden lüzum-ı muhakeme kararları, maddi ve hukuki sebepleriyle birlikte ayrıntılı bir biçimde tanzim edilmiş olmalıdır. Buna istinaden hazır edilen kararda, maznun aleyhin gerçekleştirdiği suç konusu fiil tüm ispat ve delilleriyle birlikte izah edilmeli ve ayrıca bahsi geçen fiilin kanunen hangi suça karşılık geldiği tespit edilmelidir.¹²⁸

Gerek cinayet suçuna ilişkin itham mazbatalarının gerekse lüzum-ı muhakeme kararlarının eksiksiz bir biçimde hazır edilebilmesi için üç önemli unsurun dikkate alınması gerekmektedir.¹²⁹ Bunlardan birincisi müttehem yahut maznun aleyhin kimlik bilgileridir. Mazbatada mutlaka müttehem yahut maznun aleyhin ismi, tanınırlığı, yaşı, doğum yeri, mesleği ve ikametgahına yer verilmelidir. Zira tahkikat süreci, her ne kadar suçu ve faili ortaya çıkarmak adına yürütülse de dava ancak belirli bir kişi yahut kişiler aleyhine ikame olunmaktadır. Dolayısıyla mazbatada faile ilişkin hatalı yahut eksik bir

¹²¹ “Alakadar müddei-i şahsi veya maznunun vaki olan talebi heyet-i ithamiyece tetkik olunur ve taleb-i vakinin kabul veya reddine dair heyet-i ithamiye mazbatasında bir karar dermeyeran edilirdi. Heyet-i ithamiyenin müzekkereyi nazar-ı itibara almaması ve bu hususta mazbatasında ret veya kabule dair bir hüküm bulmaması mazbatanın nakzını mucip olurdu.”, bkz. Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 507ff.

¹²² UMCK m. 213.

¹²³ Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 516.

¹²⁴ Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 364.

¹²⁵ Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 518.

¹²⁶ Bkz. UMCK m. 211.

¹²⁷ Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 363.

¹²⁸ Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 232.

¹²⁹ Bkz. UMCK m. 214.

bilgiye yer verilmesi nedeniyle kimlik tespitinin yapılamaması mazbatanın bozulmasını gerektirmektedir.¹³⁰

İkinci olarak heyet-i ithamiye mazbataları, suça konu fiil ve bu fiilin işleniş şeklini yeterli derecede tespit ve tarif etmek durumundadır. Buna uyulmadığı takdirde mazbatanın bozulması gündeme gelmektedir. Bununla birlikte delil ve ipuçlarının tamamının beyan edilmesine gerek duyulmamıştır.¹³¹

Üçüncü olarak ise heyet-i ithamiye mazbataları, suça konu fiilin niteliğini ve verilecek cezanın düzenlendiği kanun maddesini içermek mecburiyetindedir. Bu hususlara yer verilmemesi, yine mazbatanın bozulması sonucunu doğurmaktadır. Benzer şekilde, bahsi geçen kanun maddesinin yanlış yazılması davanın görüleceği mahkemede bir değişikliğe sebep olursa yine mazbata bozulmaya mahkumdur.¹³²

Cinayet fiiline ilişkin düzenlenen itham mazbataları, yukarıda belirtilen hususlara ek olarak kanunun 214. maddesi gereğince ahz ü girift (yakalama) emrini de içermek zorundadır. Müttehem daha öncesinde tutuklanmışsa yine de yakalama emri verilmeli ve bu durum itham mazbatasına kaydedilmelidir. Bununla birlikte müttehemin tutuklu olduğu yerden davanın görüleceği mahkemenin hapisanesine gönderilmesi için bir nakil müzekkeresi de düzenlenmesi gerekmektedir.¹³³

Ek olarak mazbatada kararı veren heyet-i ithamiye üyelerinin isim ve imzaları ile müddei-i umuminin iddianamesinin bulunması gerekmektedir. Bu unsurlara dikkat edilmemesi de yine mazbatanın bozulmasını gündeme getirmektedir.¹³⁴ Aynı şekilde karara iştirak eden hâkimin de mazbataya imza atması gerekli görülmüştür. Ancak hâkim imza atmamış olsa dahi karar esnasında orada olduğu mazbatadan anlaşılabilirse, bu durumda mazbatanın bozulması söz konusu olmamaktadır.¹³⁵

IV. Heyet-i İthamiye Kararlarına Karşı Kanun Yolları

Heyet-i ithamiye bir adli derece olarak kabul edildiği için kararlarına karşı temyiz kanun yoluna başvuru imkânı getirilmiştir. Ancak bu imkânı kullanabilmek için verilmiş olan kararın nihai karar niteliğinde olması gerekmektedir.¹³⁶ Bunun bir sonucu olarak heyet-i ithamiyenin tanzim ettiği lüzum-ı muhakeme ile men-i muhakeme mazbataları aleyhine temyiz başvurusu yapılabilmesi mümkündür.¹³⁷

Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu’nun 251. ve devamı maddelerinde cinayet suçlarına ilişkin düzenlenen itham mazbataları aleyhine mefsuhiyet (hükümsüzlük) iddiasıyla temyiz mahkemesine başvurulabileceği belirtilmiştir. Kanunun 254. maddesinde ise söz konusu hükümsüzlük iddiasının sınırları çizilmiş ve ancak dört husus bakımından bu müesseseye müracaat edilebileceği ifade edilmiştir. İşaret edilen sebeplerden birincisi, cinayet mahkemesinin yetkisizliği meselesidir. Örneğin; İzmir’de meydana gelen bir cinayet fiili neticesinde müttehemin yine orada yakalanması halinde, suça ilişkin itham ve yargılamanın Dersaadet mahkemesinde icra edilmesi hükümsüzlük iddiasını gündeme

¹³⁰ Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 518.

¹³¹ Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 518 vd.

¹³² Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 519.

¹³³ “İtham olunmuşsa maznun aleyh hakkında -ki artık ‘müttehem’ namını alır- evvelce tevkif müzekkeresi verilmişse ahz ü girift emri verilmeli ve ahz ü girift keyfiyeti itham mazbatasına derç edilmelidir. Şayet müttehem esasen mevkuf ise muhakemeyi rüyet edecek mahkeme-i cinayetin tevkifhanesine nakil hususu itham mazbatasına derç edilmeli ve nakil müzekkeresi ita edilmelidir.”, bkz. Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 364. Ayrıca bkz. UMCK m. 215.

¹³⁴ UMCK m. 216. Ayrıca bkz. “Mazbatada iştirak eden azanın esamisi ve müddei-i umuminin mütalaasının ahzedildiği derç edilmek lazımdır. Bittabi şu lazıme-i kanuniyenin adem-i icrası da nakzı müstelzim olur.”, bkz. Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 520.

¹³⁵ Yusuf Ziya, *Darülfünun-ı Osmani*, 364; Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 519.

¹³⁶ Ekinci, *Ateş İstidası*, 192.

¹³⁷ “Heyet-i ithamiye lüzum-ı muhakeme mazbataları aleyhinde cinayet muhakemesinde mefsuhiyet iddiasına ve kable’l-muhakeme temyiz-i davaya selahiyet vardır.”, bkz. Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 233. Ayrıca bkz. “Heyet-i ithamiye ittihaz etmiş olduğu men-i muhakeme hakkında mukarreratı kati değildir. Alakadar Mahkeme-i Temyize müracaatla temyiz-i dava edebilir.”, bkz. Cevdet Ferit, *Nazari-Ameli*, 515.

getirmektedir.¹³⁸ Bunun yanı sıra; dava olunan fiilin kabahat yahut cünha olduğu halde cinayetle itham edilmesi, müddei-i umuminin dinlenilmemesi ve heyet-i ithamiyenin kanunen belirlenen üye sayısına ulaşılmadan karar vermesi halleri hükümsüzlük iddiasının diğer sebepleridir.

Hükümsüzlük iddiası ancak itham mazbataları açısından söz konusu olabilmektedir. Ayrıca kanunen yalnızca belirli hallerde talep edilebileceği belirtilmiştir. Öte yandan temyiz başvurusu bu şekilde bir sınırlandırmaya tabi tutulmamıştır. Heyet-i ithamiyenin son karar niteliğini taşıyan her türlü mazbatasını aleyhine temyize gidebilmek mümkündür.¹³⁹ Dolayısıyla muhakeme aşamasının yok hükmünde sayılmasına neden olacak bir hukuka aykırılık, müddei-i umuminin görev ve yetkisinden kaynaklanan bir talebinin dikkate alınmaması yahut maznun aleyhin bir iddiasına dair kabul ya da ret kararına mazbatada yer verilmemesi gibi birtakım hususlar temyize konu olabilmektedir.¹⁴⁰

Yukarıda değinildiği üzere, müstantikin men-i muhakeme kararı aleyhine müddei-i şahsi tarafından itiraz edilebilmekte ve bu itirazın incelemesi heyet-i ithamiyede yapılmaktadır. Heyet-i ithamiyenin söz konusu men-i muhakeme kararını onaylaması halinde, müddei-i şahsinin bu kararı temyize götürüp götürmeyeceği meselesi gündeme gelmektedir. Mahmut Nedim, dönemin temyiz mahkemesi tarafından müddei-i şahsinin böyle bir durumda temyiz imkanının bulunmadığı yönünde karar verildiğini ifade etmiştir.¹⁴¹ Zira kanunun 315. maddesi gereğince bu hakkı yalnızca müddei-i umumi kullanabilmektedir. Ancak müstantik ve heyet-i ithamiye tarafından düzenlenen kararnamelerde şahsi hakkını ilgilendiren birtakım noksanlıkların mevcut olması ihtimalinde, belirtilen durumun bir istisnası olarak müddei-i şahsinin temyize başvurabileceği kabul edilmiştir.¹⁴²

Mahkeme-i Temyizin önüne gelen bir temyiz başvurusu üzerine esas hakkında inceleme yapması mümkün değildir. Bu noktada görevi tahkikat yahut muhakeme sürecinin kanuna uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediğini denetlemek, usule ilişkin bir noksanlığı tespit etmek ve taraflarca yöneltile itirazların dikkate alınıp alınmadığını incelemekten ibarettir. İlgili hususlara bir aykırılık tespit etmesi halinde dosyayı yeniden incelenmek üzere yetkili merciye sevk etmektedir.¹⁴³ Buna yönelik olarak müstantik tarafından verilen men-i muhakeme kararının aleyhine müddei-i umumi tarafından itiraz edilmesi ve heyet-i ithamiyenin müstantikin kararını onaylayarak men-i muhakeme kararı vermesi halinde, müddei-i umumi bu kararın yerinde olmadığından bahisle bir temyiz başvurusu yapamamaktadır. Zira bu kararın haklılığına dair yapılacak olan inceleme esasa yönelik bir inceleme olmaktadır. Diğer yandan yukarıda belirtilen sebeplerden kaynaklı olarak yani kanunun uygulanmasında bir noksanlık, usule ilişkin bir eksiklik yahut hatanın mevcut olması durumunda dosyanın temyize götürülmesi mümkündür.¹⁴⁴

Kanunun 307. maddesinde düzenlendiği haliyle temyiz başvuru süresi 8 gün olarak tayin edilmiştir. İlgili sürenin başlangıcı yüz yüze verilen hükümler açısından kararın okunması, gıyabi verilen hükümler için ise hükmün tebliğinden itibaren söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte kanunun 251. maddesi gereğince, hükümsüzlük iddiasına yönelik başvurunun 5 gün içerisinde yapılması gerekmektedir. Bu

¹³⁸ Sami, *Mesail-i Cezaiye*, 161.

¹³⁹ Sami, *Mesail-i Cezaiye*, 160.

¹⁴⁰ Ekinci, *Ateş İstidası*, 192. “Yunani Corci Patrinoz’un dükkanını anahtar uydurarak açıp kasasını şikest ettikleri iddiasıyla maznun aleyh olan eşhasın men-i muhakemelerine dair heyet-i ithamiyeden ita kılınan mazbatanın muhalif-i kanun olmasına mebni temyizen tetkiki Dersaadet İstinaf Mahkemesi müddei-i umumiliği memuriyetinden istida ve ol bapta tanzim olunan istidanamenin bir sureti dahi maznun aleyhmeden olup Fransa Devleti tabiiyetinde bulunan Poro’ya tebliğ olunmak üzere devlet-i müşarünileyha kaçılaryasına isra kılınıp...” *BOA, Hariciye Nezareti Tahrirat (HR-TH.)*, 110/89 (H. 3 Zilhicce 1308 / M. 10 Temmuz 1891).

¹⁴¹ Mahmut Nedim, *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Şerhi* (1324), 1173ff.

¹⁴² Mahmut Nedim, *Kanun Şerhi*, 1173ff.

¹⁴³ Abdülhalik Mithat, *Usul-i Cezaiye*, 323ff.

¹⁴⁴ “...Mahkeme-i Temyiz takdir-i vukuata girişemez. Müstantikin hakk-ı takdiri Mahkeme-i Temyizin müdahalatından masundur. Mahkeme-i Temyizin bu husustaki vazifesi tatbikat-ı kanuniyenin yolunda olup olmadığını ve bir noksan edilip edilmediğini ve tarafeynden serd olunan itirazatın meskûtünanh bırakılıp bırakılmadığını nazar-ı itibara almaktan ibarettir.” Sami, *Mesail-i Cezaiye*, 162ff.

süre mahkemenin sorgu tarihinden itibaren başlamaktadır. Ancak sorgu işlemi ithamname ile itham mazbatasının tebliğinden önce başlamışsa, bu durumda süre tebliğ itibariyle işlemektedir.¹⁴⁵

SONUÇ

3 Kasım 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nın ilanı, Osmanlı Devleti için hukuki düzlemde birçok yeniliğin habercisi olmuştur. Daha çok Avrupa'daki kanunları ve mahkeme sistemini iktibas etmekten ibaret olan bu yenilik hareketi, devletin geleneksel ve asırlar boyu belirli bir sistemle ilerleyen adli yapısını büsbütün değiştirmiştir. Günümüz mahkeme yapısını andıran modern Nizamiye Mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte, bunun doğal bir sonucu olarak söz konusu mahkemelerde görev alacak yeni özneler de ihtiyaç duyulmuştur. Heyet-i ithamiye bu ihtiyaca binaen teşkil edilen kurumlardan yalnızca birisidir.

25 Haziran 1879 tarihli *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu* aracılığıyla adli teşkilatta yer edinen heyet-i ithamiye kurumu, ceza muhakemesinin işleyişine dair asli ve feri birçok vazife üstlenmiştir. En göze çarpan görevleri ise cinayet suçlarına ilişkin tahkikat sürecindeki etkin rolü ve müstantik kararlarına karşı bir itiraz mercii olmasıdır. Soruşturma sürecine resen müdahale edebilme yetkisi kurumun diğer mühim vazifeleri arasındadır.

Yeni müesseselerin farkının hissedildiği Tanzimat dönemi ve sonrasında, adli yapıda bir temel hazırlanmadan yürürlüğe konulan Batı eksenli modern kanunlar nedeniyle sıkıntılar baş göstermiştir. Yeterli zamana yayılmadan ve kısıtlı maddi imkanlarla devletin hukuki altyapısının yenilenmeye çalışılması, gösterilen çabaların uygulamada zaman zaman sonuçsuz kalmasını beraberinde getirmiştir. İzah edilenlere paralel olarak heyet-i ithamiye de bu durumdan nasibini almış, yürürlükte olduğu süre boyunca ceza mahkemelerinde birtakım aksaklıklar vücut bulmuştur.

Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu her ne kadar 1808 tarihli Fransa ceza muhakemesi kanunundan iktibas edilmiş olsa da mehzaz kanunda düzenlenen jüri sistemini bünyesine almamıştır. Bu durum jüri sistemiyle bütünlük arz eden heyet-i ithamiyenin uygulanabilirliğini büyük ölçüde engellemiştir. Bunun yanı sıra eğitim ve nitelikli eleman eksikliğinden kaynaklı olarak tıpkı diğer modern müesseselerde olduğu gibi heyet-i ithamiye üyelerinin ataması da muntazam biçimde yapılamamıştır. Ayrıca kurum merkezlerinin kaza ve livalara uzak olması yine birçok hak ihlallerini beraberinde getirmiştir.¹⁴⁶

Dönemin yazarları, ilgili aksaklıklara yönelik eleştirilerini kaleme aldıkları eserlerde dile getirmekten çekinmemiş ve kurumun bir an önce kaldırılması gerektiğini savunmuşlardır. Buna ilişkin olarak kurumun ancak jüri usulünün varlığı ile bir anlam ifade ettiğini, söz konusu usulün kabul edilmediği bir hukuk sisteminde yalnızca süre kaybına sebebiyet verdiğini ifade etmişlerdir.

Belirtilen sakıncaların giderilmesi ve soruşturma sürecinin hızlandırılması amacıyla kurumun teşkilat yapısında sürekli değişikliğe gidilmiş ancak söz konusu mevzuat değişiklikleri dahi istenen sonuca ulaşmaya yetmemiştir. Nihayetinde 1890 tarihinde yayımlanan bir iradeyle heyet-i ithamiye ilga edilmiştir. Ancak bahsi geçen iradenin akabinde kurumun hala yürürlükte olduğunu gösterir birçok arşiv belgesi bulunmaktadır. Bu durum kurumun kısa bir süre içerisinde yeniden faaliyete geçtiği izlenimini verebilir. Ancak tarafımızca buna ilişkin bir belgeye ne yazık ki ulaşamamıştır.

1903 yılında yapılan bir kanun değişikliğiyle kuruma yönelik birtakım düzenlemelere gidilerek olumlu sonuçlar alınmaya çalışıldığı görülmektedir. Ancak bu değişikliğin de bir çözüm vermemesi neticesinde ceza davalarının uzunca süreler çözüme kavuşturulamaması ve bu şekilde adil yargılanma ilkesinin sekteye uğraması gerekçeleriyle kurum 9 Mayıs 1921 tarihinde yürürlüğe konulan *Muamelat-ı İthamiyenin İlgası Hakkında Kanun*'un 1. maddesiyle kalıcı olarak ilga edilmiştir.

¹⁴⁵ Ekinci, *Ateş İstidası*, 195.

¹⁴⁶ Köksal, "Adliye Örgütünün Problemleri", 267ff.

KAYNAKÇA

- Abdülhalik Mithat. “Jüri ve Heyet-i İthamiye”. *İstişare Dergisi*, no. 2, 12 Eylül 1324.
- Abdülhalik Mithat. *Usul-i Cezaiye*. İkdâm Matbaası, 1326.
- Adliye Ceridesi*, sene 13, no. 145, Ağustos 1934.
- Ahmet Ziya. “Muhasebe-i Kanuniye-III: Bizde Heyet-i İthamiye”. *İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası* 2, no. 8 30 Teşrinievvel 1325).
- Argunhan, Betül. “Cumhuriyet’in İlk Yıllarında Adalet Dergisi: 1923 Yılı Ceride-i Adliyye’sinden Yansımalar”. *Adalet Dergisi*, no. 71, Kasım 2023.
- Aydın, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*. Beta Yayınları, 2023.
- Bozkurt, Gülnihal. Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi-Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939). Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1996.
- Ceride-i Mehakim, no. 319 (1303), 3037-3038.
- Cevdet Ferit. *Nazari-Ameli Tatbikat-ı Cezaiye*. Cilt 3. Cihan Matbaası, 1341-1343.
- Demirel, Fatmagül: *Adliye Nezareti Kuruluşu ve Faaliyetleri (1876-1914)*. Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, Aralık 2008.
- Düstur*. Tertip 1. Cilt 1. Matbaa-i Amire, 1289.
- Düstur*. Tertip 1. Zeyl 1. Dârü’t-tibâi’l-âmire, 1298.
- Düstur*. Tertip 1. Cilt 4. Mahmut Bey Matbaası, 1299.
- Düstur*. Tertip 1. Cilt 5. Başvekalet Matbaası, 1937.
- Düstur*. Tertip 1. Cilt 6. Devlet Matbaası, 1939.
- Düstur*. Tertip 1. Cilt 7. Başvekalet Devlet Matbaası, 1941.
- Ekinci, Ekrem Buğra. Ateş İstidası: İslam-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü. Filiz Kitabevi, 2001.
- Gökçen, Ahmet. *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1987.
- Gökçen, Ahmet. “1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1-2, Haziran 1994.
- Gökçen, Ahmet. “Adliye Teşkilatımızın Tarihi Gelişimi ve 1879 Tarihli Mehakim-i Nizamiyenin Teşkilatı Kanun-ı Muvakkatı”. *Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan*, 1999.
- Hüseyin Remzi. *Lügat-i Remzi*. Cilt 2. Hüseyin Remzi Matbaası, 1305.
- Karakoç, Sarkis. *Külliyat-ı Kavanin Fihrist-i Tarihi*. Cilt 1. Der. Mehmet Akif Aydın, Fethi Gedikli, Mehmet Akman, Ekrem Buğra Ekinci, Mustafa Macit Kenanoğlu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2006.
- Karataş, Abdullah Vefa. *Tanzimat Dönemi Osmanlı Yargılama Hukukunda İstinaf*. Adalet Yayınevi, 2024.
- Köksal, Osman. “Adliye Örgütünün Problemleri ve Yapılması Gerekli Düzenlemelere Dair II. Abdülhamit’e Sunulan Bir Layiha”. *OTAM Ankara Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, no. 9, 1998.
- Mahmut Nedim. *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Şerhi*. 1324.
- Memduh. *Tatbikat-ı Cezaiye*. Cilt 1. Kanaat Matbaası, 1330.
- Salname-i Devlet-i Aliye-i Osmaniye*, Hicri 1319 [Miladi 1901/1902], Defa 57.
- Sami. *Mesail-i Cezaiye: Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Şerhi*. Dersaadet, 1323.
- Saylan, Kemal. “II. Abdülhamid Döneminde Mahkemelerin İslahına Dair Hazırlanan Layihalar ve İsimsiz Bir Layiha Örneği”. *Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi*, no. 31, 2016.
- Şensoy, Naci. “İstinaf”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 12, no. 4, 1946.
- TBMM Gizli Celse Zabıtları*. Devre: 1, cilt: 2, içtima: 2. 21 Mart 1337 (1921).
- TBMM Kavanin Mecmuası*. Cilt 1. Ankara, 1925-1341.

TBMM Kavanin Mecmuası. Cilt 2. Ankara, 1924-1340.

Yorgaki Efendi. *Usul-i Cezaiye: Ameli ve Nazari Kitab-ı Deavi*. Dersaadet, 1324.

Yorgaki Efendi. *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Şerhi*. Hürriyet Matbaası, Dersaadet, 1326.

Yorgaki Efendi. *Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu Şerhi*. Matbaa-i Hukukiye, 1329.

Yusuf Ziya. *Darülfünun-ı Osmanî Hukuk Fakültesinde Takrir Olunan Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Dersleri*. Matbaa-i Amire, İstanbul, 1333.

Ek- 1: Ceride-i Mehakim, no. 319 (1303), 3037-3038.

Bin üç yüz senesi Ağustos'unun on beşinci çarşamba günü dostu Arni nam hatunu cerh ve katletmesinden dolayı maznun aleyh olup heyet-i ithamiyeden gıyaben cinayetle itham olunan firari orta boylu, tıknazca, esmer çehreli, kumral bıyıklı, ön dişi yok, çiçek bozuğu, zaptiyeden muhreç, ayağında siyah aba pantolonu ve arkasında tulumbacı camadanı, üzerinde siyah palto iktisa eder, tahminen yirmi beş yaşında Malatyalı Halil nam şahıs elan ele geçirilemediğinden *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkati*'nin üç yüz yetmiş birinci maddesi hükmüne tevfikan kanuna itaatle mahkemeye gelmek üzere işbu tarihin bila itibar canib-i riyasetinden firari-i merkuma on gün mehil verilmiş olmakla müddet-i mezkure zarfında mahkemeye gelmediği halde kanuna itaat etmemiş nazarıyla bakılarak muhakeme-i gıyabiyesi bi'l-icra hukuk-ı medeniden ıskat olunacağı misilli emvali dahi haczedileceği ve bu esnada bir guna ika-ı davaya hakkı olamayacağı ve merkumun bulunduğu mahalli bilenler haber vermeye bilcümle zabıta-ı adliye memurlarının dahi merkumu ahz ü girift emri ita kılınmış olduğu beyanıyla ilan keyfiyet olunur.

Fi 8 Teşrinievvel sene 301.

Ek-2: Memduh, *Tatbikat-ı Cezaiye, cilt 1 (Kanaat Matbaası, 1330), 125ff.*

Selahiyete Dair Olan Müstantik Kararnamesine Bidayet Müddei-i Umumisinin İtiraznamesi Numunesi

... Heyet-i İthamiyesine

... cürümden dolayı maznun aleyh olan (B) hakkında müddei-i şahsi (D) tarafından dava-yı şahsiye ikamesi suretiyle vuku bulan müracaat üzerine tahkikat-ı istintakiye icrasına iptidar kılınmış ise de müstantikin adem-i selahiyeti görülerek ol vecihle kararının itası talep olunduğu halde taleb-i vakinin reddiyle icra-yı tahkikat selahiyeti dahilinde olduğuna ... Bidayet Mahkemesi müstantiki tarafından ita kılınan fi sene tarihli kararname aleyhine ber-vech-i zir itiraz olunur: Müstantik-i mumaileyh müddei-i şahsinin ifadesine atfen cürmün vuku bulduğu beyan olunan mahal daire-i memuriyeti dahilinde olduğundan bahisle karar-ı mezkuru ita eylemiş ise de merbuten irsal kılınan evrak meyanındaki isticvapname mündericatından anlaşılacağı üzere cürmün mahall-i vukuu ... yer olmayıp anın kurbunda ve ... Bidayet Mahkemesi müstantikinin daire-i memuriyeti dahilindeki ... mahal olduğuna ve bununla beraber ... Bidayet Mahkemesi müstantikinin maznun aleyhin ikametgahıyla kendisinin derdest olduğu mahaller müstantiklerinden dahi olmadığına mebni zikrolunan selahiyet kararının feshi ve *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu*'nun 64. maddesine tevfikan tahkikat-ı lazıme icra kılınmak üzere işin ait olduğu mezkur ... Bidayet Mahkemesi müstantikliğine irsaline karar itası talep ve iddia kılınır. Fi ... sene ... mahal ... imza ve mühür

Tahkikatın vazifesi dahilinde veya haricinde olduğuna dair müstantik tarafından verilen kararnameleri müddei-i umumi kabul etmediği halde yazacağı itiraznameleri esbab-ı feshiyenin derciyle bu numunelere göre tanzim eder.

Ek-3: BOA, Y..PRK.AZN, 13/45 (H. 1 Rebiyülevvel 1313 / M. 22 Ağustos 1895).**Adliye ve Mezahip Dairesi Dersaadet İstinaf Mahkemesi Heyet-i İthamiyesi**

Mülahazat	Mahall-i Vürudu	Nev-i Cürüm	Nev-i Dava	Maznun Aleyh	Müddei-i Şahsi	Mahkeme Numarası
Maznun aleyhimanın cinayetle ithamlarına karar verilmiştir.	Geyve	Cinayet	Katil	Mehmet Tahsin ve	Müddei-i umumi	342
İcra-yı tahkikata müstantiğin selahiyeti olmadığına karar verilmiştir.	Beyoğlu	Cünha	Emniyeti suistimal	Eftalya	Artin Efendi	338
Maznun aleyhimanın cinayetle ithamlarına karar verilmiştir.	Geyve	Cinayet	Cebren şeni	fiil-i Halil Mustafa ve	Fatma	340
Müstantik kararının feshiyle ikmal-i tahkikata karar verilmiştir.	Üsküdar	Cinayet	Sirkat	Hüseyin Haydar	Mehmet Seyyid Bey	341
Maznun aleyh Artin'in 30 liralık kefaletle tahliye-i sebiline karar verilmiştir.	Dersaadet	Cünha	Fiil-i şeni	Artin	Ağa Vetî [?]	339
Mürur-ı müddet hasebiyle iddia-yı vakinin reddine karar verilmiştir.	Ayvacık	Cinayet	Cerh	İbrahim Mehmet Şakir ve ve	İsmail	343
Maznun aleyhimden Hasan ile diğerlerinin cünha derecesinde lüzum-ı muhakemelerine karar verilmiştir.	Çatalca	Cünha	Kız kaçırarak ve cerh	Hasan Yakup Ahmet Kâşif Mustafa ve ve ve	Hüsnü	50

1311 senesi Ağustos'unun 10. Perşembe günü Dersaadet İstinaf Mahkemesi Heyet-i İthamiye Dairesinde tetkik olunan mevat ve muamelatı havi olan işbu hülâsa arz ve takdim kılındı.

Fi 1 Rebiyülevvel sene 313 ve Fi 10 Ağustos sene 311.

Reis vekili Tahir



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2025

Cilt / Volume: 7

Sayı / No: 2

Eserin Türü / Manuscript

Type: Araştırma Makalesi /
Research Article

DOI:

10.47136/asbuhfd.1793366



MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE ÖN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ VE SONUÇLARI

The Breach of The Pre-Contractual Information Duty in Distance Contracts and Its Consequences

Murat Uçak

Öz

Mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirme yükümlülüğü, tüketicinin sözleşmenin karşı tarafını oluşturan satıcı/sağlayıcı ile sözleşme konusu mal veya hizmet hakkında yeterli bilgiye sahip olmaması nedeniyle ortaya çıkabilecek riskleri en aza indirmek amacıyla yasal düzenlemelerde öngörülmüştür. Ancak bu yükümlülüğünün ihlali halinde doğacak hukuki sonuçlar bakımından tüketici mevzuatında genel bir kural bulunmamaktadır. Bununla birlikte, tüketici mevzuatında bazı özel düzenlemelerde belirli tür ön bilgilerin tüketicilere sunulmaması halinde ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlara yer verilmektedir. Ne var ki bu düzenlemelerin de açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu çerçevede çalışmamızda, ön bilgilendirme yükümlülüğü bir yan yükümlülük olarak nitelendirildiğinden, bu yükümlülüğün ihlalinin kural olarak mesafeli sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyeceği; bunun yerine bir zarar ortaya çıkmışsa, bu zararın tazmini borcu doğacağı sonucuna varılmaktadır. Ancak ön bilgilendirme yükümlülüğünün ihlaline ilişkin tüketici mevzuatında özel düzenlemelerin bulunduğu durumlarda, öncelikle bu hükümlerin uygulanması gerekmektedir.

Abstract

The duty of pre-contractual information has been stipulated in legal regulations with the aim of minimizing the risks that may arise in distance contracts due to the consumer's lack of sufficient knowledge about the trader constituting the counterparty to the contract, as well as the goods or services that are the subject of the contract. However, with regard to the legal consequences of a breach of this duty, there is no general rule under consumer legislation. Nevertheless, certain specific regulations do address the legal consequences that may arise if particular types of pre-contractual information are not provided to consumers. Yet, these regulations also require clarification. Within this framework, since the duty of pre-contractual information is characterized as an ancillary obligation in our study, its breach, as a rule, will not affect the validity of the distance contract; instead, if any damage has occurred, it is concluded that a duty to compensate for such damage will arise. However, in cases where there are specific provisions in consumer legislation concerning the breach of the duty of pre-contractual information, those provisions must take precedence.

Makale Gönderim Tarihi / Received: 30.09.2025

Makale Kabul Tarihi / Accepted: 07.12.2025

Hakem Değerlendirmesi / Peer Review: Çift kör hakem.
Double peer-reviewed.

Anahtar Kelimeler / Keywords:

Mesafeli sözleşmeler, ön bilgilendirme yükümlülüğü, aracı hizmet sağlayıcı, uzaktan iletişim aracı, cayma hakkı / Distance contracts, pre-contractual information, intermediary service provider, distance communication, right of withdrawal.

Atıf / Citation: Uçak, Murat. "Mesafeli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğünün İhlali ve Sonuçları" *ASBU Hukuk Fakültesi Dergisi* 7 no. 2 (2025) 243-275

Yazar Bilgileri / Authors Information:

*Araştırma Görevlisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, murat.ucak@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8659-568X

Teşekkür / Acknowledgments: Bulunmamaktadır

Finansal Destek / Financial Support: Finansal destek alınmamıştır.

Çıkar Çatışması / Conflict of Interest: Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval: Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence: Yapay zeka araçlarından yararlanılmamıştır.

Extended Summary

As a result of the rapid development of information and communication technologies, particularly the Internet, many contracts today are concluded through means of remote communication without requiring the parties to meet in person. In this way, consumers can easily access a much wider range of products without limitations of time and place, and they can place orders for goods or services. On the other hand, traders can offer their goods or services to a much broader market and enter into contracts relating to them. However, this situation may lead to certain adverse consequences, especially for consumers, who constitute the weaker party to the contract. In order to reduce or eliminate the impact of such adverse consequences, consumer legislation has granted various rights in favor of consumers. Foremost among these is the requirement that consumers be informed and provided with disclosures, within the scope and in the manner specified by the legislation before the conclusion of distance contracts.

Within this framework, pursuant to Article 48/II of the Law on Consumer Protection (CPL) trader is obliged, prior to the conclusion of a distance contract, to clearly and understandably inform the consumer of the matters set out in the regulation and, if the order is confirmed, that the consumer will incur a payment duty. In the doctrine, this duty is referred to as the “pre-contractual information duty.” The scope, method, and proof of this duty are detailed in the Regulation on Distance Contracts (RDC). The provisions of this Regulation are largely parallel to Directive 2011/83/EU on Consumer Rights, which serves as the source law.

Although the pre-contractual information duty has been regulated in detail in both national and EU law, the legal sanctions to be applied in the event of a breach of this duty have not been explicitly set out. For this reason, this study discusses the legal consequences of a breach of the pre-contractual information duty. In this context, the liability of the parties responsible for this duty is examined in cases where pre-contractual information is not provided at all, is provided incompletely or incorrectly, or is not provided in due time. In our view, the pre-contractual information duty constitutes an ancillary obligation for the trader and the intermediary service provider. Therefore, as a rule, a breach of the pre-contractual information duty does not affect the validity of the distance contract; however, if damage arises, liability for compensation comes into play. Consequently, cases such as complete omission of pre-contractual information, incomplete provision of the information required by legislation, or provision of information in an unlawful manner will all be considered as breaches of the pre-contractual information duty and, as a rule, will give rise to the same legal consequences.

Nevertheless, there are certain special provisions in our consumer legislation concerning breaches of the pre-contractual information duty. In such cases, the relevant special provision must be applied first. For example, pursuant to Article 5/III of the RDC, in the event of a breach of the duty to provide information on additional costs, the trader, together with the intermediary service provider, will be required to bear such costs. Similarly, under Article 12/V of the Regulation, if the duty to inform the consumer of the carrier designated by the trader for returns, as well as the amount of the return cost (not exceeding the delivery cost when the good is returned with that carrier) and which party will bear it, is not fulfilled in accordance with the pre-contractual information duty, the trader will also have to bear the costs relating to the return. Furthermore, where the pre-contractual information duty relating to the right of withdrawal is not fulfilled, the withdrawal period will be extended. In this study, these special provisions are examined in detail and the consequences of each breach of duty are explained.

In addition to the requirement to provide pre-contractual information, the confirmation of such information is also specifically regulated in the Regulation. According to Article 7 of the RDC, the trader and the intermediary service provider are obliged to have the consumer confirm that the pre-contractual information has been duly provided. The legal consequences of failure to obtain such confirmation are also examined in the study, including differing views in the doctrine. In our opinion, in such cases, an interpretation in favor of the consumer should be made, and the sanction of “non-bindingness on one side” should be applied.

Finally, in distance contracts concluded through platforms operated by intermediary service providers, the issue of liability is examined in cases where there is a discrepancy between the pre-contractual information provided to consumers and the advertising or promotions on the platform, and

damage arises as a result. Pursuant to Article 12/A of the RDC, in such a situation, the intermediary service provider is solely responsible for ensuring the consistency of such information and for proving it. Indeed, since the intermediary service provider carries out advertising and promotions on its own platform and, in most cases, has control over the pre-contractual information provided to consumers, holding it solely responsible for consistency between such information is a natural outcome from the perspective of the principles of liability law. This is because the intermediary service provider, who misleads third parties through its own faulty conduct, must bear the consequences of such conduct.

It should also be noted that consumer legislation provides for administrative fines in the event of a breach of the pre-contractual information duty. According to Article 77/I-(a) of the CPL, an administrative fine in the amount specified in the law will be imposed for each transaction or contract on those who act in violation of the pre-contractual information duty.

GİRİŞ

Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda günümüzde birçok tüketici işlemi, mesafeli sözleşme şeklinde akdedilmektedir. Zira uzaktan iletişim araçlarının sağladığı imkanlar sayesinde, tüketiciler mal veya hizmetlere kolaylıkla ulaşabilmekte ve bunların temini için sözleşme ilişkisine girebilmektedirler. Bununla birlikte, bu durum tüketiciler açısından birtakım riskleri de beraberinde getirmektedir.¹ Nitekim sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan tüketici, çoğu zaman sözleşme konusu mal veya hizmet hakkında yeterince bilgi sahibi olmadan veya uzaktan iletişim araçlarıyla işlem yapmanın kolaylığının etkisiyle aynı nitelikteki mal veya hizmete ilişkin sözleşme koşullarını karşılaştırmaksızın, düşüncesizce sözleşme ilişkisine girebilmektedir.² Bu sebeple gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde kanun koyucular, tüketici hukukunda tüketici lehine çeşitli koruyucu düzenlemelere yer vermektedir. Bu koruyucu düzenlemelerin başında, tüketicilerin sözleşmenin kurulmasından önce bilgilendirilmesi ve sözleşme kurulduktan sonra tüketicilere cayma hakkı tanınmasına ilişkin düzenlemeler gelmektedir. Bu iki temel hak ile tüketicilerin yeterince bilgi sahibi olmadan veya düşünmeden, uzaktan iletişim araçlarıyla satıcı/sağlayıcı ile akdettikleri sözleşmelerden dolayı zarara uğramalarının önlenmesi hedeflenmiştir.³ Nitekim sözleşmenin kurulmasından önce tüketicilerin sözleşme şartlarına ilişkin açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmesi, ileride bağlanmak istemedikleri bir sözleşme ilişkisine girmelerinin önüne geçecektir. Cayma hakkı ile ise, sözleşme konusu malı fiziken inceleme imkânı bulunmayan tüketiciye son bir fırsat verilmekte ve bu sayede, sözleşme kurulmuş ve hükümlerini doğurmuş olsa dahi belirli bir süre içerisinde sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmeye imkânı tanınmaktadır.⁴

Çalışmamızda, söz konusu bu iki temel koruma aracından özellikle tüketicinin sözleşme öncesi bilgilendirilmesine odaklanılmıştır. İnternet ortamında akdedilen sözleşmelerin sayısındaki artış, bu konuyu daha da önemli hale getirmektedir. Zira günümüzde tüketiciler, konfor alanlarını terk etmeksizin, herhangi bir zaman ve yer sınırlamasına bağlı olmadan internet aracılığıyla mal veya hizmet teminine ilişkin sözleşmeler akdedebilmektedir. Bu durum, satıcı/sağlayıcıların tüketicilere sürekli erişim imkânı elde etmelerini ve reklam ve pazarlama stratejileriyle tüketicileri yönlendirmelerini kolaylaştırmaktadır. Tüketiciler çoğu zaman düşüncesizce, yalnızca bir tıkla kolaylıkla sözleşme

¹ Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, (Adalet Yayınevi, 2021), 868; İ. Yılmaz Aslan, *6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketici Hukuku*, (Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2014), 480; Derya Bütün Yılmaz, "Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69, no. 2 (2020): 326.

² Murat Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri* (Adalet Yayınevi, 2015), 287-288; Cihan Avcı Braun, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, no. 2 (2016): 19.

³ Seda İrem Çakırca, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Mesafeli Sözleşmeler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 34, no. 2 (2018):115; Aslan, *Tüketici Hukuku*, 481.

⁴ Bütün Yılmaz, "Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı," 327; Nafiye Yücedağ Göztepe, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7, no. 27 (2016): 669; Hayrunnisa Altın Şahin, "İnternet Yoluyla Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkının İstisnaları", *Bilişim Hukuku Dergisi* 5, no. 2 (2023):242.

ilişkinine girebilmekte; bu durum da onların istemedikleri bir sözleşmeyle bağlanmaları sonucunu doğurabilmektedir. Bu nedenle tüketicilerin, sözleşme ilişkisine girmeden önce sözleşme şartlarına ilişkin birçok açıdan bilgilendirilmeleri ve böylece taraflar arasında mevcut bilgi asimetrisinin giderilmesi gerekmektedir.⁵ Zira bu sayede tüketiciler, sözleşmenin olumlu ve olumsuz yönlerini değerlendirme imkanına kavuşacaklardır.⁶ Bu çerçevede kanun koyucu, tüketicilerin sözleşmenin içeriği, sahip oldukları haklar ve yapılan işlemin sonuçları hakkında ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesini hedeflemektedir. Böylece ortaya çıkabilecek irade sakatlığı hallerine karşı tüketicinin korunması amaçlanmaktadır.

Bu çerçevede çalışmada, tüketiciye yapılacak ön bilgilendirmenin kapsamı, zamanı ve yöntemi gibi hususlar açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca, ön bilgilendirme yükümlülüğünden kimlerin ne şekilde sorumlu tutulabileceği incelenmiştir. Son olarak, mevzuatımızda düzenlenen ön bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlara yer verilmiştir.

I. MESAFELİ SÖZLEŞME KAVRAMI VE ÖN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YASAL DAYANAĞI

Kanun koyucunun tüketici mevzuatını düzenlemesindeki en önemli amaçlardan biri tüketicinin yapacağı işlemlerde aydınlatılmasına ve bilgilendirilmesine ilişkin önlemleri almaktır. Bu husus TKHK m. 1 hükmünde “*Bu Kanunun amacı; ...tüketiciyi aydınlatıcı ve bilgilendirici önlemleri almak...*” şeklinde ifade edilmektedir.⁷ Bu amacın gerçekleştirilmesine hizmet etmek için, kanunun çeşitli kısımlarında tüketicinin bilgilendirilmesine yönelik düzenlemeler bulunmaktadır.⁸ Bu düzenlemelerden birisi de mesafeli sözleşmeler için satıcı/sağlayıcı ile aracı hizmet sağlayıcıya (AHS) getirilen ön bilgilendirme yükümlülüğüdür.⁹ Konumuz özelinde satıcı/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü mesafeli sözleşmeler açısından inceleneceğinden, hangi tür sözleşmelerin mesafeli sözleşme sayılacağına kısaca açıklanması faydalı olacaktır. Ayrıca mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirme yükümlülüğünün yasal dayanağı da ulusal ve uluslararası düzenlemeler dikkate alınarak belirlenmelidir.

A. Mesafeli Sözleşme

Mesafeli sözleşme, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹⁰ (TKHK) m. 48/I hükmünde¹¹, “satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar

⁵ Yeşim Atamer, “TKHK m. 9/A ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in AB Mevzuatı Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 23, no. 1 (2005):178; Avcı Braun, “Mesafeli Sözleşmeler,” 19-20.

⁶ Ebru Ceylan, “Türk Hukukunda Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Ön Bilgilendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, no. 189 (2022):21.

⁷ Ayşegül Tekçe, “Mesafeli Satış Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerde Tüketicilerin Korunması”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (2021): 250; Mustafa Topaloğlu, “Mesafeli Sözleşmeler”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 3 (2016): 25.

⁸ Mesafeli sözleşmelerin yanı sıra mesafeli sözleşmelerin özel bir türünü oluşturan finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından da ön bilgilendirme yükümlülüğü TKHK m. 49 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Ebru Ceylan, “Türk Hukukunda Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Ön Bilgilendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, no. 189 (2022):14-29. Ayrıca TKHK’da tüketici kredileri ve konut kredileri için de tüketicileri korumak için sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüklerine yer verilmektedir.

⁹ Mehmet Doğan, “7392 Sayılı Kanun’un Ön Ödemeli Konut Satışı ve Mesafeli Sözleşmeler Bakımından Getirdiği Değişiklikler”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2022): 425.

¹⁰ RG. 28.11.2013, S. 28835.

¹¹ Mesafeli sözleşmeye ilişkin düzenlemeler 8.9.1995 tarihli 4077 sayılı eski TKHK’nın ilk düzenlemesinde bulunmamaktaydı. 6.3.2003 tarihinde “*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemeler, TKHK m. 9/A hükmüne eklenerek ilk defa yasal zemine oturtulmuştur. 6502 sayılı TKHK’nın yürürlüğe girmesiyle mesafeli sözleşmeler TKHK m. 48 hükmünde ayrı bir başlıkta ele alınmıştır. Bu hususlarda detaylı bilgi için bkz.; Çabri, *Kanun Şerhi*, 868; Bütün Yılmaz, “Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı,” 327-328; Çakırca, “Mesafeli Sözleşmeler,” 104-105.

arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu anda dahil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmeler...” olarak tanımlanmıştır.¹² Bu tanım doğrultusunda belirtmek gerekir ki, mesafeli sözleşme kavramı Türk Borçlar Kanunu’nda¹³ (TBK) düzenlenen satış, kira ve eser gibi bir sözleşme tipi olmayıp yalnızca bir sözleşme kurma biçimini ifade etmek için kullanılmaktadır.¹⁴ Dolayısıyla isimli veya isimsiz her tür sözleşme, özel şekil şartı bulunmuyorsa mesafeli sözleşme niteliğinde kurulabilir.¹⁵

Mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için, söz konusu sözleşme tüketici sözleşmesi niteliğinde olmalıdır. Bir başka deyişle, sözleşmenin bir tarafını satıcı/sağlayıcı diğer tarafını ise tüketici oluşturmaktadır.¹⁶ Bu nedenle uzaktan iletişim araçlarıyla akdedilen adi iş ya da ticari işlem niteliğindeki sözleşmeler mesafeli sözleşme olarak nitelendirilemez.¹⁷

Mesafeli sözleşme, tanımdan da anlaşılacağı üzere, uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle akdedilen sözleşmelerdir.¹⁸ Uzaktan iletişim araçlarının temel özelliği, sözleşme taraflarının fiziki olarak karşı karşıya gelmeden sözleşme akdedebilmelerine imkân tanınmasıdır.¹⁹ Bu özelliğe sahip her türlü iletişim aracı, elektronik olsun olmasın, uzaktan iletişim aracı olarak kabul edilmelidir. Bu doğrultuda telefon, teleks, radyo, internet gibi elektronik iletişim araçlarının yanı sıra mektup ve katalog gibi iletişim araçları da uzaktan iletişim aracı olarak kabul edilmektedir.²⁰ Ancak günümüzde bu sözleşmelerin çoğunlukla internet aracılığıyla yapıldığı görülmektedir.

Mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için sözleşme tarafları gerek sözleşmenin müzakereleri aşamasında gerekse kurulması esnasında, fiziki olarak karşı karşıya gelmeden, uzaktan iletişim araçlarını kullanarak sözleşmeyi akdetmelidirler.²¹ Bu husus, TKHK m. 48/I hükmünde “sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu anda dahil olmak üzere” ifadesiyle açıklanmıştır. Bizim de kabul ettiğimiz öğretideki hâkim görüş uyarınca, tüketici, satıcı/sağlayıcının işyerini mal veya hizmetler hakkında bilgi toplamak amacıyla ziyaret ettikten sonra sözleşme müzakerelerini ve sözleşmenin

¹² Mesafeli sözleşmelere ilişkin öğretide yapılan tanımlar için bkz.; Çabri, *Kanun Şerhi*, 869; Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 286; Tekçe, “Tüketicilerin Korunması,” 227-228; Bahadır Demir, “Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu,” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 2 (2024): 1788; Bütün Yılmaz, “Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı,” 328; Erman Ekingen ve Mine Özer Deniz, “7392 ve 7416 sayılı Kanunlarla Yapılan Değişikliklerin Aracı Hizmet Sağlayıcı Olarak Çevrimiçi Çok Taraflı Platformların Sorumluluklarına ve Tüketicilerine Etkileri,” *Adalet Dergisi*, no. 69 (2022): 433-434; Çakırca, “Mesafeli Sözleşmeler,” 105; Doğan, “Getirdiği Değişiklikler,” 421; Altın Şahin, “Cayma Hakkının İstisnaları” 229.

¹³ RG. 04.02.2011, S. 27836.

¹⁴ Avcı Braun, “Mesafeli Sözleşmeler,” 22; Altın Şahin, “Cayma Hakkının İstisnaları,” 230; Bütün Yılmaz, “Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı,” 329; Dilşad Kuşoğlu ve Nilhan Kalkan, “Mesafeli Sözleşmeler,” *İstanbul Barosu Dergisi* 90, no. 4 (2016):269; Çakırca, “Mesafeli Sözleşmeler,” 107.

¹⁵ Ekingen ve Özer Deniz, “Tüketicilerine Etkileri,” 436.

¹⁶ Tekçe, “Tüketicilerin Korunması,” 234; Demir, “Hukuki Sorumluluğu,” 1790; Avcı Braun, “Mesafeli Sözleşmeler,” 22.

¹⁷ Kuşoğlu ve Kalkan, “Mesafeli Sözleşmeler,” 272.

¹⁸ Aslan, *Tüketici Hukuku*, 482; Çabri, *Kanun Şerhi*, 870; Çakırca, “Mesafeli Sözleşmeler,” 105, Ekingen ve Özer Deniz, “Tüketicilerine Etkileri,” 435.

¹⁹ Ayşe Arat, “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda 7392 sayılı Kanunla Yapılan Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Değişiklikler ve Bunun Aracı Hizmet Sağlayıcının Sorumluluğuna Etkisi,” *Terazi Hukuk Dergisi* 18, no. 208 (2023):12; Demir, “Hukuki Sorumluluğu,” 1789; Topaloğlu, “Mesafeli Sözleşmeler,” 17; Doğan, “Getirdiği Değişiklikler,” 421.

²⁰ Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 4/I hükmünde uzaktan iletişim araçları, “mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkân veren her türlü araç veya ortam” şeklinde tanımlanmaktadır.

²¹ Topaloğlu, “Mesafeli Sözleşmeler,” 14; Aslan, *Tüketici Hukuku*, 482.

kurulması aşamasını uzaktan iletişim aracıyla gerçekleştirmişse, bu sözleşme yine de mesafeli sözleşme niteliğinde kabul edilmelidir.²²

Bir sözleşmenin mesafeli sözleşme niteliğinde sayılabilmesi için bir diğer şart, mal veya hizmetlerin pazarlanmasına yönelik oluşturulmuş bir sistem aracılığıyla akdedilmesidir.²³ Bu nedenle her uzaktan iletişim aracıyla akdedilen sözleşme mesafeli sözleşme niteliğinde değildir. Satıcı/sağlayıcı gerek kendisi tarafından gerekse bir üçüncü kişi tarafından mal veya hizmetlerinin pazarlanmasına yönelik oluşturulmuş düzenli ve devamlı bir organizasyon çerçevesinde sözleşmeyi akdetmelidir.²⁴ Dolayısıyla tek seferlik, arızı olarak uzaktan iletişim aracıyla akdedilen bir sözleşme mesafeli sözleşme olarak nitelendirilemeyeceğinden mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemeler bu sözleşmelere uygulanamaz.²⁵

Son olarak mesafeli sözleşme bir tüketici işlemi niteliğinde olduğundan, söz konusu sözleşmenin konusunu TKHK kapsamında yer alan mal sağlama veya hizmetin temini oluşturmaktadır.²⁶ TKHK m. 3'te yer alan mal veya hizmet tanımına girmeyen edim borçları yükleyen sözleşmeler mesafeli sözleşme değildir.²⁷ Ayrıca tüketici mevzuatı mesafeli sözleşmelere ilişkin birtakım istisnalar düzenlemiştir. Bu çerçevede tüm bu şartları sağlamış olmasına rağmen 27.11.2014 tarihli ve 29188 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği²⁸ (MSY) m. 2/II düzenlenen istisnaların bulunması halinde de söz konusu sözleşme mesafeli sözleşme olarak nitelendirilemez.²⁹

B. Mesafeli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğünün Yasal Dayanağı

Satıcı/sağlayıcı ile aracı hizmet sağlayıcının mesafeli sözleşmelerin kurulmasından önce tüketiciyi bilgilendirmesine yönelik yasal düzenlemeler, çeşitli ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer almaktadır. Türk hukukunda ön bilgilendirme yükümlülüğü TKHK m. 48/II hükmünde, *“tüketici, mesafeli sözleşmeyi ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce ayrıntıları yönetmelikte belirlenen hususlarda ve siparişin onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda açık ve anlaşılır şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilir. Tüketicinin bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükü satıcı ve sağlayıcıya aittir.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Ancak hükümde de belirtildiği üzere ön bilgilendirmeye ilişkin ayrıntılı düzenlemeler Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde bulunmaktadır.³⁰ Yönetmelikte ön bilgilendirme çerçevesinde tüketicilere

²² Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 287; Özge Uzun Kazmacı, “İnternet Üzerinden Kurulan Sözleşmelerde Mesafeli Sözleşmelerin Kurulması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 2795; Tekçe, “Tüketicilerin Korunması,” 241; Demir, “Hukuki Sorumluluğu,” 1791; Avcı Braun, “Mesafeli Sözleşmeler,” 30; Bütün Yılmaz, “Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı,” 331; Yücedağ Göztepe, “Tüketicinin Cayma Hakkı,” 669. Aksi yönde bkz. Emrehan İnal, *E-ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, (Vedat Kitapçılık, İstanbul), 77. Aynı yönde bkz. Tüketici Hakları Direktifi, Gerekçe, p. 20.

²³ Tekçe, “Tüketicilerin Korunması,” 237; Arat, “Sorumluluğuna Etkisi,” 12; Avcı Braun, “Mesafeli Sözleşmeler,” 28; Ekingen ve Özer Deniz, “Tüketicilerine Etkileri,” 436

²⁴ Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 287; Aslan, *Tüketici Hukuku*, 482; Çabri, *Kanun Şerhi*, 872; Kuşuoğlu ve Kalkan, “Mesafeli Sözleşmeler,” 274; Yücedağ Göztepe, “Tüketicinin Cayma Hakkı,” 669.

²⁵ Arat, “Sorumluluğuna Etkisi,” 13; Ekingen ve Özer Deniz, “Tüketicilerine Etkileri,” 436; Bütün Yılmaz, “Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı,” 332.

²⁶ Kuşuoğlu ve Kalkan, “Mesafeli Sözleşmeler,” 272.

²⁷ Bütün Yılmaz, “Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı,” 334; Ekingen ve Özer Deniz, “Tüketicilerine Etkileri,” 435.

²⁸ RG. 27.11.2014, S. 29188.

²⁹ Topaloğlu, “Mesafeli Sözleşmeler,” 15; Avcı Braun, “Mesafeli Sözleşmeler,” 32; Demir, “Hukuki Sorumluluğu,” 1792; Kuşuoğlu ve Kalkan, “Mesafeli Sözleşmeler,” 270; Çakırca, “Mesafeli Sözleşmeler,” 106.

³⁰ Mesafeli sözleşmelere ilişkin detaylı düzenlemeler içeren yönetmelikler çeşitli dönemlerde yürürlükten kaldırılarak yenisi getirilmiştir. Bu çerçevede ilk olarak 13.06.2003 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Ardından 06.03.2011 tarihli Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik çıkartılmıştır. Son olarak ve günümüzde de yürürlükte olan 27.11.2014 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği bulunmaktadır. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde ise 23.8.2022 tarihli Resmî

yönelik sunulacak bilgilerin kapsamı, ön bilgilendirme yöntemi, teyidi, ispatı gibi meseleler detaylı bir şekilde ele alınmaktadır.³¹

Ön bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin tüketici mevzuatında yer alan düzenlemelerin mehzasını ise 25.10.2011 tarihli 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi³² oluşturmaktadır. Söz konusu Direktifte mesafeli sözleşmelerin tanımı, ön bilgilendirme yükümlülüğünün içeriği, şekli ve ispatına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.³³ Tüketici mevzuatımızda yer alan hükümler büyük ölçüde bu Direktif dikkate alınarak düzenlendiğinden, bu hükümlerin yorumunda söz konusu Direktif ve uygulaması dikkate alınmalıdır.³⁴

Nisan 2022 tarihinde 7392 sayılı *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*³⁵ ile tüketici mevzuatında önemli değişiklikler yapılmıştır.³⁶ Bu değişikliklerden birisi de ön bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde yeni bir aktör olan aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğunun netleştirilmesi olmuştur. Bu düzenlemelerle tüketici lehine ön bilgilendirme yükümlülüğünden sorumlu olacak aktörlerin kapsamı genişletilmiş ve çoğu durumda satıcı/sağlayıcı ile AHS tüketiciye karşı müteselsil sorumlu tutulmuştur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki internet ortamında akdedilen sözleşmelerin bir kısmı mesafeli sözleşme niteliğinde olacağından, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun³⁷ (ETK) m. 3'te yer alan hizmet sağlayıcının bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler de konumuz açısından önemlidir. Bu çerçevede ETK'da elektronik ticaret ortamında yapılan işlemlerde şeffaflığın ve güvenilirliğin sağlanması amacıyla düzenlenen bazı hususlarda alıcıların bilgilendirilmesi yükümlülüğü söz konusudur.³⁸ Bu durumda, mesafeli sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklarda, tüketici mevzuatında yer alan ön bilgilendirmeye ilişkin düzenlemelerin mi, yoksa elektronik ortamda akdedilen her türlü sözleşme açısından geçerli olan ETK'da düzenlenen bilgi verme yükümlülüğünün mü uygulanacağı tartışması doğabilir.³⁹

Söz konusu hükümler incelendiğinde, ön bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin ETK'da yer alan bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler ile çoğu zaman paralellik gösterdiği anlaşılmaktadır.⁴⁰ Ancak tüketici mevzuatı çok daha sıkı ve detaylı şartlar getirerek tüketiciyi

Gazete ile yayımlanan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (MSYDY) ile birçok değişiklik yapılmıştır. Bu yönetmelikte yapılan değişiklikler arasında ön bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin hususlar da yer almaktadır.

³¹ Bütün Yılmaz, "Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı," 335; Ekingen ve Özer Deniz, "Tüketicilerine Etkileri," 440.

³² Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, O. J. L 304/64, 22.11.2011.

³³ Tüketici Hakları Direktifinin yürürlüğe girmesiyle, Türk hukukunda da mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemelerin temelini teşkil eden 20 Mayıs 1997 kabul tarihli 97/7/EC sayılı Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin Direktif yürürlükten kaldırılmıştır. Tüketici Hakları Direktifi ile ilgili kuralların basitleştirilmesi ve gelişen şartlara uyarlanması, tutarsızlıkların giderilmesi ve ilgili kurallarda öngörülemeyen boşlukların doldurulması hedeflenmiştir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Tüketici Hakları Direktifi, Gerekçe, p. 2.

³⁴ Sibel Terzi, "Mesafeli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Sonuçları", *Terazi Hukuk Dergisi* 12, no. 129 (2017):133.

³⁵ RG. 24.3.2022, S. 31796.

³⁶ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Arat, "Sorumluluğuna Etkisi," 11ff.

³⁷ RG. 5.11.2014, S. 19166.

³⁸ Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 293; Terzi, "Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü," 133; Ekingen ve Özer Deniz, "Tüketicilerine Etkileri" 450.

³⁹ Topaloğlu, "Mesafeli Sözleşmeler," 16.

⁴⁰ Tüketici Hakları Direktifi'nde de bu hususa yer verilmiş ve bu direktifte yer alan düzenlemelerin elektronik ticaretin belirli yasal yönlerine ilişkin düzenlemeleri içeren 2000/31/AT sayılı Direktifte yer alan bilgi verme gerekliliklerini tamamladığı vurgulanmıştır. Tüketici Hakları Direktifi, Gerekçe, p. 12. Tüketici Hakları Direktifi m. 6/VIII 'de, "Bu Direktifte yer alan bilgi gereklilikleri, 2006/123/AT sayılı Direktif ve 2000/31/AT

satıcı/sağlayıcı ile AHS'ye karşı korumaktadır.⁴¹ Ayrıca, ETK m. 3/III hükmü gereğince, bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler kural olarak emredici nitelikte olmayıp taraflarca aksi kararlaştırılabilmekteyken, tarafların tüketici olması halinde, kanunda düzenlenen bilgi verme yükümlülüklerine ilişkin aksine bir anlaşma yapılamaz.

Kanaatimizce elektronik ortamda akdedilen bir mesafeli sözleşmenin bulunması halinde tüketicinin bilgilendirilmesine yönelik olarak TKHK ve ETK'daki hükümler çatışmadığı sürece her iki kanun da uygulama alanı bulmalıdır. Ancak her iki mevzuatta yer alan hükümlerin çatışması halinde, münhasıran tüketici haklarını korumak için yürürlüğe konulan ve tüketici işlemlerini konu edinen TKHK, elektronik ticaret kapsamında her türlü sözleşme ilişkisinde uygulanabilecek ETK'ya göre özel kanun olarak nitelendirilebilir.⁴² Bu durumda söz konusu düzenlemelerin çatışması halinde mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemelerin uygulanması yerinde olacaktır. Ancak tüketici lehine yorum ilkesi gereğince ifade etmek gerekir ki, ETK hükümlerinin uygulanması tüketici lehine sonuç doğurduğu takdirde, bu hükümler öncelikle uygulanmalıdır.

II. ÖN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN SORUMLU KİŞİLER

Mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirme yükümlülüğü kural olarak satıcı/sağlayıcının üzerindedir. Bu husus, TKHK m. 48/II hükmünde *“tüketici, ... açık ve anlaşılır şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilir. Tüketicinin bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya aittir.”* şeklinde ifade edilmektedir. Bu hüküm uyarınca kural olarak bir mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce tüketicilere yönelik yapılacak olan ön bilgilendirmeden satıcı/sağlayıcı sorumludur. TKHK m. 3/I-(i) hükmünde satıcı; *“Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi”* iken, sağlayıcı ise m. 3/I-(1) hükmünde hizmet sunan ya da hizmet sunan adına hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede mesafeli sözleşmenin tarafını oluşturan satıcı/sağlayıcı ön bilgilendirmenin yapılmasından tüketiciye karşı doğrudan sorumludur.

Ancak günümüzde teknolojinin gelişmesiyle birlikte, tüketiciler akıllı telefonlar ve bilgisayarları kullanarak, büyük aracı platformların kurmuş oldukları sistemler aracılığıyla kolaylıkla satıcı/sağlayıcı ile sözleşme ilişkisine girebilmektedirler. Söz konusu aracı platformlar, tüketicilerin kolaylıkla mal veya hizmet satın almasına imkân sağlamakta ve onları kendi platformları üzerinden sipariş vermeye teşvik etmektedirler. Çoğu zaman reklamlarda kendilerini ön plana çıkararak tüketicilerde güven tesis etmekte ve tüketici memnuniyetine dair taahhütlerde bulunmaktadırlar.⁴³ Söz konusu aracı platformların piyasadaki baskın etkisi ve tüketiciler nezdindeki algısını dikkate alan kanun koyucu, 2022 yılında tüketici mevzuatında 7392 sayılı Kanun ve 31932 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (MSYDY) ile birtakım değişiklikler yapmıştır. Bu yapılan değişiklikler sonrasında, aracı hizmet sağlayıcı kavramı ile kanunda ayrı bir aktör düzenlenmiş ve bu aktörlerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.⁴⁴ Bu düzenlemelerin başında ise ön bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin hükümler yer almaktadır.

Aracı hizmet sağlayıcı, MSY m. 4/I-(i) hükmünde; *“oluşturduğu sistem ile uzaktan iletişim aracını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına*

sayılı Direktifte yer alan bilgi gerekliliklerine ilavedir ve Üye Devletlerin bu Direktifler uyarınca ilave bilgi gereklilikleri getirmesini engellemez.” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak m. 6/VIII'in ikinci paragrafında Tüketici Hakları Direktifi ile E-ticaret Direktifi hükümlerinin çelişmesi durumunda Tüketici Hakları Direktifi hükümlerinin geçerli olacağı ifade edilmiştir.

⁴¹ Bunun nedeni, tarafların mesafeli sözleşme kurulması esnasında eş zamanlı fiziksel olarak karşı karşıya olmaksızın çok kolay bir şekilde sözleşme ilişkisi içerisine girmesindeki kolaylığın getirdiği risklerin yanı sıra mesafeli sözleşmenin taraflarından biri olan tüketicinin kolay bir şekilde manipüle edilebilmesi ve ekonomik ve sosyal yönden daha zayıf durumda olmasıdır. Ece Baş Süzel, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 2 (2018): 341; Terzi, “Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü,” 134.

⁴² Aynı yönde; Terzi, “Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü,” 133; Topaloğlu, “Mesafeli Sözleşmeler,” 17.

⁴³ Demir, “Hukuki Sorumluluğu,” 1787.

⁴⁴ Doğan, “Getirdiği Değişiklikler,” 426; Ekingen ve Özer Deniz, “Tüketicilerine Etkileri,” 437.

aracılık eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmaktadır. Aracı hizmet sağlayıcının oluşturmuş olduğu sisteme, tüketici mevzuatında “platform” adı verilmektedir. MSY m. 4/I-(j) hükmünde platform; “*kamu hizmetlerinin tek noktadan sunulduğu ortak kamu elektronik platformu hariç olmak üzere, aracı hizmet sağlayıcının mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık etmek üzere oluşturduğu sistem*” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan yola çıkarak ifade edilmelidir ki AHS doğrudan mesafeli sözleşmenin tarafı değildir.⁴⁵ AHS’nin fonksiyonu, oluşturmuş olduğu platform aracılığı ile tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık etmektir.⁴⁶

Mehaz kanun kabul edilen Tüketici Hakları Direktifinin ilk halinde, aracı hizmet sağlayıcı kavramına yer verilmemiştir. Ancak tüketicinin korunmasına ilişkin kuralların daha iyi uygulanması ve modernleştirilmesine ilişkin 27 Kasım 2019 tarihli ve 2019/2161/EU sayılı Direktifle Tüketici Hakları Direktifi’nde birtakım değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır. Bunların başında ise “çevrimiçi pazaryeri” ve “çevrimiçi pazaryeri sağlayıcısı” kavramlarının tanımının yapılması ve bunlara ilişkin belirli düzenlemelerin getirilmesi gelmektedir. Tüketici Hakları Direktifi m. 2/I-(18) hükmüne göre çevrimiçi pazaryeri sağlayıcısı, tüketicilere çevrimiçi pazaryerini sağlayan girişimcidir. Çevrimiçi pazaryeri ise m. 2/I-(17) hükmünde “girişimci tarafından veya onun adına işletilen, tüketicilerin diğer girişimciler veya tüketicilerle mesafeli sözleşme yapmasına imkân sağlayan internet sitesi, internet sitesinin bir kısmı veya uygulama da dahil olmak üzere yazılım kullanan bir hizmet” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlardan yola çıkarak tüketici mevzuatımızda yer alan aracı hizmet sağlayıcı kavramı ile mehaz kanun teşkil eden Tüketici Hakları Direktifinde yer alan çevrimiçi pazaryeri sağlayıcısı kavramının benzer anlamda kullanıldıkları söylenebilir. Bu çerçevede uygulamada sıklıkla tüketicilerin mal veya hizmet temini için satıcı/sağlayıcı ile sözleşme ilişkisine girdiği *Amazon.com*, *Trendyol*, *Hepsiburada* gibi platformları sağlayan gerçek veya tüzel kişiler, TKHK çerçevesinde aracı hizmet sağlayıcı olarak ifade edilmekteyken, AB tüketici mevzuatında bu kişiler çevrimiçi pazaryeri sağlayıcı olarak nitelendirilmektedir.

7392 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden sonra tüketici mevzuatımızda AHS’lere ilişkin bazı yükümlülükler öngörülmüş ve bu yükümlülüklerin ihlali halinde AHS’ler sorumlu tutulmuşlardır.⁴⁷ Bu yükümlülüklerin başında da sözleşmenin kurulmasından önce tüketicilerin bilgilendirilmesi gelmektedir. Nitekim TKHK m. 48/VI-(a) hükmü uyarınca AHS, tüketiciye ön bilgilendirmenin yapılmasından, teyidinden ve ispatından satıcı/sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulmaktadır.⁴⁸ Bu hüküm uyarınca ön bilgilendirmenin kanunda belirtilen şekilde yapılarak tüketicinin bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirmenin teyidi ve ön bilgilendirmenin kanunda belirtilen şekilde yapılp teyit edildiğinin ispatından kural olarak satıcı/sağlayıcı sorumlu tutulmakta iken, bu sözleşmelerin

⁴⁵ Demir, “Hukuki Sorumluluğu,” 1792.

⁴⁶ Bir kişinin aracı hizmet sağlayıcı olarak nitelendirilebilmesi için işlettiği platformda doğrudan mesafeli sözleşme kurulmasına teknik imkân sağlaması gerekmektedir. Aksi takdirde tüketicinin mal veya hizmetlere erişme imkânı olduğu ancak doğrudan o platform üzerinden mesafeli sözleşme akdedemediği *Cimri.com*, *Akakçe* gibi platformların işleticisi aracı hizmet sağlayıcı olarak nitelendirilemez. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Musa Furkan Şahin, “Mesafeli Sözleşmelerde Aracı Hizmet Sağlayıcı Kavramı”, *Bilişim Hukuku Dergisi* 6, no. 1 (2024): 142-143.

⁴⁷ Ekingen ve Özer Deniz, “Tüketicilerine Etkileri,” 440; Demir, “Hukuki Sorumluluğu,” 1793.

⁴⁸ 7392 sayılı Kanun ile TKHK’da yapılan değişikliklerden önce bu hususta açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, öğretide söz konusu ön bilgilendirmeye ilişkin işlemler aracı hizmet sağlayıcının sistemi üzerinden yerine getirildiğinden, tüketicilere yapılan ön bilgilendirmelerden aracı hizmet sağlayıcının sorumlu olacağı ifade edilmekteydi. Bu görüşü savunan yazarlar değişiklikten önceki TKHK m. 48/V hükmünde yer alan aracılık edenlerin “*satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur*” düzenlemesine dayanmaktaydılar. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. M. Murat İnceoğlu ve Ece Baş Süzel, “Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketiciye Karşı Sorumluluğu (TKHK m. 48/f.5)”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 189-190 (2020): 481. Yeni düzenlemeyle birlikte aracı hizmet sağlayıcının bu husustaki sorumluluğu açıkça ifade edilmiştir. Arat, “Sorumluluğuna Etkisi,” 15; Doğan, “Getirdiği Değişiklikler,” 426. Bu düzenlemelerin olmaması durumunda aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğuna gidilemeyeceği yönündeki aksi görüş için bkz. Ekingen ve Özer Deniz, “Tüketicilerine Etkileri,” 441.

kurulmasında AHS bulunuyorsa AHS de satıcı/sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır.⁴⁹ Bu husus ön bilgilendirme yöntemini düzenleyen MSY m. 6/VI-(a) hükmünde de açıkça ifade edilmektedir. Bu düzenlemeye göre “*mesafeli sözleşmenin platform üzerinden kurulması halinde aracı hizmet sağlayıcı bu maddede düzenlenen yükümlülüklerin yerine getirilmesinden satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumludur.*”

Bununla birlikte, TKHK m. 48/VI-(b) ve MSY m. 5/VII hükmü uyarınca, AHS’nin mesafeli sözleşmenin kurulmasına aracılık ettiği sözleşmelerde, ön bilgilendirme metninde bulunması zorunlu hususlardaki eksikliklerden ve verilerin doğruluğundan doğan sorumlulukta müteselsil sorumluluk bulunmamaktadır. Bu halde veri girişi kim tarafından yapılmışsa sorumluluk da ona aittir.⁵⁰ Bu çerçevede, veri girişi satıcı/sağlayıcı tarafından yapılmışsa, ön bilgilendirme kapsamında yer alan bilgilerdeki eksikliklerden yalnızca satıcı/sağlayıcı sorumlu tutulmaktadır.⁵¹ Bunun aksine veri girişi söz konusu platformlarda AHS tarafından yapılıyorsa, ön bilgilendirmede bulunması zorunlu olan hususlardaki eksikliklerden veya bu hususların doğruluğundan AHS tek başına sorumlu tutulmaktadır.⁵² Zira kanun maddesinin gerekçesinde “...*zorunlu unsurlardaki eksikliklerin aracı hizmet sağlayıcıdan kaynaklanması durumunda sorumluluğun aracı hizmet sağlayıcıda olduğu*” ifade edilerek bu durumda sorumluluğun yalnızca AHS’ye yüklendiği vurgusu yapılmıştır.⁵³

Tüketici Hakları Direktifinde ise ön bilgilendirmenin yapılması, teyidi ve ispatından doğrudan çevrimiçi pazaryerleri sorumlu tutulmamıştır. Bu çerçevede tüketici mevzuatımız tüketici lehine olacak şekilde ön bilgilendirme yükümlülüğünden sorumlu olan aktörlerin kapsamını genişleterek AB Direktifinden ayrılmaktadır. AB Direktifinde ise bunun yerine m. 6/a hükmü ile çevrimiçi pazaryerlerinde kurulan mesafeli sözleşmeler için ek özel bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu bilgilendirme ise çevrimiçi pazaryeri sağlayıcı tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir.

Ön bilgilendirmenin yapılması, teyidi ve ispatında AHS’nin sorumlu tutulması tüketicinin korunması açısından önemli bir kazanımdır. Zira tüketiciler çoğu zaman platformlar üzerinden girmiş oldukları sözleşme ilişkisinde satıcı/sağlayıcıdan çok AHS’nin tanınırlığı ve güvenilirliğine bakarak hareket etmektedir. Bu çerçevede tüketicinin henüz sözleşme ilişkisine girmeden önce taraflar ve hukuki sonuçlar hakkında bilgilendirilmesinde AHS’nin yükümlü kılınması gerekmektedir. Bu sayede AHS, satıcı/sağlayıcıları da ön bilgilendirmenin yapılması ve teyidi hususunda teşvik edecektir. Ayrıca, çoğu zaman veri girişi AHS tarafından yapıldığından, bu yükümlülüğü tek başına üstlenen AHS, ön bilgilendirmenin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi ve teyidi için gerekli olan teknik altyapıyı da sağlamak zorunda kalacaktır.⁵⁴

III. ÖN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Ön Bilgilendirme Zamanı

TKHK m. 48/II uyarınca satıcı/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü söz konusudur. Bu hükme göre, mesafeli sözleşmenin kurulması aşamasında tüketicinin, mesafeli sözleşmenin

⁴⁹ Doğan, “Getirdiği Değişiklikler,” 426; Ekingen ve Özer Deniz, “Tüketicilerine Etkileri,” 441.

⁵⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Arat, “Sorumluluğuna Etkisi,” 15.

⁵¹ Doğan, “Getirdiği Değişiklikler,” 426; Dilşad Keskin, “TKHK Değişik m. 48 Hükmü Çerçevesinde Aracı Hizmet Sağlayıcının Tüketicilere Karşı Sorumluluğu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 3 (2022): 131.

⁵² Ekingen ve Özer Deniz, “Tüketicilerine Etkileri” 441. Doğan, bu görüşün aksine veri girişinin aracı hizmet sağlayıcı tarafından yapıldığı durumlarda, aracı hizmet sağlayıcı ile birlikte satıcı/sağlayıcının da müteselsil sorumluluğunun devam ettiğini savunmaktadır. Bu hususta bkz. Doğan, “Getirdiği Değişiklikler,” 427.

⁵³ TBMM, Manisa Milletvekili İsmail Bilen ve 29 Milletvekilinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4260) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabi Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi:27, Yasama Yılı:5, Sıra Sayısı:320. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y5/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/de2f0311-a2e8-4021-a4f8-f5e648f71dc2.pdf> (erişim tarihi 26.09.2025).

⁵⁴ Ece Baş Süzel, *Mesafeli Sözleşmeler ve İşyeri Dışında Kurulan Sözleşmeler*, (Onikilevha Yayıncılık, 2022), 126; Ekingen ve Özer Deniz, “Tüketicilerine Etkileri” 442.

kurulmasından önce, yönetmelikte belirlenen hususlarda ve siparişi onaylaması halinde ödeme yükümlülüğü altına gireceğine ilişkin olarak açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir.⁵⁵ MSY m. 5 hükmünde “tüketici, mesafeli sözleşmenin kurulmasından ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce, aşağıdaki hususların tamamını içerecek şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilmek zorunda” olduğu ifade edilmiştir.⁵⁶

Söz konusu hüküm yorumlandığında, sözleşme müzakereleri tamamlandıktan ve sözleşme kurma kararı verildikten sonra, sözleşme kurma aşamasından hemen önce ön bilgilerin tüketiciye sunulmasının, ön bilgilendirmenin gereği gibi yapılması hususunda yeterli olacağı anlaşılmaktadır. “Sözleşmenin kurulmasından hemen önce” ifadesinden, tüketicinin kabul irade beyanını satıcı/sağlayıcıya yöneltmeden, bir başka ifadeyle sözleşmeye bağlı olmadan hemen önce ön bilgilendirmenin yapılması anlaşılmaktadır. Ancak, “buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Kanaatimizce kanun koyucu, bununla bir web sitesinin henüz öneride bulunmadığı, sunduğu mal veya hizmetlere ilişkin bilgileri öneriye davet olarak tüketicilere sunduğu durumları ifade etmektedir.⁵⁷ Zira, bazı elektronik ticaret ortamlarında satıcı/sağlayıcı ya da AHS platformda sunulan mal veya hizmetlerin sergilenmesinin öneri olarak nitelendirilmeyeceği, tüketicinin siparişi sonucunda satıcı/sağlayıcının kabul beyanı ile sözleşmenin kurulacağını ifade edebilmektedir. Bazı hallerde ise güven teorisi uyarınca platformda mal veya hizmetlerin sunulması öneriye davet niteliği teşkil edebilir. Bunu öngören kanun koyucu, “siparişin verilmesi” ifadesiyle hem kabul irade beyanını hem de öneriyi kapsayan geniş bir terimi kullanmayı tercih etmiştir. Böylece, tüketici kendisini bağlayan kabul ya da öneri beyanında bulunmadan önce Yönetmelikte belirtilen hususlarda bilgilendirilmelidir.

Sözleşmenin kurulmasından ya da siparişin verilmesinden ne kadar önce bilgilerin tüketicilere sunulması gerektiğine ilişkin mevzuatımızda herhangi bir açıklamaya yer verilmemektedir.⁵⁸ Bu çerçevede, sözleşmenin kurulmasından hemen önce verilecek bilgilerin ön bilgilendirmenin yapılması için yeterli olacağı düşünülebilir. Tüketici Hakları Direktifi m. 6/I’de de ön bilgilendirmenin tüketicinin sözleşmeyle bağlanmasından önce yapılması gerektiği ifade edilmiş olup sürenin uzunluğu ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.⁵⁹ Bu durum her ne kadar yasal olarak düzenlenmemiş olsa da kanaatimizce ön bilgilendirme kapsamındaki bilgilerin tüketiciye, sözleşmenin kurulması aşamasından hemen önce değil de düşünüp sağlıklı karar verebileceği bir zaman aralığı tanınarak verilmesi gerekmektedir.⁶⁰ Aksi takdirde ön bilgilendirme yükümlülüğünün amacını oluşturan tüketicinin mesafeli sözleşme ilişkisine girmeden önce sağlıklı ve doğru karar almasını sağlama işlevi gerçekleşmemiş olur.⁶¹ Zira sözleşme müzakereleri bittikten sonra, sözleşmenin kurulmasına karar

⁵⁵ Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 288; Ekingen ve Özer Deniz, “Tüketicilerine Etkileri,” 441; Nahide Siller, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Web Sitesi Vasıtasıyla Sözleşmelerin Kurulması*, (Onikilevha Yayıncılık, 2019), 78; Gülce Erek, “6502 Sayılı Kanun Uyarınca Mesafeli Sözleşmelerin Unsurları, Satıcı/Sağlayıcının Ön Bilgilendirme Yükümü ve Tüketicinin Cayma Hakkı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 1 (2019): 525; Çabri, *Kanun Şerhi*, 875; Demir, “Hukuki Sorumluluğu,” 1795; Doğan, “Getirdiği Değişiklikler,” 425.

⁵⁶ Tüketici Hakları Direktifinde ön bilgilendirmenin yapılma zamanı hususunda detaylı bilgi için bkz. Arno R. Lodder, “Information Requirements Overload? Assessing Disclosure Duties Under the E-Commerce Directive, Services Directive and Consumer Directive”, iç. Savin, Andrej ve Jan Trzaskowski, (Eds). *Research Handbook on EU Internet Law*, (Edward Elgar Publishing, 2014), 368.

⁵⁷ Aynı görüşte bkz. Lodder, “Information Requirements Overload?”, 368.

⁵⁸ Baş Süzel, *Mesafeli Sözleşmeler*, 46; Terzi, “Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü,” 134; Çabri, *Kanun Şerhi*, 876.

⁵⁹ Oysa AB’nin ilga 97/7 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Direktifinin 4. maddesinde tüketiciye verilmesi gereken bilgilerin, sözleşmenin kurulmasından önceki makul bir zaman içerisinde verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

⁶⁰ Siller, *Sözleşmelerin Kurulması*, 88; Terzi, “Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü,” 134. Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirme zamanı hususunda da aynı yönde görüş için bkz. Ceylan, “Tüketicinin Ön Bilgilendirilmesi,” 22.

⁶¹ Çakırca, “Mesafeli Sözleşmeler,” 119.

verildiği aşamada tüketicinin bilgilendirilmesinin tüketiciyi koruyucu bir işlevi olmayacaktır.⁶² Bu çerçevede, satıcı/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında tüketiciyi bilgilendirmesi faaliyetinin, sözleşme görüşmelerine başlanıldığı an ile tüketicinin kararını vermesine kadarki zaman aralığında yerine getirilmesi uygun olacaktır.⁶³

DSA m. 30/VII hükmünde tüketicilerin satıcı/sağlayıcıyla mesafeli sözleşme yapmasına olanak tanıyan çevrimiçi platform sağlayıcılarına yönelik olarak özel bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre çevrimiçi platformlar; satıcı/sağlayıcının adı, adresi, telefon numarası, e-posta adresi, satıcı/sağlayıcının bir ticaret siciline veya benzer bir kamu siciline kayıtlı olması halinde, kayıtlı olduğu ticaret sicili ve sicil numarası veya bu sicildeki eşdeğer tanımlama araçları ve satıcı/sağlayıcı tarafından yalnızca Birlik hukukunun yürürlükteki kurallarına uygun mal veya hizmetler sunmayı kabul ettiğine dair taahhütnamayı alıcılara açık, kolay erişilebilir ve anlaşılabilir bir şekilde paylaşmak zorundadırlar. Bu hükme göre satıcı/sağlayıcıya ilişkin tanıtıcı bilgilerin tüketicilere sunulmasında AHS'nin yükümlülüğü sadece yer tahsisi sağlamak değildir; bu bilgileri elektronik ticaret ortamında doğrudan kendisinin paylaşması gerekmektedir. Ayrıca Tüzük uyarınca satıcı/sağlayıcıya ilişkin iletişim bilgileri de tüketiciler ile paylaşılacaktır. Burada önem arz eden husus, söz konusu bilgilerin, tüketici mevzuatında yer alan satıcı/sağlayıcı ile AHS için getirilen ön bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesindeki bilgilerin aracılık edilen mesafeli sözleşmenin kurulmasından hemen önce sunulmasından farklı olarak, mal veya hizmetin sergilendiği çevrimiçi platformun arayüzünde her zaman bulundurulması gerektiğidir.

B. Ön Bilgilendirme Kapsamında Yer Alması Gereken Bilgiler

MSY m. 5 hükmünde satıcı/sağlayıcı ile AHS'nin ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında tüketicilere sunulması gereken ön bilgilerin kapsamı düzenlenmektedir.⁶⁴ Söz konusu bilgilendirmenin kapsamını oluşturan bilgiler MSY m. 5/II uyarınca mesafeli sözleşmenin ayrılmaz bir parçasıdır.⁶⁵ Söz konusu hüküm emredici nitelikte değildir. Taraflar aksini açıkça kararlaştırırlarsa mevzuatta belirlenen bilgiler değiştirilebilir.⁶⁶ Ancak, elektronik ticaret ortamı gibi platformlar aracılığıyla kurulan sözleşmelerde çoğu zaman tarafların sözleşme öncesi müzakere imkânı yoktur. Bu nedenle bu ortamlarda tarafların bu hükümlerin aksini kararlaştırabileceği bir zemin bulunmamaktadır.

1. Kimlik ve İletişim Bilgileri

MSY m. 5'te tüketicinin hangi hususlarda bilgilendirilmesi gerektiği detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Bu çerçevede, MSY m. 5/I-(b) hükmünde satıcı/sağlayıcı ile AHS'nin adı veya unvanı, MERSİS numarası veya vergi kimlik numarasının tüketiciye sunulması gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁷ Bu sayede tüketiciler, hukuki ilişki içerisine girdikleri satıcı/sağlayıcı konumunda olan kişilerin ve platformunu kullandığı AHS'lerin kimliklerini net bir şekilde öğrenerek yaşanan herhangi bir ihtilaf veya sorunda bu kimselere ulaşabilme imkanına sahip olacaklardır.⁶⁸

⁶² İnal, *İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, 179; Abdülkerim Yıldırım, *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, (Onikilevha, 2009), 170; Zeynep Özbay Özdoğru, *İnternet Ortamında Faaliyet Gösteren Aracılık Edenlerin Mesafeli Sözleşmeden Dolayı Tüketicie Karşı Sorumluluğunun Şartları*, (Onikilevha Yayıncılık, 2022), 76.

⁶³ Uzun Kazmacı, "Mesafeli Sözleşmelerin Kurulması," 180. Öğretide bu görüşler paralel şekilde sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce bilgilendirmenin yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Makul süreden anlaşılması gereken ise, tüketicinin sözleşmenin içeriğini inceleme olanağına sahip olabileceği süredir. Çabri, *Kanun Şerhi*, 876; Terzi, "Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü," 134.

⁶⁴ Avcı Braun, "Mesafeli Sözleşmeler," 32; Demir, "Hukuki Sorumluluğu," 1795; Çabri, *Kanun Şerhi*, 877; Çakırca, "Mesafeli Sözleşmeler," 116; Topaloğlu, "Mesafeli Sözleşmeler," 25.

⁶⁵ Bütün Yılmaz, "Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı," 335; Çabri, *Kanun Şerhi*, 878.

⁶⁶ Erek, "Tüketicinin Cayma Hakkı," 527; Kuşuoğlu ve Kalkan, "Mesafeli Sözleşmeler," 280.

⁶⁷ Çabri, *Kanun Şerhi*, 877; Avcı Braun, "Mesafeli Sözleşmeler," 32; Çakırca, "Mesafeli Sözleşmeler," 116.

⁶⁸ Ümit Gezder, *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, (Beta Basım, 2004), 178; Baş Süzel, "Ön Bilgilendirme," 344; Yıldırım, *Tüketicinin Korunması*, 174; Siller, *Sözleşmelerin Kurulması*, 82.

MSY m. 5/I-(c) hükmünde ise satıcı/sağlayıcı ile AHS'ye ait iletişim bilgileri hususlarında tüketicinin bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Söz konusu iletişim bilgileri kapsamında açık adres, telefon numarası ve benzeri iletişim bilgilerinin sunulması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca MSY m. 5/I-(ç) hükmü gereği şikayetlerini iletebilmesi için farklı ve özel bir iletişim bilgileri varsa bu hususta da tüketicinin bilgilendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu iletişim bilgileri, satıcı/sağlayıcı ve AHS'yle hızlı bir şekilde irtibat kurulmasına imkân veren bilgiler olmalıdır. Özellikle elektronik ortamda sipariş verilmesinin kolay ve hızlı bir şekilde yerine getirebilme imkânı göz önünde tutulduğunda, bu kadar hızlı bir şekilde hukuki ilişkiye girilebilmekte ise aynı kolaylıkla da satıcı/sağlayıcı ve AHS'ye de ulaşılabilir. Zira bu husus MSY m. 5/I-(c) hükmünde “...hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkân veren...” ifadesi ile vurgulanmıştır.⁶⁹ Bu nedenle iletişim bilgileri satıcı/sağlayıcı ile AHS'ye hızlı bir şekilde ulaşılmasına imkân vermiyorsa ön bilgilendirme yükümlülüğü eksik yerine getirilmiş olur.⁷⁰ Ayrıca, satıcı/sağlayıcının doğrudan veya dolaylı temsilcisi varsa bu durumda tüketiciler, bu temsilcilerin de kimliği ve adresi hususunda bilgilendirilmelidir.

Burada e-ticaret mevzuatında düzenlenen hizmet sağlayıcıların alıcılara yönelik bilgi verme yükümlülüğüne de değinmek gerekmektedir. Zira birçok durumda elektronik ticaret ortamında akdedilen sözleşmeler mesafeli sözleşme şeklinde kurulmaktadır. Bu halde tüketici mevzuatında yer alan düzenlemelerin yanı sıra ETK'da düzenlenen hükümler de satıcı/sağlayıcı ile AHS'yi bağlamaktadır. Bu çerçevede ETK m. 3 hükmü ile hizmet sağlayıcının bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. ETK m. 3/I-(a) hükmü gereği hizmet sağlayıcının, elektronik iletişim araçlarıyla bir sözleşmenin yapılmasından önce alıcıların kolayca ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak tanıtıcı bilgilerini alıcıya sunması gerekmektedir. Tanıtıcı bilgilerin kapsamının neler olduğu ise 32058 sayılı Yönetmelikte düzenlenmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki yönetmelikte elektronik ticaret hizmet sağlayıcı ile elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların bilgi verme yükümlülüğü 5 ve 6. maddelerde ayrı ayrı ele alınmaktadır.

32058 sayılı Yönetmelik m. 5 hükmünde ETHE'nin bilgi verme yükümlülüğü kapsamındaki tanıtıcı bilgiler, tacirler için ticaret unvanı, MERSİS numarası ve merkez adresi; esnaf ve sanatkâr için adı ve soyadı, vergi kimlik numarası ve merkez adresidir. Ayrıca KEP adresi, elektronik posta adresi, telefon numarası ve varsa işletme adı ile tescilli markası da söz konusu tanıtıcı bilgilerin kapsamındadır. Ancak ETHE kendi elektronik ticaret ortamında değil de bir elektronik ticaret pazaryerinde satış yapıyorsa bu durumda alıcılara yönelik vereceği tanıtıcı bilgiler daha sınırlıdır. Bu durumda ticaret unvanı, işletme adı veya tescilli markalarından en az biri, KEP adresi ve esnaf ve sanatkâr için vergi kimlik numarası, tacirler için MERSİS numarası hususunda bilgi vermesi yeterli olacaktır. Elektronik ticaret pazaryerinde satış yapan ETHE tacir, esnaf veya sanatkâr değilse ad, soyad ve merkez adresinin bulunduğu il bilgisinin verilmesi yeterlidir.

32058 sayılı Yönetmelik m. 6 hükmünde ise ETAHS'nin bilgi verme yükümlülüğü özel olarak düzenlenmektedir. Bu çerçevede ETAHS'nin bilgi verme yükümlülüğü kapsamındaki tanıtıcı bilgiler ile m. 5'te düzenlenen ETHE'nin bilgi verme yükümlülüğündeki bilgiler paraleldir. Bir başka ifade ile ETHE'nin kendi elektronik ticaret ortamında satış yapması durumunda hangi bilgileri alıcılara vermek zorundaysa, ETAHS'de elektronik ticaret pazaryerinde kendisine ait tanıtıcı bilgileri paylaşmak zorundadır.

E-ticaret mevzuatında düzenlenen bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler ile tüketici mevzuatında yer alan ön bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler, genel olarak paralellik arz etse de birkaç açıdan farklılık bulunmaktadır. Örneğin, 32058 sayılı Yönetmelik'te elektronik ticaret pazaryerinde satış yapan ETHE iletişim bilgilerinden yalnızca KEP adresini alıcılara bildirmesi gerekirken, mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemelerde satıcı/sağlayıcının açık adres, telefon

⁶⁹ Oysa ETK'da ETAHS'nin iletişim bilgilerini alıcılara verme yükümlülüğü bulunmakta ise de “hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkân verme” hususuna vurgu yapılmamıştır.

⁷⁰ Benzer bir düzenleme Tüketici Hakları Direktifi m. 6/I-(c) hükmünde de yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre de satıcı/sağlayıcının tüketicilere ilettiği tüm iletişim bilgileri, tüketicinin satıcı/sağlayıcıya hızlı bir şekilde ulaşmasını ve etkin bir şekilde iletişim kurmasını mümkün kılmalıdır.

numarası ve benzeri iletişim bilgilerini de paylaşması gerekmektedir.⁷¹ Bu nedenle elektronik ticaret pazaryerinde akdedilen sözleşme mesafeli sözleşme niteliğindeyse satıcı/sağlayıcının, aynı zamanda MSY’de düzenlenen ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında iletişim bilgilerini de sözleşmenin kurulmasından önce tüketicilerle paylaşması gerekmektedir.

Ayrıca mesafeli sözleşmelerde satıcı/sağlayıcı ile AHS ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamındaki bilgileri taraflar arasında sözleşme kurulmadan önce tüketicilere sunulmalıdır. Oysa elektronik ticaret mevzuatında ETHS ve ETAHS’nin bilgi verme yükümlülüğü kapsamındaki tanıtıcı bilgiler elektronik ticaret ortamının ana sayfasında doğrudan ulaşılabilecek şekilde “iletişim” başlığı altında her zaman bulunması gerekmektedir. Bu çerçevede ifade edilmelidir ki e-ticaret mevzuatında yer alan düzenleme tüketicinin daha lehinedir. Bu nedenle elektronik ortamda akdedilecek sözleşme mesafeli sözleşme niteliğinde olsa da e-ticaret mevzuatı hükümleri gereğince Yönetmelikte belirtilen bilgilerle sınırlı olmak üzere tanıtıcı bilgiler tüketicilere platform ara yüzünde sadece sözleşme öncesi değil her zaman sunulmalıdır.

Ön bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde satıcı/sağlayıcı ile AHS’ye ilişkin kimlik ve iletişim bilgilerinin tüketiciye sunulmasının sebebi, tüketicinin kiminle sözleşme ilişkisine girdiği hususunda bilgi sahibi olmasıdır. Kanaatimizce bununla beraber elektronik ticaret pazaryerinde kurulan mesafeli sözleşmelerde tüketicinin söz konusu platformun sözleşmedeki rolü hususunda da özel olarak bilgilendirilmesi gerekmektedir.⁷² Bir başka ifadeyle sözleşmenin kurulmasından önce AHS niteliğindeki çevrimiçi pazaryeri sağlayıcının, mesafeli sözleşmenin kurulması esnasında tüketicilere yalnızca aracılık hizmetinde bulunduğu, sözleşmenin tarafı olmadığına ve sözleşmenin ihlali halinde sonuçlarından sorumlu olmayacağına ilişkin açık ve net bir şekilde bilgilendirmede bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde dürüstlük kuralından kaynaklanan güven sorumluluğu çerçevesinde AHS tüketiciye karşı sorumlu tutulabilecektir.

2. Sözleşmenin İçeriğine İlişkin Bilgiler

Ön bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde satıcı/sağlayıcı ile AHS’nin, mesafeli sözleşmenin içeriğine ilişkin tüketicileri bilgilendirmesi gerekmektedir. Bu sayede sözleşme konusu hususunda tüketiciler yeterince bilgi sahibi olacağından ortaya çıkabilecek herhangi bir irade sakatlığının önüne geçilmiş olacaktır. Bu çerçevede MSY m. 5/I-(a) hükmü uyarınca sözleşme konusunu oluşturan mal veya hizmetin temel nitelikleri⁷³ hakkında tüketici bilgilendirilmelidir.⁷⁴

Ayrıca MSY m. 5/I-(d) hükmü uyarınca karşı edimi oluşturan mal veya hizmetin vergiler dahil toplam fiyatı açık bir şekilde tüketiciye sunulmalıdır. Fiyatlandırma mal veya hizmetin niteliği nedeniyle önceden yapılamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü hakkında tüketici bilgilendirilmelidir.⁷⁵ MSY m. 5/IV hükmü çerçevesinde mesafeli sözleşme, belirsiz süreli ya da belirli süreli abonelik sözleşmelerinden ise belirlenecek olan toplam fiyatın, her faturalama dönemi dikkate alınarak toplam masrafları içermesi zorunludur.

⁷¹ 32058 sayılı Yönetmelik m. 5/IV hükmü uyarınca, elektronik ticaret pazaryerinde satış yapan ETHS, merkez adresi, elektronik posta adresi ve telefon numarası bilgilerini ETAHS’ye bildirmekle yükümlü olup, alıcılara bildirme zorunluluğu yoktur.

⁷² Bu hususta aynı görüş için bkz. Christoph Busch, Hans Schulte-Nolke, Aneta Wiewiorowska-Domagalska ve Fryderyk Zoll, “The rise of the Platform Economy: A new Challenge for EU Consumer Law?”, *Journal of European Consumer and Market Law*, no.1 (2016): 5.

⁷³ Gerek mehz kanun teşkil eden Tüketici Hakları Direktifinde gerekse MSY hükümlerinde, mal veya hizmetlerin temel niteliklerinden anlaşılması gerekenin ne olduğu açıklanmamıştır. Bu çerçevede öğretide ön bilgilendirme yükümlülüğünün amacının sözleşmenin kurulma biçimi nedeniyle tüketicilerde ortaya çıkan bilgi eksikliğinin giderilmesinden yola çıkarak bir anlam aranmaya çalışılmıştır. Böylece mal veya hizmetin temel niteliklerinden anlaşılması gerekenin söz konusu ürünleri diğer mal veya hizmetlerden ayıran, tüketicinin iradesine etki edecek olan özellikler olarak ifade edilmektedir. Yıldırım, *Tüketicinin Korunması*, 178; Özbay Özdoğru, *Sorumluluğunun Şartları*, 72; Siller, *Sözleşmelerin Kurulması*, 83.

⁷⁴ Çabri, *Kanun Şerhi*, 877; Avcı Braun, “Mesafeli Sözleşmeler,” 32; Çakırca, “Mesafeli Sözleşmeler,” 116.

⁷⁵ Lodder, “Information Requirements Overload?”, 377; Baş Süzel, “Ön Bilgilendirme,” 344.

MSY m. 5/I-(d) hükmü uyarınca nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar hakkında tüketici bilgilendirilmeli, bunlar önceden hesaplanamıyorsa da söz konusu masrafların ödenebileceği hususunda tüketici aydınlatılmalıdır.⁷⁶ MSY m. 5/III uyarınca nakliye, teslim ve benzeri ek masraflara ilişkin tüketici bilgilendirilmez ise, tüketici bu masrafları karşılamakla yükümlü olmadığı düzenlenmiştir.⁷⁷ İfade etmek gerekir ki teslim, nakliye ve benzeri giderler tüketici tarafından değil de bizzat satıcı/sağlayıcı tarafından karşılanacaksa dahi herhangi bir şüpheye yol açmamak için bu hususun da tüketiciye aktarılması yerinde olur.⁷⁸ Ayrıca sözleşmenin kurulması aşamasında platformun kullanımına ilişkin olağan ücret tarifesini dışında bir bedel çıkacak ise tüketiciye yüklenecek ilave maliyet de önceden belirtilmelidir (MSY m. 5/I (e)).

MSY m. 5/I-(f) hükmü uyarınca ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında sözleşme konusu mal ve hizmet ve bunların temini için ödenecek bedel haricinde ödeme yöntemi, şekli, süresi gibi ödemeye ilişkin bilgiler hususunda ve teslim ve ifa süresi ile ifaya ilişkin diğer bilgiler ve varsa bunlara ilişkin taahhütler hakkında da tüketici bilgilendirilmelidir.⁷⁹ Bu sayede tüketici girmiş olduğu sözleşme ilişkisinde gerek kendi borcunun ifasını gerek ise karşı tarafın ifasını ne şekilde ve nasıl gerçekleştireceği hususlarında bilgi sahibi olacak ve böylece daha doğru ve sağlıklı bir karar verme imkanına kavuşacaktır.⁸⁰ Ayrıca teslim ve ifa süresi ticari reklam ve tanıtımlarda taahhüt edilen süre ile uyumlu olmalıdır. Son olarak yapılacak şikayetlere ilişkin satıcı/sağlayıcı ile AHS'nin çözüm yöntemlerinin neler olacağı hususunda da tüketiciler önceden bilgilendirilmelidir. Tüketici tarafından ödenmesi veya sağlanması gereken depozito veya diğer mali teminatların olması halinde bu hususlar ile bunlara ilişkin şartlar hakkında bilgi verilmesi de MSY m. 5/I-(i) hükmü uyarınca ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamındadır.

Tüketici mevzuatındaki sözleşmenin içeriğine ilişkin ön bilgilendirmenin kapsamına ilişkin düzenlemeler ile 32058 sayılı Yönetmelik'te yer alan ETAHS ve ETHS'nin bilgi verme yükümlülükleri paralellik arz etmektedir. Zira 32058 sayılı Yönetmelik m. 8/I-(b) ve (c) bentlerinde de vergi ve teslimat masrafları dahil olmak üzere alıcının ödeyeceği toplam bedel ve sözleşmenin diğer şartlarının alıcı tarafından açıkça görülmesine imkân sağlama ve mal veya hizmetin toplam bedeli, fiyatın hesaplanma usulü veya teslimat masraflarının önceden belirlenmemesi halinde ek masrafların ödenebileceğine ilişkin bilgileri alıcıya sunma yükümlülüğü getirilmektedir.⁸¹ Ancak tüketici mevzuatında bunlara ek olarak yukarıda ifade edilen mal veya hizmetin temel nitelikleri, sözleşmenin kurulması aşamasında uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin olağan ücret tarifesini üzerinden hesaplanmaması halinde, tüketicilere yüklenecek ilave maliyet, mal veya hizmetin teslim veya ifa süresi, satıcı/sağlayıcı ile AHS'nin şikayetlere ilişkin çözüm yöntemleri gibi hususlarda ayrıca tüketicinin bilgilendirilmesi gerekliliği yer almaktadır. Ancak ifade etmek gerekir ki ETK'da da tüketici mevzuatında düzenlenmeyen sözleşmeye ilişkin bazı hususlarda ETAHS ve kendi e-ticaret ortamında faaliyetini sürdüren ETHS'ye bilgi verme yükümlülüğü verilmiştir. Bunlar, sözleşmenin kurulabilmesi için izlenecek teknik adımlara ilişkin bilgiler, sözleşme metninin sözleşme kurulmadan önce elektronik ortamda saklanıp saklanmayacağı, bu sözleşmeye alıcının aynı ortamda daha sonra erişebiliyor erişemeyeceği ve erişecekse ne kadar süre için erişebileceği bilgileri ve veri girişindeki hataların belirlenebilmesi ve düzeltililebilmesi için gerekli olan teknik araçlara ilişkin bilgilerdir. Söz konusu bilgiler için getirilen bilgi verme yükümlülüğü, yalnızca mesafeli sözleşme niteliğindeki ilişkilerde değil elektronik ticaret ortamında kurulan her türlü iş ve işlemlerde söz konusudur.

⁷⁶ Avcı Braun, "Mesafeli Sözleşmeler," 33.

⁷⁷ Çabri, *Kanun Şerhi*, 878. Aynı husus Tüketici Hakları Direktifinde de yer almaktadır. Bu Direktifin 6'ncı maddesinin 6'ncı fıkrasında ek ücret veya diğer masraflar hususunda tüketicinin bilgilendirilmemesi halinde tüketici bu fiyat ve masraflara katlanmayacağı ifade edilmiştir. Lodder, "Information Requirements Overload?," 377.

⁷⁸ Yıldırım, *Tüketicinin Korunması*, 180.

⁷⁹ Çakırca, "Mesafeli Sözleşmeler," 116.

⁸⁰ Siller, *Sözleşmelerin Kurulması*, 85; Yıldırım, *Tüketicinin Korunması*, 181.

⁸¹ Ekingen ve Özer Deniz, "Tüketicilerine Etkileri," 451.

3. Cayma Hakkının Kullanımına İlişkin Bilgiler

Cayma hakkı, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin etkin bir şekilde korunması açısından tüketiciye tanınan en önemli haklardan biridir.⁸² Bu hak sayesinde tüketici dikkatsizce veya düşünmeden girmiş olduğu sözleşme ilişkisinde, herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirebilmektedir.⁸³ Bu hakkın işlevsel bir şekilde kullanılabilmesi için MSY m. 5/I-(g), (ğ) ve (h) hükümleri, satıcı/sağlayıcı ile AHS'ye cayma hakkının kullanımına ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğü getirmiştir. Bu hükme göre cayma hakkının kullanılabilmesi hallerde, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü hakkında tüketici bilgilendirilmelidir.⁸⁴ Tüketici Hakları Direktifi m. 6/I-(h) bendinde bunların yanı sıra Direktif EK I (B)'de yer alan model cayma formunun da tüketicilere iletilmesi öngörülmüştür. MSY'de ise, Ek'de yer alan formu gönderme zorunluluğu yalnızca sesli iletişim yoluyla yapılan satışlar için getirilmiştir (MSY m. 11/III).

Cayma hakkının kullanılması sonucunda satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgi ile malın bu taşıyıcı ile iadesi halinde teslim masrafını geçmemek üzere iade masraf tutarı ve bu tutarın kim tarafından karşılanacağına ilişkin bilgi de ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamındadır.⁸⁵ Satıcının öngördüğü taşıyıcı dışında bir taşıyıcıyla malın iadesi yapılacak ise iade masrafının tüketici tarafından karşılanacağına ilişkin bilgiler, sözleşme kurulmadan önce tüketiciye sunulmalıdır. Aksi takdirde MSY m. 12/V uyarınca söz konusu iade masrafları her durumda satıcı/sağlayıcı tarafından karşılanacaktır. Yine aynı düzenleme gereğince, ön bilgilendirmenin eksik yapılmasından AHS sorumlu ise, bir başka ifade ile veri girişi AHS tarafından sağlanıyorsa, iade masraflarından AHS sorumlu tutulmalıdır.

Tüketici Hakları Direktifinde bazı durumlarda tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde tüketicilere belirli masrafların yüklenebileceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında satıcı/sağlayıcının bu durumların gerçekleşmesi halinde söz konusu masrafların tüketici tarafından karşılanacağı hususunda tüketiciyi bilgilendirmesi gerektiği m. 6/I- (j) bendinde ifade edilmiştir. Söz konusu durumlar; tüketicinin hizmetin ifasının başlamasını açıkça talep ettiği veya sınırlı hacimde veya belirli bir miktarda satışa sunulmadığı hallerde, su, gaz ya da elektrik tedarikinin ya da bölgesel ısıtmanın başlamasını istediği hallerdir.⁸⁶ Bu durumlarda cayma süresi içerisinde tüketicinin sözleşmeden cayması halinde, alınan hizmetlerin karşılığının tüketici tarafından ödenmesinin talep edilebilmesi için satıcı/sağlayıcıya bu hususlar hakkında tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir.⁸⁷ Türk hukukunda MSY m. 15/I-(h) bendi uyarınca tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmelerde cayma hakkının kullanılamayacağı düzenlendiğinden böyle bir düzenlemeye gerek duyulmamıştır.⁸⁸

Satıcı/sağlayıcı ile AHS MSY m. 5/I-(ğ) hükmü uyarınca, tüketicinin cayma bildiriminde bulunabilmesi için bu bildirimin yapılabileceği açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri hususunda tüketiciyi bilgilendirmelidir. Son olarak kanunda ve yönetmelikte düzenlenen cayma

⁸² Altın Şahin, "Cayma Hakkının İstisnaları" 234; Özbay Özdoğru, *Sorumluluğunun Şartları*, 74; Çakırca, "Mesafeli Sözleşmeler," 124-125.

⁸³ Aslan, *Tüketici Hukuku*, 494; Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 289; Siller, *Sözleşmelerin Kurulması*, 86.

⁸⁴ Yücedağ Göztepe, "Tüketicinin Cayma Hakkı," 670; Tekçe, "Tüketicilerin Korunması," 253; Çakırca, "Mesafeli Sözleşmeler," 116; Altın Şahin, "Cayma Hakkının İstisnaları," 235.

⁸⁵ Avcı Braun, "Mesafeli Sözleşmeler," 33; Baş Süzel, "Ön Bilgilendirme," 346.

⁸⁶ Söz konusu durumlar Tüketici Hakları Direktifi m. 7/III ve 8/VIII'de düzenlenmiştir.

⁸⁷ Baş Süzel, "Ön Bilgilendirme," 346.

⁸⁸ Tüketicinin onayı ile ifasına başlanan iş görme edimleri hususunda tüketicinin cayma hakkını tamamen kaybetmesi öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Zira Türk hukukunda kanun koyucu, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan iş görme ediminin ifasına başlanması ile iş görme edimi artık geri alınamayacağından tüketicinin de cayma hakkını kaybedeceği düşüncesi ile hareket etmiştir. Ancak ifanın kısım kısım yapılacağı veya belirli bir süreye yayılarak bir iş görme ediminin yapıldığı durumlarda iş görme ediminin ifası henüz tamamlanmadığı hallerde cayma hakkının tüketicinin elinden tamamen alınması tüketici aleyhine bir durum teşkil eder. Bunun yerine AB mevzuatında olduğu gibi tüketicilerin belirli masraflara katlanabileceği şartıyla cayma hakkının tanınması daha uygun olabilirdi. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Baş Süzel, "Ön Bilgilendirme," 346.

hakkının kullanılamayacağı özel durumlar hakkında tüketici bilgilendirilmeli, bu durumlar gerçekleştiğinde tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da cayma hakkının kullanımını hangi koşullarda kaybedeceğine ilişkin açıklayıcı bilgiler verilmelidir (MSY m. 5/I (h)).⁸⁹ Bu son hususun yerine getirilmesi de tüketici açısından çok önemlidir. Aksi takdirde tüketici cayma hakkını kullanabileceği varsayımı ile bir sözleşme ilişkisine girdikten sonra cayma hakkını kullanamama sürprizi ile karşılaşabilecektir.

4. Dijital İçeriklere Özgü Bilgiler

Satıcı/sağlayıcı ile AHS'nin ön bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde mesafeli sözleşmenin konusunu dijital içerik oluşturma halinde, söz konusu içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri varsa bu önlemler hakkında tüketici bilgilendirilmelidir (MSY m. 5/I (i)).⁹⁰ Kanaatimce teknik koruma önlemlerinin yalnızca varlığında değil yokluğu halinde de tüketici bilgilendirilmelidir. Zira mehz kanun teşkil eden Tüketici Hakları Direktifinin 19'uncu paragrafında dijital içeriğin işlevselliği hususunda satıcı/sağlayıcının bilgi verme yükümlülüğü içerisinde Dijital Haklar Yönetimi veya bölge kodlaması yoluyla koruma gibi herhangi bir teknik kısıtlamanın varlığı veya yokluğuna da atıfta bulunması gerektiği ifade edilmiştir.⁹¹

Ayrıca MSY m. 5/I-(j) hükmü uyarınca satıcı/sağlayıcının bildiği ya da makul olarak bilmesinin beklendiği hallerde dijital içeriğin hangi donanımla ya da yazılımla birlikte çalışabileceği hususunda tüketiciler bilgilendirilmelidir. Bu çerçevede söz konusu dijital içeriğin en uygun çalışacağı işletim sistemi, gerekli sürüm ve dijital içeriğe uygun donanım hususlarında tüketici bilgilendirilmelidir.

5. Uyuşmazlık Halinde Çözüm Yolları Hususunda Bilgiler

Yapılan birçok tüketici işleminde tüketiciler, sözleşmenin karşı tarafını oluşturan ve çoğu kez de tacir sıfatında olan satıcı ve sağlayıcıya karşı çok daha bilgisiz ve zayıf konumdadır. Bu nedenle tüketicilerin tarafı olacağı sözleşmeler kurulmadan önce kanun koyucu, satıcı/sağlayıcı ile AHS'lere aralarında yaşanacak herhangi bir uyuşmazlık halinde başvurabileceği kurumlar hakkında tüketicinin bilgilendirilmesini istemiştir (MSY m. 5/I (k)). Bu nedenle tüketicinin uyuşmazlık durumunda Tüketici Mahkemesine veya Tüketici Hakem Heyetine başvuru yapabileceğine ilişkin bilgi de ön bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde ele alınmaktadır.⁹²

6. Siparişin Doğuracağı Hukuki Sonuçlar

Satıcı/sağlayıcı ile AHS, tüketicinin platformda siparişini onaylamadan önce, siparişin doğuracağı hukuki sonuçlar hakkında tüketiciyi bilgilendirmek zorundadır. TKHK m. 48/II hükmüne göre tüketicinin siparişi onayladığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir.⁹³ Tüketici Hakları Direktifi m. 8/II'nin ikinci paragrafında bu husus “*girişimci, tüketicinin sipariş verirken, siparişin bir ödeme yükümlülüğü anlamına geldiğini açıkça kabul etmesini sağlamalıdır*” ifadesi ile düzenlenmiştir. Direktifte bu düzenleme yalnızca

⁸⁹ Yücedağ Göztepe, “Tüketicinin Cayma Hakkı,” 670.

⁹⁰ Avcı Braun, “Mesafeli Sözleşmeler,” 33.

⁹¹ Tüketici Hakları Direktifi, Gereke, p. 19.

⁹² Avcı Braun, “Mesafeli Sözleşmeler,” 34.

⁹³ Çabri, *Kanun Şerhi*, 880; Kuşuoğlu ve Kalkan, “Mesafeli Sözleşmeler,” 281.

elektronik uzaktan iletişim aracı⁹⁴ kullanılarak akdedilecek olan sözleşmeler için geçerli iken, Türk Hukuku'nda her türlü mesafeli sözleşme kurulmasında bu düzenleme uygulama alanı bulmaktadır.⁹⁵

Satıcı/sağlayıcının yahut AHS'nin siparişin doğuracağı hukuki sonuçlar hakkında tüketiciyi ne şekilde bilgilendireceğine ilişkin bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır. Tüketici Hakları Direktifinde ise bu husus elektronik uzaktan iletişim araçları ile kurulan sözleşmeler açısından açıklanmıştır. Tüketici Hakları Direktifi m. 8/II uyarınca, bir siparişin verilmesi bir butonun veya benzer bir unsurun tıklanması veya etkinleştirilmesi ile gerçekleştiriliyorsa, söz konusu buton veya benzer unsura kolayca okunabilir bir şekilde “*ödeme yükümlülüğü ile sipariş ver*” ya da siparişin verilmesi ile girişimciye ödeme yükümlülüğü altına gireceğini belirten veya buna karşılık gelen açık bir ifadenin eklenmesi gerekmektedir.⁹⁶ Bu sayede tüketici bu buton veya benzer bir unsura tıkladığında ödeme yükümlülüğü altına gireceği hususunda açıkça bilgilendirilmiş olacaktır.⁹⁷

Kanaatimizce ülkemizde de elektronik ortamda kurulan her türlü mesafeli sözleşmede tüketicilerin ödeme yükümlülüğü altına gireceği hallerde, tüketicilerin bu şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir. Aksi halde MSY m. 8/I uyarınca tüketici vermiş olduğu sipariş ile bağlı olmayacaktır.⁹⁸ Bu hüküm nispi emredici bir hüküm olup tüketici lehine yorumlanmalıdır. Siparişin doğuracağı sonuçlar hakkında ön bilgilendirme yapılmadan kurulan sözleşmelerde, tüketici isterse sözleşmenin doğuracağı hukuki sonuçlardan kurtulabilir. Siparişini vermekten vazgeçebilir. Ancak satıcı/sağlayıcı bu durumda tüketicinin sipariş ile bağlı olmadığını ileri sürerek söz konusu edimin ifasından kaçınmaz.⁹⁹ Ancak ifade etmek gerekir ki uygulamada çoğu zaman ödeme bilgileri alınmadan siparişin onaylanmasına izin verilmediğinden, tüketici “sipariş ver” butonuna tıkladığında siparişe bağlı olacağını ve hesabından ya da kredi kartından sözleşme bedelinin çekileceği hakkında bilgi sahibi olmaktadır.¹⁰⁰

7. Çevrimiçi Pazaryerlerine Yönelik Ek Bilgilendirme Yükümlülüğü

Modernizasyon Direktifi ile Tüketici Hakları Direktifi m. 6a hükmüne, 2019 tarihinde, çevrimiçi pazaryeri sağlayıcılarına yönelik özel bilgi verme yükümlülüğü eklenmiştir. Bu düzenleme uyarınca çevrimiçi pazaryerlerinde akdedilen sözleşmeler için çevrimiçi pazaryeri sağlayıcıları, satıcı/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğünün dışında ek bazı bilgiler hususunda tüketicileri aydınlatması gerekmektedir. Bu çerçevede m. 6a/I-(a) hükmü uyarınca arama sorgusu sonucunda tüketiciye sunulan tekliflerin sıralamasını belirleyen ana parametreler ve bu parametrelerin diğer parametrelerle kıyasla görece önemi hakkında tüketicinin, çevrimiçi pazaryeri sağlayıcı tarafından bilgilendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu bilgiler çevrimiçi pazaryerinin, tüketicinin doğrudan ve kolay bir şekilde ulaşabileceği özel bir alanında tüketiciye sunulmalıdır. Söz konusu hükmün (b) bendinde ise çevrimiçi pazaryeri sağlayıcısı üçüncü tarafın kendisine yaptığı beyana dayanarak satıcı/sağlayıcı niteliğinde olup olmadığı hususunda tüketiciyi bilgilendirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Hükmün (c) bendinde ise malları, hizmetleri veya dijital içeriği sunan üçüncü taraf satıcı/sağlayıcı değilse, Birlik tüketici koruma hukukundan doğan tüketici haklarının aracılık edilen sözleşmeye uygulanmayacağı konusunda tüketicinin bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Son olarak (d)

⁹⁴ “Elektronik uzaktan iletişim aracı” ile anlaşılması gerekenin ne olduğu Tüketici Hakları Direktifinin Gerekçesinin 39’uncu maddesinden çıkartılabilmektedir. Bu düzenlemeye göre, elektronik uzaktan iletişim aracı ile anlaşılması gereken, internet sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerdir. Aynı yönde; Baş Süzel, “Ön Bilgilendirme,” 348; Zira MSY m. 6/II’de düzenlenen mesafeli sözleşmenin internet yoluyla kurulması halinde, ön bilgilendirme yöntemine ilişkin özel düzenlemelerin karşılığı Tüketici Hakları Direktifinde “elektronik uzaktan iletişim aracı” ile kurulan sözleşmeler olarak ifade edilmiştir. Bu çerçevede Türk Kanun Koyucusu da elektronik uzaktan iletişim aracı kavramını internet yoluyla kurulan sözleşmeler olarak yorumladığı çıkartılmaktadır.

⁹⁵ Terzi, “Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü,” 137.

⁹⁶ Lodder, “Information Requirements Overload?”, 375-376; Terzi, “Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü,” 137.

⁹⁷ Bu sayede daha sonradan sözleşmenin yanlışlıkla kurulduğu ve benzeri iddiaların ileri sürülmesinin önüne geçilecektir. Baş Süzel, *Mesafeli Sözleşmeler*, 39.

⁹⁸ Tüketici Hakları Direktifi m. 8/II hükmünde de paralel bir düzenleme bulunmaktadır. Lodder, “Information Requirements Overload?”, 376.

⁹⁹ Bu yaptırıma öğretide “sınırlı esnek hükümsüzlük” de denilmektedir. Baş Süzel, “Ön Bilgilendirme,” 349.

¹⁰⁰ Terzi, “Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü,” 137.

bendinde uygulanabildiği ölçüde, aracılık edilen sözleşmeye ilişkin yükümlülüklerin malları, hizmetleri veya dijital içeriği sunan üçüncü taraf ile çevrimiçi pazaryeri sağlayıcısı arasında nasıl paylaşıldığına ilişkin bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmektedir.

Tüketici mevzuatımızda bu hususlarda AHS'lere yönelik özel bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kanaatimizce AHS'lerin ön bilgilendirmenin yapılması, teyidi ve ispatına ilişkin satıcı/sağlayıcı ile birlikte müteselsil sorumluluğu olumlu bir gelişme iken, Tüketici Hakları Direktifinde yer alan ek bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin bulunmaması önemli bir eksikliktir. Zira söz konusu düzenlemelerle tüketici, çevrimiçi platformlarda işlem yaparken kendisine sunulan tekliflerin sıralamasını belirleyen parametreler hakkında bilgi sahibi olacak ve daha sağlıklı bir şekilde mal veya hizmetleri karşılaştırabilecektir. Yine mal veya hizmet sunan tarafın satıcı/sağlayıcı niteliğinde olup olmadığı ve satıcı/sağlayıcı niteliğinde değilse tüketici mevzuatı hükümlerinden faydalanamayacağı hususunda tüketicinin bilgilendirilmesi de önemlidir. Böylece akdettiği sözleşmenin mesafeli sözleşme niteliğinde olduğunu düşünen tüketici, karşı tarafın satıcı/sağlayıcı niteliğinde olmadığı gerçeğiyle karşılaşma sürprizi ile karşılaşmayacak ve olası irade sakatlığı hallerinin önüne geçilmiş olacaktır. Ayrıca kimi durumlarda tüketici AHS'yi sözleşmenin tarafı olarak algılamakta ya da aracılık edilen sözleşmenin gereği gibi ifasından AHS'nin de sorumlu olabileceğini düşünebilmektedir. Bu hususu açıklığa kavuşturmak ve tüketicinin herhangi bir yanılgıya düşmesini önlemek için aracılık edilen sözleşmeye ilişkin yükümlülüklerin satıcı/sağlayıcı ile AHS arasında nasıl paylaşıldığına ilişkin bilgilendirilmesi de önemlidir. Bütün bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda kanaatimizce en kısa zamanda TKHK'da bu yönde bir düzenlemenin yapılması yerinde olur.

C. Ön Bilgilendirme Yöntemi

Ön bilgilendirme yönteminin ne şekilde olacağı MSY m. 6/I'de detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Bu çerçevede mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamındaki bilgiler, en geç sözleşmenin kurulması safhasına kadar kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde tüketiciye sunulmalıdır¹⁰¹.

MSY m. 6/I uyarınca satıcı/sağlayıcı ön bilgilendirme kapsamındaki bilgileri yazılı olarak ya da kalıcı veri saklayıcısı ile tüketicilere sunulmalıdır¹⁰². AHS aracılığıyla kurulan mesafeli sözleşmeler çoğu zaman elektronik ortamda kurulduğundan uygulamada söz konusu bilgilendirme kapsamındaki bilgiler kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye iletilmektedir. TKHK m. 3/I-(f) hükmünde kalıcı veri saklayıcı; *“Tüketicinin gönderdiği veya kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaşılmasına imkân veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, CD, DVD, hafıza kartı ve benzeri her türlü araç veya ortam”* şeklinde tanımlanmıştır¹⁰³. Bu çerçevede ön

¹⁰¹ Topaloğlu, “Mesafeli Sözleşmeler,” 26; Merve Arslan, *Elektronik Ticaret ve Mesafeli Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, (Seçkin Yayıncılık, 2021), 149; Erek, “Tüketicinin Cayma Hakkı,” 525; Demir, “Hukuki Sorumluluğu,” 1796; Avcı Braun, “Mesafeli Sözleşmeler,” 34; Bütün Yılmaz, “Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı,” 336; Çabri, *Kanun Şerhi*, 878. Bu düzenlemede yer alan şartlar TKHK m. 4/I'de yer alan tüm sözleşmeler için öngörülen bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin şartların tekrarı niteliğindedir. Çakırca, “Mesafeli Sözleşmeler,” 118.

¹⁰² Oysa mehzaz kanun teşkil eden Tüketici Hakları Direktifi m. 6/I hükmünde girişimci ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamındaki bilgileri tüketicilere vermesi veya bu bilgileri sade ve anlaşılır bir dilde kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak tüketicinin erişimine sunmasının yeterli olduğunu düzenlemektedir. Söz konusu bilgilerin kalıcı veri saklayıcısı ile sunulması halinde ise bu bilgilerin okunaklı olması şartını koymuştur. Bu düzenlemede ön bilgilerin tüketiciye sunulması yeterli olup herhangi bir şekil şartı getirilmemiştir. Kanaatimizce Türk Hukuku'nda da böyle bir düzenleme yeterlidir. Zira sözleşme kurulduktan sonra ETK m. 3/IV gereği zaten sözleşme hükümleri, alıcı tarafından yeniden görülebilmesi, basılı bir şekilde kullanılabilmesi ve saklanabilmesi amacıyla alıcıya fiziki veya elektronik ortamda temin edilmesi yükümlülüğü getirilmektedir. Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Baş Süzel, “Ön Bilgilendirme,” 356.

¹⁰³ Tüketici Hakları Direktifi m. 2/X'da kalıcı veri saklayıcısı, *“Tüketici veya satıcı/sağlayıcının kendisine kişisel olarak yöneltilen bilgileri, bilginin amaçları için yeterli bir süre boyunca ileride başvurmak üzere erişilebilir bir şekilde saklamasını sağlayan ve saklanan bilgilerin değiştirilmeden çoğaltılmasına izin veren herhangi bir*

bilgilendirmenin gereği gibi yapılabilmesi için tüketicinin kendisine verilen bilgileri kaydetme ve sonrasında bu bilgilere ulaşabilme imkanına sahip olması gerekmektedir¹⁰⁴. Aksi halde satıcı/sağlayıcı ile AHS ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemiş sayılır¹⁰⁵.

MSY m. 6/II uyarınca sözleşmelerin internet yoluyla kurulması halinde satıcı/sağlayıcı ile AHS'lere ön bilgilendirme yöntemi açısından ek yükümlülükler getirilmiştir.¹⁰⁶ Bu hüküm uyarınca tüketicinin ödeme yükümlülüğü altına girmesinden hemen önce sözleşme konusu mal ve hizmetin nitelikleri, vergiler dahil toplam fiyat ile ek masraflar ve cayma hakkının kullanımına ilişkin bilgiler bir bütün olarak açık bir şekilde gösterilmelidir (MSY m. 6/II (a)).¹⁰⁷ Bu hükme benzer bir hüküm 32058 sayılı Yönetmelik m.8/I (b) bendinde de düzenlenmiştir. Zira bu hükme göre ETAHS, siparişin onaylanması aşamasında ve ödeme bilgilerinin girilmesinden önce, vergi ve teslimat masrafları dahil alıcının ödeyeceği toplam bedel ve sözleşmenin diğer şartlarının alıcı tarafından açıkça görülmesini sağlamak zorundadır. Ancak tüketici mevzuatında yer alan düzenlemede tüketicinin sipariş vereceği mal veya hizmetin niteliği ve ödeyeceği toplam bedel ile tüketiciye özel olarak tanınan cayma hakkına ilişkin bilgiler bir bütün olarak tüketiciye sunulmaktadır. Bu çerçevede tüketicinin bir borç ilişkisine girerken çok daha sağlıklı bir şekilde iradesini ortaya koyması amaçlanmıştır.¹⁰⁸ Bu hükümden anlaşılabileceği üzere elektronik sözleşmelerde, satıcı/sağlayıcı ile AHS ön bilgilendirmenin kapsamı açısından olmasa da bu bilgileri sunma şekli açısından ek bir yükümlülük altına girmektedir.¹⁰⁹

Yine son olarak MSY m. 6/II-(b) bendine göre satıcı/sağlayıcı ile AHS herhangi bir gönderim kısıtlamasının var olup olmadığını ve hangi ödeme araçlarının kabul edildiği hususlarını, en geç tüketici sipariş vermeden önce, açık ve anlaşılabilir bir şekilde tüketiciye açıklamalıdır. Söz konusu düzenleme Tüketici Hakları Direktifi m. 8/III ile paralellik arz etmektedir. Zira Direktif'te de, *"ticari web siteleri, herhangi bir teslimat kısıtlamasının geçerli olup olmadığını ve hangi ödeme araçlarının kabul edildiğini en geç sipariş sürecinin başında açık ve okunaklı bir şekilde belirtmesi"* gerektiği düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelerle internet ortamında kurulan mesafeli sözleşmelerde satıcı/sağlayıcı ile AHS'ye, ön bilgilendirmenin kapsamı açısından olmasa da yöntemi bakımından, ek yükümlülükler

araç" şeklinde tanımlanmıştır. Bu çerçevede MSY, Tüketici Hakları Direktifiyle paralel şekilde düzenlenmiştir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Lodder, "Information Requirements Overload?", 366. Öğretideki bir tanıma göre ise kalıcı veri saklayıcısı, elektronik posta, SMS mesajı veya bir diğer sosyal medya aracı üzerinden tüketiciye gönderilen, sonradan değiştirilemeyen her türlü iletidir. Terzi, "Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü," 137.

¹⁰⁴ Örneğin, ön bilgilendirme formunun tüketiciye gönderilmesi ve bunun okunmasını sağlayacak programların ücretsiz olarak tüketiciye sunulması halinde ön bilgilendirmeye ilişkin diğer yükümlülüklerle uyulması şartıyla yükümlülük yerine getirilmiş olur. Tekçe, "Tüketicilerin Korunması," 254. 2012 yılında ABAD kalıcı veri saklayıcısı ile tüketicilere ön bilgilerin sunulması hususunda karar vermiştir. Bu çerçevede sıradan bir web sitesi üzerinden tüketicilere sunulan ön bilgilerin tüketicilere sunulması kalıcı veri saklayıcısı anlamına gelmemektedir. Zira sıradan bir web sitesinde tüketicilerden bağımsız olarak değiştirilebilecek bilgiler üzerinde tüketicilerin kontrolü olmadığı için yeterince kalıcı olarak kabul edilmemektedir. Judgement of the Court 5 July 2012, Content Services Ltd. & Bundesarbeitskammer, C-49/11, ECLI:EU.C 2012:419, p. [48]

¹⁰⁵ Çabri, *Kanun Şerhi*, 879.

¹⁰⁶ Topaloğlu, "Mesafeli Sözleşmeler," 27; Terzi, "Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü," 135; Çakırca, "Mesafeli Sözleşmeler," 118-119.

¹⁰⁷ Demir, "Hukuki Sorumluluğu," 1796. Mehzaz Kanun teşkil eden Tüketici Hakları Direktifi m. 8/II hükmünde de elektronik uzaktan iletişim aracı ile akdedilecek sözleşme, tüketiciyi borç altına sokması halinde, girişimci tüketiciyi açık ve belirgin bir şekilde ve tüketicinin sipariş vermesinden hemen önce Direktif m. 6/I (a), (e), (o) ve (p) bentleri hakkında bilgilendirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak söz konusu düzenlemeye bakıldığında Direktif m.6/I-(o) bendinde sözleşmenin feshine ilişkin koşullar (p) bendinde ise tüketicinin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerinin süresi hususları düzenlenmiştir. Oysa, MSY'de satıcı/sağlayıcının bu hususlara ilişkin bilgilendirmede bulunması gerekmemektedir. Yine MSY'de cayma hakkının kullanımına ilişkin bilgilerin sözleşme kurulmadan hemen önce gösterilmesi gerekirken Direktif M. 8/II'de bu hususa yer verilmemiştir.

¹⁰⁸ Avcı Braun, "Mesafeli Sözleşmeler," 35.

¹⁰⁹ Terzi, "Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü," 135.

getirilmiştir.¹¹⁰ Bu sayede tüketici siparişi ile bağlı olmadan önce sipariş ettiği ürünün teslimatının ne şekilde gerçekleşeceğini ve ödeme yapma yöntemini önceden bilerek hareket edecektir. Aksi bir durum düşünüldüğünde tüketici evine teslim edilmesini istediği ürünü mağazadan almak zorunda kalabilecek ya da kredi kartı ile ödeme yapmak istemesi durumunda ödemenin teslimat sırasında nakit olarak tahsil edileceği sürprizi ile karşılaşabilecektir.¹¹¹

Mesafeli sözleşmenin sesli iletişim yoluyla kurulması halinde ise, satıcı/sağlayıcı MSY m. 5 (a), (d), (g) ve (h) bentlerindeki hususlarda, tüketiciyi söz konusu ortamda sipariş verilmeden hemen önce açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmesi gerekmektedir. Ayrıca ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamındaki bilgilerin tamamını en geç mal teslimine veya hizmetin ifasına kadar yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye göndermelidir (MSY m. 6/III).¹¹² Ancak siparişe ilişkin bilgiler sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla mesafeli sözleşme kurulması halinde, MSY m. 6/IV hükmü gereği MSY m. 5-(a), (b), (d), (g) ve (h) bentlerinde yer alan hususlarda, tüketici siparişin vermesinden hemen önce açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir.¹¹³ Bu durumda da sesli iletişim yoluyla kurulan mesafeli sözleşmelerle benzer şekilde ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamındaki tüm bilgiler malın teslimi veya hizmetin ifasına kadar yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye gönderilmesi zorunludur. Ancak bu iki halde kimi durumlarda sözleşmenin kurulması ile hizmetin ifası aynı anda gerçekleşebilmektedir. Bu durumda MSY m. 6/V özel bir düzenleme getirmektedir. Bu hükme göre bu ortamlarda gerçekleşen mesafeli sözleşmelerde tüketicinin, sipariş vermeden hemen önce söz konusu ortamda MSY m. 5/I (a), (b), (d) ve (h) bentlerinde yer alan hususlarda açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmesi yeterli olacaktır.

D. Ön Bilgilendirmenin Teyidi

Tüketicinin sözleşme ile ilgili ön bilgileri MSY m. 6'da belirtilen yöntemlerle elde ettiğini teyit etme yükümlülüğü TKHK m. 48/VI-(a) ve MSY m. 7 uyarınca yine satıcı/sağlayıcı ile AHS üzerindedir. Yönetmelik'te satıcı/sağlayıcı ile AHS'nin ön bilgilendirmenin teyidini "*kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak*" yapacağı düzenlenmiştir.¹¹⁴ Söz konusu düzenlemede kullanılan ifade teyidin ne şekilde yapılacağına ilişkin net ve açık bir belirlemeden uzaktır. Bu nedenle öğretide teyidin ne şekilde yapılacağı hususunda farklı görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre web sitesinde yapılan işlem sonucunda ekranda yazan teyit yazısının altındaki kutucuğu tıklayarak alıcıdan ön bilgilendirme hususunda teyit alınabileceği kabul edilmektedir.¹¹⁵ Ancak bu durumda kalıcı bir veri taşıyıcısından söz edilemeyeceğinden ispat açısından sorun teşkil edecektir. Zira satıcı/sağlayıcı tarafından söz konusu bilgiler her zaman değiştirilebilecektir. Bu nedenle öğretideki bir görüş e-posta yoluyla teyidin yapılmasının daha isabetli olacağını ifade etmektedir.¹¹⁶ Ayrıca, tüketicinin gerekli bilgileri, web sitesi üzerinden indirdikten sonra sabit diske kaydetmesi halinde de geçerli bir şekilde teyidin yapıldığından bahsedilebilir.¹¹⁷ Ancak bu durumda da satıcı/sağlayıcı gerektiğinde tüketicinin gerekli bilgileri web sitesi üzerinden bilgisayarına indirtip, sabit

¹¹⁰ Çabri, *Kanun Şerhi*, 879; Özbay Özdoğru, *Sorumluluğunun Şartları*, 77.

¹¹¹ Baş Süzel, "Ön Bilgilendirme," 349.

¹¹² Topaloğlu, "Mesafeli Sözleşmeler," 27.

¹¹³ Çakırca, "Mesafeli Sözleşmeler," 119.

¹¹⁴ Önceki düzenlemelerde de satıcı/sağlayıcının tüketicilerden ön bilgilendirmenin yapıldığına dair teyit alması gerektiği ifade edilmişti. Ancak bu düzenlemelerde kural teyidin yazılı olarak alınması gerektiğidir. Yeni düzenlemelerle bu kural değiştirilmiş ve sözleşme yapılırken kullanılan iletişim aracına uygun olarak teyidin yapılabileceği ifade edilmiştir. Bu çerçevede satıcı/sağlayıcıya ön bilgilendirmenin teyidinin yapılmasında bir nebze olsun serbestlik tanınmıştır. Bu hususta bkz. Ereğ, "Tüketicinin Cayma Hakkı" 527; Bütün Yılmaz, "Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı," 336. Ön bilgilendirmenin teyidinin yazılı yapılması gerektiğine ilişkin önceki düzenlemenin eleştirisi için bkz. Atamer, "Değişiklik Önerileri," 182-183.

¹¹⁵ Bütün Yılmaz, "Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı," 336; Topaloğlu, "Mesafeli Sözleşmeler," 27.

¹¹⁶ Terzi, "Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü," 136.

¹¹⁷ Savaş Bozbel, "Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler – 97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/3, no. 4 (2003):797.

diske kaydettiğini ispat etmekle yükümlüdür.¹¹⁸ Uygulamada bu teyit, çoğunlukla sözleşmenin kurulmasından önce tüketicinin mutlak suretle onaylamak zorunda olduğu teyit butonuyla yerine getirilmektedir. Söz konusu teyit butonu tıklanmadığı sürece tüketici sipariş verememektedir.¹¹⁹

Tüketicilerin MSY m. 6'da belirtilen yöntemlerle ön bilgileri edindiğini teyit etme zorunluluğunun amacı, fiziki olarak karşı karşıya gelmeden satıcı/sağlayıcı ile uzaktan iletişim aracı ile sözleşme ilişkisine girmeden önce daha sağlıklı ve doğru karar verebilmeleri için gerekli olan ön bilgilerin verildiğinin ispat edilmesidir. Bu sayede satıcı/sağlayıcı, kanunda belirtilen ön bilgileri ulaştırdığını tüketiciye teyit ettirecek ve tüketici sözleşme ilişkisine girmeden önce karar verme aşamasında aydınlatılmış, özgür ve güvenilir bir şekilde irade beyanında bulunabilecektir.

Usul hukukunda kural olarak maddi vakıanın ispat yükü, lehine sonuç doğacak kişinin üzerindedir. Oysa mesafeli sözleşmelerde tüketicinin mevzuatta belirtildiği şekilde bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükü satıcı/sağlayıcı ile AHS'ye aittir.¹²⁰ Burada ifade etmek gerekir ki tüketici ön bilgilendirmenin teyidini usulüne uygun bir şekilde gerçekleştirmişse, bu artık satıcı/sağlayıcı ile AHS'nin ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiği açısından da ispat teşkil eder.¹²¹

Ancak ön bilgilendirmenin teyidinin yapılmaması halinde tüketici kendisine bilgilendirme yapılmadığını iddia ediyorsa bu durumda tüketicinin kanuna uygun bir şekilde ön bilgileri edindiğini ispat yükü satıcı/sağlayıcı ile AHS üzerinde olacaktır.¹²² Satıcı/sağlayıcı ile AHS'nin ön bilgilendirme yaptığını ispat edebilmesi için ön bilgilendirmeyi yazılı şekilde yahut kalıcı veri saklayıcısı yoluyla gerçekleştirmesi gerekmektedir.¹²³ Elektronik ortamda kurulan mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirme kalıcı veri saklayıcısı ile yapıldığından bu hususun ispatı ve ön bilgilendirmenin teyidi ile ispat gerçekleşmektedir.

IV. ÖN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

Satıcı/sağlayıcı ile AHS'nin mesafeli sözleşmelerde tüketicileri bilgilendirme yükümlülüğü Kanun'dan doğmaktadır. Zira, TKHK m. 48 ve MSY m. 5 vd. hükümlerinde satıcı/sağlayıcı ile AHS'nin ön bilgilendirme yükümlülüğünün sınırları net bir şekilde çizilmiştir. Bu kişilerin kanundan doğan ön bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranması sonucunda gerek idari gerekse hukuki yaptırımlar gündeme gelebilecektir. Bu başlık altında satıcı/sağlayıcı ile AHS'nin ön bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal etmesi halinde doğabilecek hukuki sonuçlar tartışılmaktadır.

A. Ön Bilgilendirmenin Eksik, Yanlış ya da Zamanında Yapılmaması

1. Genel Olarak

Kanunda ifade edilen ön bilgilendirmeye ilişkin yükümlülüklerin eksik, yanlış ya da zamanında yapılmaması bilgilendirmeyi hiç yapmamakla aynı hukuki sonuçları ortaya çıkartır.¹²⁴ Zira bilgi verme yükümlülüğü çerçevesinde gerekli olan bilgilerin eksik verilmesi ya da sözleşmenin kurulmasından önce verilmesi gereken bilgilerin sözleşme kurulduktan sonra karşı tarafa iletilmesinin bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmediği anlamına gelmektedir. Aynı şekilde ön bilgilendirin mevzuatta belirtilen şekilde tüketicilere sunulmaması da ön bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurmaktadır.

¹¹⁸ Bozbel, "Mesafeli Sözleşmeler," 797.

¹¹⁹ Çabri, *Kanun Şerhi*, 880.

¹²⁰ Erek, "Tüketicinin Cayma Hakkı" 526; Tekçe, "Tüketicilerin Korunması," 253; Avcı Braun, "Mesafeli Sözleşmeler," 34; Demir, "Hukuki Sorumluluğu," 1795; Kuğuoğlu ve Kalkan, "Mesafeli Sözleşmeler," 282.

¹²¹ Terzi, "Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü," 136.

¹²² Aynı yönde bkz. Lodder, "Information Requirements Overload?," 370. Tüketici Hakları Direktifi m. 6/IX hükmü de aynı yönde düzenleme içermektedir.

¹²³ Çabri, *Kanun Şerhi*, 757; Terzi, "Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü," 137.

¹²⁴ Baş Süzel, *Mesafeli Sözleşmeler*, 51.

Ön bilgilendirme yükümlülüğünün ihlalinin hukuki sonucunun ne olacağı öğretide tartışılmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre ön bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranışın hukuki sonucu sözleşmenin kurulmamış sayılacağıdır.¹²⁵ Bir başka ifade ile bu görüşe göre bilgi verme yükümlülüğüne uyulmadan kurulan bir sözleşme “yokluk” yaptırımına tabidir. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, ön bilgilendirme yükümlülüğü her ne kadar kanunda düzenlenmiş olsa da mesafeli sözleşmeler açısından kurucu unsur olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden herhangi bir yasal zemin bulunmamaktadır. Zaten işin niteliği gereği olarak da sözleşmenin kurulmamış sayılması yaptırımının uygulanması, ön bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal eden ve çoğu zaman sözleşmenin daha güçlü tarafını oluşturan satıcı/sağlayıcı ile AHS açısından daha lehe bir durum ortaya çıkaracaktır.¹²⁶ Zira bu sayede ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen satıcı/sağlayıcı sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulabilecektir.

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise ön bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edilmesinin hukuki yaptırımı mesafeli sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirmesidir.¹²⁷ Bu görüşe göre, ön bilgilendirme yükümlülüğü, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce tüketicinin bilgilendirilmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Aynı zamanda söz konusu bilgilendirme yükümlülüğü kanunda emredici hükümlerle düzenlendiğinden, bu yükümlülüğe aykırılık kesin hükümsüzlük hali teşkil edecektir. Ancak sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü diğer tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi yalnızca tüketici ileri sürebilecektir.¹²⁸

Kanaatimizce bu görüş de eleştiriye açıktır. Zira ön bilgilendirme yükümlülüğünün dayanağını TMK m. 2’de yer alan dürüstlük kuralı oluşturmaktadır.¹²⁹ TKHK m. 48/II’de düzenlenen ön bilgilendirmeye ilişkin yükümlülükler, söz konusu dürüstlük kuralının somutlaştırılarak kanuni zemine alınmasından ibarettir. Bu çerçevede ön bilgilendirme yükümlülüğü satıcı/sağlayıcı ile AHS’ye yüklenen, kanundan doğan bir yan yükümlülük niteliğindedir. Bu nedenle kanaatimizce genel kural olarak ön bilgilendirme yükümlülüğünün ihlalinin mesafeli sözleşmenin geçerliliğine bir etkisi bulunmamaktadır.¹³⁰ Ancak kanundan doğan yan yükümlülüğün ihlal edilmesi, TBK m. 112 uyarınca bir tazminat sorumluluğu ortaya çıkartır. Bu çerçevede ön bilgilendirmenin gereği gibi yapılmaması nedeniyle tüketici bir zarara uğrarsa, bu zararın tazmini için, kanunda sorumlu tutulan satıcı/sağlayıcı ile AHS’ye başvurabilecektir.

2. Özel Düzenlemeler

Sözleşme hukukunun genel sonucu olan tazminat sorumluluğunun yanı sıra, tüketici mevzuatında ön bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde sunulması gereken bazı ön bilgilerin eksikliği halinde uygulanabilecek özel düzenlemeler de söz konusudur. Buna göre;

a. Ek Masraflara İlişkin Bilgilendirme Yükümlülüğünün İhlali

MSY m. 5/III uyarınca, ek masraflara ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, bu masraflar tüketiciden talep edilemeyecektir. Bu husus Tüketici Hakları Direktifi m. 6/VI hükmünde de açıkça ifade edilmektedir. Bu düzenlemeye göre, mesafeli sözleşmenin kurulması aşamasından önce nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar veya bu masrafların önceden

¹²⁵ Terzi, “Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü,” 137.

¹²⁶ Baş Süzel, *Mesafeli Sözleşmeler*, 52.

¹²⁷ Çabri, *Kanun Şerhi*, 880.

¹²⁸ Çabri, *Kanun Şerhi*, 880.

¹²⁹ Ceylan, “Tüketicinin Ön Bilgilendirilmesi,” 21; Yıldırım, *Tüketicinin Korunması*, 162; Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 97.

¹³⁰ Atamer, ön bilgilendirme yükümlülüğünün ihlalinin hukuki sonuçlarına ilişkin gerek AB Direktiflerinde gerekse Türk hukukunda genel bir düzenleme bulunmadığından kural olarak ön bilgilendirme yükümlülüğünün ihlalini yukarıdaki görüşle paralel şekilde mesafeli sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğini ileri sürmektedir. Ancak, bu halde ön bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal eden satıcı/sağlayıcıya karşı tüketici örgütleri gibi bazı kurumların dava hakkı bulunduğunu ve ayrıca, ön bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali haksız rekabet teşkil etmesi durumunda, haksız rekabet kurallarına dayanarak satıcı/sağlayıcıya karşı dava açılabileceğini ifade etmektedir. Atamer, “Değişiklik Önerileri,” 180-181.

hesaplanamaması durumunda ek masrafların ödenebileceği hususunda tüketici bilgilendirilmezse söz konusu masraflar tüketiciden istenemeyecektir.¹³¹

Ayrıca ifade etmek gerekir ki sözleşmenin kurulmasında kullanılan uzaktan iletişim aracının kullanım bedeli, olağan ücret tarifesini aştığı durumlarda da bu hususun tüketiciye yüklenen ek masraf olarak ayrıca bilgilendirilmesi gerekmektedir (MSY m. 5/I-(e) ve Tüketici Hakları Direktifi m. 6/I-(f)). Bu husus genel ek masraflardan ayrı ve bağımsız bir kalem oluşturduğundan, bu hususta özel olarak tüketici bilgilendirilmelidir.¹³² Kanaatimizce bu hususta da tüketici bilgilendirilmez ise MSY m. 5/III'e kıyasen olağan ücret tarifesini aştığı ölçüde ortaya çıkan ek masrafları, satıcı/sağlayıcı veya sorumlu tutulduğu hallerde AHS karşılamak durumundadır.

b. Malın İadesine İlişkin Bilgilendirme Yükümlülüğünün İhlali

MSY m. 12/V uyarınca, satıcı/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında m. 5/I-(g) bendinde belirtilen, satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgi ile bu taşıyıcıyla malın iadesi halinde teslim masrafını geçmemek üzere belirlenen iade masraf tutarı ve bunun kim tarafından karşılanacağı hususunda tüketici bilgilendirilmezse söz konusu masraf satıcı/sağlayıcı tarafından karşılanmalıdır. Yine aynı düzenleme uyarınca satıcının iade için öngördüğü taşıyıcı dışında bir taşıyıcı ile malın iadesi durumunda iade masraflarının tüketici tarafından karşılanacağı hususunda bilgilendirme yapılmaz ise bu masrafları da satıcı/sağlayıcı karşılamak zorundadır.

Ancak AHS aracılığıyla kurulan mesafeli sözleşmelerde m. 5/I-(g) hükmünde belirtilen hususlarda tüketicinin bilgilendirilmemesi AHS'den kaynaklanıyorsa söz konusu masraflardan AHS sorumlu olacaktır. Bu çerçevede ifade edilmelidir ki kural olarak cayma hakkının kullanımı sonucunda iade masrafları satıcı/sağlayıcı tarafından karşılanması gerekirken, iadeye ilişkin satıcı/sağlayıcının yapacağı özel bilgilendirme sonucunda söz konusu iade masraflarının teslim masraflarını aşmayacak şekilde tüketici tarafından karşılanması da istenebilecektir. Bu husus Tüketici Hakları Direktifi m. 6/VI'da aynı şekilde düzenlenmektedir.

c. Cayma Hakkının Kullanımına İlişkin Bilgilendirmenin İhlali

Cayma hakkının kullanımına ilişkin bilgilendirmenin gereği gibi yapılmaması halinde tüketicinin cayma hakkı süresi uzayacaktır.¹³³ Bu husus MSY m. 10'da "...Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir..." şeklinde ifade edilmiştir. Bu durumda tüketici cayma hakkı süresini geçirmiş dahi olsa sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirebilecektir. Ancak söz konusu cayma hakkının kullanılabilmesi süre sınırsız olarak düzenlenmemiştir. Bu süre olağan şartlarda cayma süresinin bittiği andan itibaren bir yıl sonra sona erecektir.¹³⁴ Bir başka ifade ile mal teslimine ilişkin sözleşmelerde cayma hakkının kullanılmasına ilişkin bilgilendirme gereği gibi yapılmazsa malın tesliminden itibaren bir yıl artı on dört gün içerisinde tüketici cayma hakkını kullanabilmektedir.¹³⁵ Benzer düzenleme mehz Tüketici Hakları Direktifi m. 10'da da yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre "Eğer satıcı tüketiciye madde 6/(I)-(h) bendinde belirtilen cayma hakkına ilişkin hususlarda bilgi vermemişse, m. 9/(2) uyarınca cayma hakkı, belirlenen cayma süresinin sona ermesinden itibaren 12 ay sonra sona erer."¹³⁶

Öğretide bu hususta tartışılan mesele, tüketicinin cayma hakkının bulunduğu hususunda bilgi sahibi olmasına rağmen, satıcı/sağlayıcının cayma hakkına ilişkin bilgilendirmede bulunmaması durumunda cayma hakkı süresi yine de uzayıp uzamayacağıdır. Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüş bu halde

¹³¹ Tekçe, "Tüketicilerin Korunması," 253; Kuğuoğlu ve Kalkan, "Mesafeli Sözleşmeler," 281.

¹³² Baş Sözel, *Mesafeli Sözleşmeler*, 35.

¹³³ Aslan, *Tüketici Hukuku*, 489; Tekçe, "Tüketicilerin Korunması," 257; Erek, "Tüketicinin Cayma Hakkı" 520.

¹³⁴ Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 289; Yücedağ Göztepe, "Tüketicinin Cayma Hakkı," 673.

¹³⁵ Terzi, "Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü," 138; Erek, "Tüketicinin Cayma Hakkı" 528.

¹³⁶ Önceki Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği Direktifinde ve Türk Hukukunda cayma hakkının kullanılması için üst süre bulunmamaktaydı. Ancak Tüketici Hakları Direktifi ile üst süre getirilerek uygulamada birlik sağlanması hedeflenmiştir. Bu düzenlemenin dayanağını oluşturan karar için bkz. Judgement of the Court 13 December 2001, *Heininger & Bayerische*, C-481/99, ECLI:EU. C 2001:684.

de cayma hakkı süresinin uzayacağını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, satıcı/sağlayıcı bu durumda tüketicinin TMK m. 2 uyarınca hakkını kötüye kullandığını ileri süremez. Kanaatimizce de bu görüş yerindedir. Zira satıcı/sağlayıcıya kanunda özel olarak düzenlenmiş bir ön bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Satıcı/sağlayıcı kolaylıkla bu yükümlülüğünü yerine getirerek cayma hakkı süresinin uzamasını engelleyebilecektir. Bu nedenle cayma hakkının kullanımına ilişkin usulüne uygun bir bilgilendirme yapmayan satıcı/sağlayıcı bunun sonuçlarına katlanmalıdır.¹³⁷

Son olarak ifade etmek gerekir ki cayma hakkına ilişkin yönetmelikte belirtilen hususlarda usulüne uygun bilgilendirmenin, bu bir yıllık süre içerisinde yapılması halinde, bu bilgilendirmenin gereği gibi yapılmasından itibaren cayma hakkı süresi olan 14 günlük süre başlayacaktır.¹³⁸

Tüketicinin cayma hakkı konusunda eksik, yanlış ya da hiç bilgilendirilmemesinin tek yaptırımı cayma hakkı süresinin uzatılması değildir. MSY m. 13/II hükmü gereğince kural olarak tüketici cayma hakkı süresi içerisinde malı işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun bir şekilde kullandığı takdirde meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu tutulmamaktadır. Bir başka ifade ile olağan bir cayma hakkı süresi içerisinde tüketici malın mutata kullanımından sorumlu değildir.¹³⁹ Ancak cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirilmemesi halinde tüketici, cayma hakkı süresi içerisinde mutata kullanım sınırlarını aşarak malda değişme ve bozulmalara sebep olduysa da ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulmamalıdır.¹⁴⁰ Her ne kadar bu husus tüketici mevzuatında düzenlenmemiş olsa da cayma hakkı süresi uzayan tüketicinin bu süre içerisinde cayma hakkını kullanabilmesi için böyle bir hakkın tanınması gerekmektedir. Aksi takdirde çoğu zaman bir yıllık süre içerisinde tüketici malın mutata kullanımı sınırlarını aşacak şekilde kullanmış olacağından cayma süresinin uzatılması yaptırımın işlevi ortadan kalkacaktır. Bu durumu dikkate alan AB yasa koyucusu Tüketici Hakları Direktifi m. 14/II hükmünde tüketicinin cayma hakkı konusunda bilgilendirilmediği hallerde, tüketicinin mallardaki herhangi bir değer kaybından hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağı açıkça düzenlenmektedir.

d. Cayma Hakkının İstisnalarına İlişkinin Bilgilendirmenin İhlali

MSY m. 5/I-(h) bendinde sınırlı olarak sayılan cayma hakkının kullanılamadığı durumlarda, MSY m. 5/I-(h) hükmünde cayma hakkının kullanılamadığı durumlarda, satıcı/sağlayıcı ile AHS, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağı hususunda ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin tüketiciyi bilgilendirmek ile yükümlü tutulmuştur.¹⁴¹ Bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi durumunda, ortaya çıkacak hukuki sonuçları, satıcı/sağlayıcının cayma hakkının şartları, süresi ve kullanım usulüne ilişkin tüketiciyi bilgilendirip bilgilendirmediğine göre ikili bir ayırım yapılarak ele alınmalıdır.

Satıcı/sağlayıcı, MSY m. 15 hükmünde belirtilen cayma hakkı istisnalarının olduğu durumda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağı hususunda bilgilendirme yapmamış olmasına rağmen, cayma hakkının şartları, süresi ve kullanılma usulü hakkında bilgilendirmede bulunmuş ise, tüketici bu halde on dört günlük süre içerisinde cayma hakkını kullanabilmelidir.¹⁴² Zira bu durumda satıcı/sağlayıcının cayma hakkının şartları, bu hakkı on dört gün içerisinde kullanabileceği ve cayma hakkı kullanımı usulü gibi bilgileri tüketiciye sunması MSY m. 15/I hükmünde belirtilen cayma hakkının istisnalarını oluşturan hallerin taraflarca aksinin kararlaştırılması anlamına gelmektedir.

¹³⁷ Aynı yönde bkz. Yücedağ Göztepe, “Tüketicinin Cayma Hakkı,” 673.

¹³⁸ Aslan, *Tüketici Hukuku*, 494; Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 289; Yücedağ Göztepe, “Tüketicinin Cayma Hakkı,” 673.

¹³⁹ Altın Şahin, “Cayma Hakkının İstisnaları,” 236.

¹⁴⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Ayşen Çilenti Konuralp, “Elektronik Ürünler için Yapılan İnternet Satışlarında Cayma Hakkının Kullanılması ve Mutata Kullanım Kavramı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, no. 4 (2021):2739; Yücedağ Göztepe, “Tüketicinin Cayma Hakkı,” 680.

¹⁴¹ Yücedağ Göztepe, “Tüketicinin Cayma Hakkı,” 670; Çilenti Konuralp, “Mutata Kullanım,” 2739; Altın Şahin, “Cayma Hakkının İstisnaları,” 242.

¹⁴² Aynı yönde bkz. Altın Şahin, “Cayma Hakkının İstisnaları,” 244.

Nitekim MSY m. 15/I hükmünde yer alan “tarafarla aksi kararlaştırılmadıkça” ifadesinden söz konusu istisnaların sınırlı sayıda ve yedek hukuk kuralı şeklinde düzenlendiği görülmektedir. Sonuç olarak cayma hakkı istisnası bulunduğu hallerde satıcı/sağlayıcı cayma hakkına ilişkin diğer bilgiler hususunda tüketiciyi gereği gibi bilgilendirmişse cayma hakkı istisnası ortadan kalkacağından tüketici on dört gün içerisinde cayma hakkını kullanabilecektir. Bu halde MSY m. 5/I-(h) hükmünde belirtilen cayma hakkının kullanılamadığı durumdan bahsedilemeyeceğinden süre uzatımı yaptırımı uygulanmamalıdır.

Satıcı/sağlayıcı ile AHS, MSY m. 15/I hükmünde düzenlenen cayma hakkının kullanılamadığı durumlarda, cayma hakkına ilişkin hiçbir bilgilendirmede bulunmamışsa kanaatimizce bu halde de tüketicinin cayma hakkını kullanabilmesi gerekmektedir. Zira, cayma hakkının kullanılamayacağına ilişkin bilgi verme yükümlülüğü satıcı/sağlayıcı ile AHS’ye verilen bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen satıcı/sağlayıcı ile AHS bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Bu istisnalar hakkında tüketiciyi bilgilendirmeyerek kanuni yükümlülüğünü yerine getirmeyen satıcı/sağlayıcı ile AHS cayma hakkı istisnasından faydalanmamalı ve tüketici bu hallerde de cayma hakkını kullanabilmelidir.¹⁴³ Aksi takdirde tüketiciler yapmış olduğu mesafeli sözleşmelerde cayma hakkının var olduğu düşüncesiyle işlem yapacak ve bu hakkını kullanmak istediğinde sürpriz bir şekilde cayma hakkından faydalanamayacaktır. Oysa tüketicilere sözleşme öncesinde kurulacak sözleşme ilişkisinden cayma imkânı bulunmadığı hususunda bilgi verilmiş olsa bu durumun önüne geçilmiş olacaktır. Tüketici mevzuatının tüketici lehine yorum ilkesi gereğince söz konusu bilgi verme yükümlülüğünün ihlali sonucunda cayma hakkının sınırlandırılmayacağı fikri yerindedir.

Ancak bu görüş savunulduğunda, cayma hakkını kullanabilecek tüketicinin bu hakkını ne kadar süre içerisinde kullanabileceği sorusu gündeme gelmektedir. Kanaatimizce bu halde MSY m. 10/I hükmü uyarınca cayma hakkı konusunda gerektiği gibi bilgilendirilmeyen tüketicinin cayma hakkı süresi olan on dört günlük süreyle bağlı olmayacaktır. Bir başka ifadeyle cayma hakkının kullanılamadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin tüketici bilgilendirilmemiş ise “*cayma hakkı konusunda gerektiği gibi bilgilendirilmezse*” şartı oluşacağından tüketicinin cayma hakkı süresi de uzamalıdır.¹⁴⁴ Böylece cayma hakkının istisnalarına ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali sonucunda hem cayma hakkını kullanabilme yaptırımı hem de cayma süresinin uzaması yaptırımı söz konusu olmalıdır.¹⁴⁵

e. Siparişin Doğuracağı Hukuki Sonuçlara İlişkin Bilgilendirmenin İhlali

MSY m. 8/I hükmü gereğince, tüketicinin siparişi onaylamadan önce, siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda tüketicinin bilgilendirilmemesinin yaptırımı tek taraflı bağlamazlık olacaktır.¹⁴⁶ Bu sayede tüketici sözleşme ile bağlı kalmak isterse sözleşme geçerli bir şekilde hükümlerini doğuracak, tüketici sözleşme ile bağlanmak istemiyor ise sözleşme hükümlerini doğurmayacaktır. Bir başka ifade ile tüketici siparişi ile bağlı olmamasına rağmen, isterse sözleşmeden doğan edimi ifa ederek satıcı/sağlayıcıdan da edimin ifasını talep edebilecektir.

B. Ön Bilgilendirmenin Teyidinin Yapılmamasının Sonuçları

Ön bilgilendirmenin teyidinin yapılması, MSY m. 7 uyarınca satıcı/sağlayıcı ile AHS açısından zorunlu ise de yapılmaması halinde müeyyidesinin ne olacağı öğretilmektedir. Zira MSY m.

¹⁴³ Çilenti Konuralp, “Mutat Kullanım,” 2739; Baş Süzel, “Ön Bilgilendirme,” 361; Altın Şahin, “Cayma Hakkının İstisnaları,” 242.

¹⁴⁴ Aynı yönde bkz. Bütün Yılmaz, “Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı,” 340; Baş Süzel, “Ön Bilgilendirme,” 362; Altın Şahin, “Cayma Hakkının İstisnaları,” 244.

¹⁴⁵ Tüketici Hakları Direktifi m. 10/I hükmünde cayma hakkı süresinin uzaması yaptırımı, yalnızca cayma hakkının varlığı, şartları, süresi ve kullanılma usulü hakkında bilgilendirmenin yapılmadığı durumlarda uygulanacağı düzenlenmiştir.

¹⁴⁶ Kuşuoğlu ve Kalkan, “Mesafeli Sözleşmeler,” 281; Çakırca, “Mesafeli Sözleşmeler,” 124; Topaloğlu, “Mesafeli Sözleşmeler,” 28. Öğretilen bu hukuki yaptırıma “*sınırlı esnek hükümsüzlük yaptırımı*” da denilmektedir. Baş Süzel, “Ön Bilgilendirme,” 363.

7’de teyit yapılmadan yapılan sözleşmenin kurulmamış sayılacağı ifade edilmiştir.¹⁴⁷ Bu hüküm öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Zira sözleşmenin kurulmamış sayılmasının hukuk terminolojisindeki karşılığı “yokluk”tur.¹⁴⁸ Bir sözleşmenin yokluk yaptırımına tabi olabilmesi için kurucu unsurların eksikliği gerekmektedir. Bir sözleşmenin kurucu unsurları tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmasıdır. Oysa ön bilgilendirmenin teyidinin yapılmaması halinde tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanı bulunmaktadır.¹⁴⁹ Ön bilgilendirme yapılmasının teyidinin sözleşmenin kurucu unsuru olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir.¹⁵⁰ Nitekim mesafeli sözleşmenin kurulması esnasında ön bilgilerin tüketiciye sunulması zorunluluğu bile kurucu unsur olarak değerlendirilemez iken, ön bilgilendirmenin yapıldığının tüketiciye teyit ettirilmesinin kurucu unsur olarak değerlendirilmesi eleştiriye açıktır.¹⁵¹

Diğer taraftan kanunda şekil şartı aranılan sözleşmelerde dahi şekil şartına uyulmamasının yaptırımı kesin hükümsüzlük iken, herhangi bir şekil şartı olarak nitelendirilemeyen, tüketiciyi korumak amacı ile satıcı ve AHS’ye bir yan yükümlülük olarak getirilen ön bilgilendirmenin teyidinin yapılmamasının yaptırımını çok daha ağır bir sonuca bağlamak kabul edilemez.¹⁵²

Ayrıca sözleşmenin kurulmamış sayılması tüketici aleyhine kullanılabilecek bir durum da yaratabilir. Bu halde satıcı/sağlayıcı ön bilgilendirmenin teyidinin yapılmadığından sözleşmenin yok hükmünde olduğunu ileri sürerek tüketicinin ifasını istediği edimi yerine getirmekten kaçınabilir.¹⁵³ Bu ise tüketiciyi korumak amacı ile getirilmiş bir düzenlemenin tüketici aleyhine sonuç doğurması anlamına gelmektedir. Bu nedenle hüküm konulma amacına uygun olarak tüketici lehine yorumlanmalıdır. Bu halde ön bilgilendirme teyidi yükümlülüğüne aykırılık halinde yalnızca tüketicinin ileri sürebileceği tek taraflı bağlamazlık yaptırımına bir başka ifade ile yalnızca tüketicinin sözleşme ile bağlı olmama hakkını kullanabileceği bir yaptırım uygulanmalıdır.¹⁵⁴ Nitekim tüketicinin siparişi

¹⁴⁷ Sözleşmenin kurulamayacağı yaptırımının tüketicilerin korunması amacına aykırılık teşkil ettiği hususunda öğretide eleştirilmektedir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Uzun Kazmacı, “Mesafeli Sözleşmelerin Kurulması,” 2805; Baş Süzel, “Ön Bilgilendirme,” 359; İnal, *İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, 134-135; Erek, “Tüketicinin Cayma Hakkı,” 527-528; Bütün Yılmaz, “Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı,” 337; Çakırca, “Mesafeli Sözleşmeler,” 123.

¹⁴⁸ Avcı Braun, “Mesafeli Sözleşmeler,” 36.

¹⁴⁹ İnal, *İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, 181; Terzi, “Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü,” 137.

¹⁵⁰ Öğretide ön bilgilendirme yapıldığının teyidinin yerine getirilmemesinin yaptırımının yönetmelikteki düzenlemeden yola çıkarak mesafeli sözleşmenin kurulmamış sayılacağı görüşünü savunanlar da bulunmaktadır. Bu hususta bkz.; Avcı Braun, “Mesafeli Sözleşmeler,” 36; Arslan, *Elektronik Ticaret*, 152; Kuşuoğlu ve Kalkan, “Mesafeli Sözleşmeler,” 283; Çabri, *Kanun Şerhi*, 880; Ekingen ve Özer Deniz, “Tüketicilerine Etkileri,” 442.

¹⁵¹ Bütün Yılmaz, “Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı,” 337.

¹⁵² İnal, *İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, 181; Terzi, “Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü,” 137.

¹⁵³ Uzun Kazmacı, “Mesafeli Sözleşmelerin Kurulması,” 2805; İnal, *İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, 180; Yıldırım, *Tüketicinin Korunması*, 198; Tekçe, “Tüketicilerin Korunması,” 256; Çakırca, “Mesafeli Sözleşmeler,” 121.

¹⁵⁴ Aynı yönde; Çakırca, “Mesafeli Sözleşmeler,” 123. Öğretide bu görüş de eleştirilmiştir. Zira kanun zaten tüketiciye cayma hakkı tanımıştır. Bu sayede tüketici hiçbir gerekçe sunmaksızın sözleşmeden dönme imkanına sahiptir. O zaman ön bilgilendirme yükümlülüğünün teyidinin yapılmaması halinde tüketicinin tek taraflı olarak sözleşmeye bağlı olmaması yaptırımının sonuçları ile cayma hakkının varlığının sonuçları arasında hemen hemen fark bulunmamaktadır. GEZDER’e göre 4077 sayılı Kanun lafzında yer alan “...yazılı olarak teyit etmedikçe...” ifadesinden ortada bir geciktirici şartın olduğunu bu nedenle tüketici teyit işlemini yapmadıkça sözleşmenin hükümlerini doğurmayacağını, teyit işleminin gerçekleşmesi ile sözleşme hükümlerini doğuracağını kabul etmektedir. Gezder, *Tüketicinin Korunması*, 198-199. Öğretide diğer bir görüş ise ön bilgilendirmenin teyidinin yapılmasının satıcı/sağlayıcı lehine bir durum teşkil ettiğini, bu sayede satıcı/sağlayıcı ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etme imkanına sahip olacağını ifade etmiştir. Bu nedenle teyidin gerçekleştirilmemiş olmasının sözleşmenin geçerliliğine bir etkisinin olmaması gerektiğini, mehz AB mevzuatında da böyle bir yaptırımın olmadığını ifade etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Baş Süzel, “Ön Bilgilendirme,” 359. Öğretide bir başka görüş ise bu durumda kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanmalıdır. Bu görüş ön bilgilendirmenin teyidini mesafeli sözleşmenin geçerlilik şartı olarak

onaylamadan önce verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda bilgilendirilmemesi halinde MSY m. 8/I hükmüne göre uygulanacak yaptırım (*tüketicinin siparişi ile bağlı olmaması*) da bu şekildedir.¹⁵⁵

Gerçekten de kanun koyucunun satıcı/sağlayıcı ile AHS'ye yüklediği ön bilgilendirme yükümlülüğü ve bunun teyidinin amacı mesafeli sözleşme kurmadan önce müzakere imkanından yoksun, kolay yönlendirilebilen ve mal veya hizmeti fiziksel olarak görmeyen tüketiciyi bilgilendirmenin teminini sağlamasıdır. Bu sayede daha sağlıklı ve doğru karar verme imkanına sahip olacak tüketiciyi yaşayabileceği mağduriyetleri en aza indirmek hedeflenmektedir. Ön bilgilendirmenin teyidini satıcı/sağlayıcı ile AHS'ye yüklemekle ise ön bilgilendirmenin yapıldığını ispatlamak açısından önem arz etmektedir. Ancak bu amaçların hiçbirisi taraflar arasında kurulacak olan sözleşmenin bir şartı olarak nitelendirilemez. Hüküm bu nedenle amacına uygun olarak tüketici lehine yorumlanmalı ve ön bilgilendirmenin teyidinin yapılmaması nedeniyle sözleşmeye bağlı olmama hakkı yalnızca tüketiciye tanınmalıdır. Aksi halde kurucu unsurları tam olan bir sözleşmede tüketici ön bilgileri elde etmiş olsa dahi söz konusu bilgilendirmenin teyidi yapılmaması nedeniyle sözleşme kurulmamış sayılacağından tüketici sözleşmenin ifasını isteyemeyecektir.¹⁵⁶

C. Ön Bilgilendirmede Yer Alan Bilgilerle Reklam Uyumsuzluğu ve Bunun Sonuçları

TKHK m. 48/VI-(f) hükmü uyarınca, AHS'nin mal ve hizmetlerin satımında tüketiciye yönelik açık ve anlaşılır şekilde yaptığı ön bilgilendirme kapsamında yer alan bilgiler ile oluşturduğu platformda kullanıcılara ve ziyaretçilere yönelik yapmış olduğu reklam ve tanıtımlarda yer alan bilgiler uyumlu olmalıdır. Aksi takdirde bu nedenle meydana gelebilecek zararlardan AHS sorumlu olacaktır.¹⁵⁷ Söz konusu bilgilerin uyumlu olduğuna ilişkin ispat yükü de yine AHS'ye aittir. Zira AHS, platformu üzerinden yapmış olduğu reklamların içeriğini düzenlemede geniş bir yetkiye ve etkiye sahiptir.¹⁵⁸ Bu reklamlardan etkilenen tüketiciler aynı platform üzerinden söz konusu ürün veya hizmeti almak istediklerinde ön bilgilendirmede yer alan bilgilere dikkat etmeyebilirler. Bu durumda reklamlarda yer alan içeriklerden etkilenen tüketiciler yanlış bir şekilde yönlendirilerek zarara uğramalarına yol açılabilir. Bu durumun önüne geçmek için söz konusu reklamlarda yer alan bilgiler ile mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciye yönelik yapılan ön bilgilendirmede yer alan bilgilerin uyumlu olmasından AHS tek başına sorumlu tutulmuştur.¹⁵⁹

AHS'nin kendi platformunda yapılan reklam ve tanıtımlar ile ön bilgilendirme kapsamında yer alan bilgiler arasında uyumsuzluk durumunda meydana gelen zararlardan AHS tek başına sorumlu olacaktır. Bu durum sorumluluk hukuku ilkeleri bakımından doğan bir sonuçtur. Zira, kendi kusurlu davranışlarıyla tüketiciyi yanıltan AHS, bu davranışların sonuçlarına katlanmak zorundadır.¹⁶⁰

D. İdari Para Cezası

Ön bilgilendirme yükümlülüğünün ihlaline ilişkin tüketici mevzuatında özel olarak düzenlenmiş idari yaptırımlar bulunmaktadır.¹⁶¹ TKHK m. 77/I-(a) hükmüne göre ön bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin kanunda belirtilen düzenlemelere aykırı hareket eden satıcı/sağlayıcı ile AHS'lere her bir işlem veya sözleşme için iki bin iki yüz Türk lirası idari para cezası uygulanabilecektir. Bu tutar, 2025 yılı için 6502 sayılı *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 77'nci Maddesine Göre 2025 Yılında*

yorumlamaktadır. Terzi, "Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü," 137; Topaloğlu, "Mesafeli Sözleşmeler," 27-28. Öğretideki diğer bir görüş ise bu düzenlemenin bir düzen hükmü olduğunu bu nedenle ön bilgilendirmenin teyidinin yapılmamasının sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyeceğini savunmaktadır. Ahmet Karakocalı ve Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku*, (Aristo Hukuk Yayınevi, 2015), 160-161.

¹⁵⁵ Uzun Kazmacı, "Mesafeli Sözleşmelerin Kurulması," 2805.

¹⁵⁶ İnal, *İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, 180.

¹⁵⁷ Arat, "Sorumluluğuna Etkisi," 16; Demir, "Hukuki Sorumluluğu," 1797; Ekingen ve Özer Deniz, "Tüketicilerine Etkileri," 442.

¹⁵⁸ Keskin, "Tüketicie Karşı Sorumluluğu," 132.

¹⁵⁹ Demir, "Hukuki Sorumluluğu," 1798; Ekingen ve Özer Deniz, "Tüketicilerine Etkileri," 442-443.

¹⁶⁰ Keskin, "Tüketicie Karşı Sorumluluğu," 132.

¹⁶¹ Aslan, *Tüketici Hukuku*, 489; Çakırca, "Mesafeli Sözleşmeler," 117; Topaloğlu, "Mesafeli Sözleşmeler," 28.

*Uygulanacak Olan İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ*¹⁶² ile üç bin yüz altmış altı Türk lirasına çıkarılmıştır. Belirtmek gerekir ki günümüzde elektronik ticaret ortamında akdedilen mesafeli sözleşmelerin sayısı dikkate alındığında, uygulanabilecek para cezaları çok yüksek miktarlara ulaşabilecektir.

SONUÇ

TKHK m. 48/II hükmünde mesafeli sözleşmelerin akdedilmesinden önce tüketicinin sözleşmenin tarafları, koşulları ve doğuracağı hukuki sonuçlar hakkında bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Bu sayede mesafeli sözleşmelerin tüketiciler açısından oluşturduğu bazı risk ve olumsuzluklar giderilmeye çalışılarak tüketicinin korunması hedeflenmektedir. Zira mesafeli sözleşme konusu mal veya hizmeti fiziken görme imkânı olmayan ve satıcı/sağlayıcı ile doğrudan müzakere etme imkanından çoğu zaman yoksun olan tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce yeterince bilgilendirilmesi, taraflar arasındaki sözleşmeye ilişkin bilgi asimetrisini gidermeye yardımcı olmaktadır.

Bu çerçevede ifade etmek gerekir ki ön bilgilendirme yükümlülüğü tüketici mevzuatında bazı tür sözleşmeler için düzenlenmiştir. Bunlardan biri de mesafeli sözleşmelerdir. Mesafeli sözleşmeler, tarafların fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin uzaktan iletişim araçlarıyla ve mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde akdettikleri tüketici sözleşmeleridir. Mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirme yükümlülüğü kural olarak satıcı/sağlayıcı üzerindedir. Ancak oluşturdukları sistem ile satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasında mesafeli sözleşme akdedilmesine aracılık eden bir AHS bulunduğu, kanun koyucu AHS'yi de ön bilgilendirme yükümlülüğüne tabi tutmaktadır. Bu çerçevede TKHK m. 48/VI-(a) hükmü uyarınca AHS, tüketiciye ön bilgilendirmenin yapılmasından, teyidinden ve ispatından satıcı/sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumludur. Ancak TKHK m. 48/VI-(b) hükmü uyarınca veri girişi satıcı/sağlayıcı tarafından yapılmıyorsa AHS ön bilgilendirmede bulunması gereken zorunlu hususlarda yer alan eksikliklerden tek başına tüketiciye karşı sorumludur.

Satıcı/sağlayıcı ile AHS'nin tüketicilere yapacağı ön bilgilendirme, sözleşmenin kurulmasından önce yapılmalıdır. Ancak söz konusu ön bilgilerin sözleşmenin kurulmasından ne kadar önce tüketicilere sunulacağına ilişkin gerek ulusal gerek uluslararası düzenleme bulunmamaktadır. Bu husus her ne kadar yasal düzenlemelerde yer almasa da ön bilgilendirme yükümlülüğünün amacı dikkate alındığında ön bilgilendirme kapsamındaki bilgilerin sözleşmenin akdedilmesinden hemen önce değil de tüketicinin düşünüp sağlıklı karar verebileceği makul bir zaman aralığında sunulması gerektiği anlaşılmaktadır. Aksi takdirde, tüketicinin mesafeli sözleşme ilişkisine girmeden önce sağlıklı ve doğru karar alabileceğinden bahsedilemez.

Ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında tüketicilere sunulması gereken bilgiler, MSY m. 5/I hükmünde düzenlenmektedir. Söz konusu ön bilgiler MSY m. 5/II hükmü gereği kurulacak sözleşmenin ayrılmaz bir parçası niteliğindedir. Ancak söz konusu düzenleme emredici nitelikte olmadığından taraflarca aksi kararlaştırılabilir. Ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında tüketicilere sunulması gereken bilgiler eksik, yanlış veya mevzuatta düzenlenen yöntemlere aykırı bir şekilde tüketiciye sunulması halinde, ön bilgilendirme yükümlülüğü ihlal edilmiş olur. Ancak tüketici mevzuatında ön bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde ortaya çıkacak hukuki sonuçlar hakkında genel bir kural bulunmamaktadır. Bu nedenle ön bilgilendirme yükümlülüğünün niteliğini tespit etmek gerekmektedir. Kanaatimizce ön bilgilendirme yükümlülüğü dürüstlük kuralından doğan bir yan yükümlülüğün pozitif hukuka yansımasıdır. Bu çerçevede bu yükümlülüğün ihlali sözleşmeyi geçersiz hale getirmez. Bu durumda bir sözleşme ihlali söz konusu olup, tüketicinin uğradığı zararların tazmini gerekmektedir. Bir başka ifadeyle ön bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde mesafeli sözleşme geçerli olarak kurulacak ve hükümlerini doğuracaktır. Ancak bu ihlalin sonucunda tüketicinin zarara uğraması halinde, ön bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal eden satıcı/sağlayıcı ile AHS'nin bu zararları tazmin etme borcu doğacaktır.

¹⁶² RG. 20.12.2024, S. 32758.

Tüketici mevzuatımızda ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında yer alan bazı bilgilerin eksik ya da yanlış bir şekilde tüketiciye sunulması halinde bunun hukuki sonuçlarına ilişkin özel düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu durumda öncelikle özel olarak düzenlenen hükümler uygulanmalıdır. Bu çerçevede MSY m. 5/III uyarınca, nakliye, teslim ve benzeri ek masraflara ilişkin bilgilendirme yükümlülüğü yerine getirilmezse, bu masraflar tüketiciden talep edilemez. Ayrıca sözleşmenin kurulması aşamasında kullanılan uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin olağan ücret tarifesini aşması halinde, bu hususun da ek masraf olarak tüketiciye bildirilmesi gerekmektedir. Aksi halde MSY m. 5/III hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle bu masrafları da satıcı/sağlayıcı ile AHS karşılamak durumunda kalacaktır.

MSY m. 12/V hükmü gereği ise cayma hakkı kullanımı sonucunda satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgi ile bu taşıyıcıyla malın iade edilmesi halinde teslim masrafını geçmemek üzere belirlenen iade masraf tutarı ve bunun kim tarafından karşılanacağına ilişkin hususlarda da tüketicinin bilgilendirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, söz konusu masrafları satıcı/sağlayıcı ile AHS karşılamak durumundadır.

Cayma hakkının kullanımına ilişkin ön bilgiler hususunda da tüketicinin bilgilendirilmemesi halinde bazı özel yaptırımlar söz konusudur. MSY m. 10 hükmü uyarınca tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği gibi bilgilendirilmediği durumda, tüketicinin cayma hakkını kullanabilmesi için on dört günlük süreye bağlı olmayacağı ifade edilmektedir. Bu halde tüketici on dört günlük süreyi geçirmiş dahi olsa cayma hakkını kullanabilecektir. Ancak bu halde tüketicinin cayma hakkını kullanabileceği süre sınırsız değildir. Kanun koyucu bu durumda azami bir süre belirlemiştir. Bu süre olağan şartlarda cayma süresinin bittiği andan itibaren bir yıldır. Ancak tüketici bu süre zarfında, gereği gibi bilgilendirilirse cayma hakkı bu bilgilendirmenin yapılmasından itibaren on dört gün içerisinde kullanılmalıdır.

Cayma hakkının istisnaları hususunda gereği gibi bilgilendirme yapılmaması halinde bunun sonuçları öğretide tartışılmaktadır. Bu durumda kanaatimizce tüketici, cayma hakkının kullanılamayacağı hususunda bilgilendirilmediğinden bu sözleşme özelinde cayma hakkını kullanabilmelidir. Zira ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen satıcı/sağlayıcı ile AHS bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Böylece tüketiciler cayma hakkının var olduğu düşüncesiyle girmiş olduğu sözleşme ilişkisinde, cayma hakkını kullanamama sürprizi ile karşılaşmamış olacaklardır. Zira kimi hallerde tüketici cayma hakkını kullanamayacağını bilseydi söz konusu sözleşme ilişkisine girmeyebilirdi. Bu çerçevede tüketici lehine yorum ilkesi gereğince görüşümüz tüketici lehine olacak ve tüketici bu halde cayma hakkını kullanması imkanına sahip olması gerektiği kanaatindeyiz.

Son olarak ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında tüketicinin siparişi onaylamadan önce, siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geleceği hususunda bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde MSY m. 8/I hükmü gereği uygulanacak hukuki yaptırım “tek taraflı bağlamazlık” olup, tüketici sözleşme ile bağlı kalmak istemiyorsa sözleşme geçerli bir şekilde hükümlerini doğurmayacak ve baştan itibaren kesin hükümsüz kabul edilecektir.

Ön bilgilendirmenin kapsamının yanı sıra ön bilgilendirmeyle yükümlü olan aktör veya aktörlerin bu bilgilendirmeyi ne şekilde yapacağı da tüketici mevzuatımızda özel olarak düzenlenmektedir. Bu çerçevede MSY m. 6 hükmü önem arz etmektedir. MSY m. 6 hükmünde yer alan ön bilgilendirme yöntemine uygun bir ön bilgilendirme yapılmazsa yine ön bilgilendirme yükümlülüğü ihlal edilmiş olacaktır. Bu halde de yan yükümlülüğün ihlali söz konusu olup tüketicinin uğrayacağı zararlardan ön bilgilendirme yöntemine aykırı hareket eden satıcı/sağlayıcı ile AHS sorumlu tutulabilecektir.

TKHK m. 48/VI-(a) ve MSY m. 7 hükümlerinde ön bilgilendirme yükümlülüğünün yanı sıra ön bilgilendirmenin teyit edilmesi gerektiği de düzenlenmiştir. Ancak ön bilgilendirmenin teyidinin yapılmaması durumunda bunun hukuki sonuçlarının ne olacağı hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretideki kimi yazarlar kanunun lafzından hareket ederek bunun yaptırımının yokluk olduğunu ileri sürmektedir. Kimi yazarlar ise bu halde söz konusu sözleşmenin kesin hükümsüz olup hükümlerini doğurmayacağını savunmaktadır. Bir başka görüş ise bu halde ön bilgilendirme teyidinin yapılmamasının sözleşmenin geçerliliğine bir etkisinin olmayacağı, bu hükmün bir düzen hükmü niteliği taşıdığı görüşündedir. Bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre ise bu durumda

sözleşmenin hükümsüzlüğünü yalnızca tüketicinin ileri sürebileceği tek taraflı bağlamazlık yaptırımının uygulanması gerektiğidir.

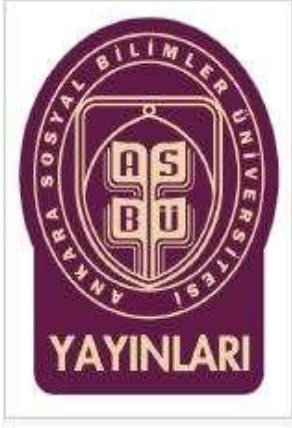
Son olarak AHS'nin mal veya hizmetlere ilişkin sözleşmenin kurulmasından önce tüketicilere sunduğu ön bilgiler ile platform kullanıcılarına yönelik yapmış olduğu reklamlarda yer alan bilgilerin uyumlu olması gerekmektedir. Bu bilgiler arasında bir uyumsuzluk olması halinde TKHK m. 48/VI-(f) hükmü uyarınca AHS, tüketicinin uğradığı zararlardan tek başına sorumlu tutulmalıdır. Bu durum sorumluluk hukukuna uygundur. Zira bu halde, AHS doğrudan kendi kusurlu davranışlarıyla bir zarara sebebiyet vermektedir. Satıcı/sağlayıcının bu durumda sorumluluğa bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle AHS ortaya çıkan zarardan tek başına sorumlu tutulmalıdır.

Burada ifade etmek gerekir ki ön bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali halinde hukuki yaptırımların yanı sıra idari yaptırımlar da gündeme gelmektedir. Zira, TKHK m. 77 hükmünde, ön bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin kanunda belirtilen düzenlemelere aykırı hareket eden satıcı/sağlayıcı ile AHS'ye yönelik olarak her bir işlem veya sözleşme için belirli miktarda idari para cezasına hükmedileceği ifade edilmektedir.

KAYNAKÇA

- Altın Şahin, Hayrunnisa. “İnternet Yoluyla Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkının İstisnaları”. *Bilişim Hukuku Dergisi* 5, no. 2 (2023): 225-279.
- Arat, Ayşe. “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda 7392 sayılı Kanunla Yapılan Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Değişiklikler ve Bunun Aracı Hizmet Sağlayıcısının Sorumluluğuna Etkisi”. *Terazi Hukuk Dergisi* 18, no. 208 (2023): 10-22.
- Arslan, Merve. *Elektronik Ticaret ve Mesafeli Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*. Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Aslan, İ. Yılmaz. *6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketici Hukuku*. Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2014.
- Atamer, Yeşim. “TKHK m. 9/A ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in AB Mevzuatı Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 23, no. 1 (2005): 177-199.
- Avcı Braun, Cihan. “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, no. 2 (2016): 17-45.
- Aydoğdu, Murat. *Tüketici Hukuku Dersleri*. Adalet Yayınevi, 2015.
- Baş Süzel, Ece. “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 2 (2018): 339-369.
- Baş Süzel, Ece. *Mesafeli Sözleşmeler ve İşyeri Dışında Kurulan Sözleşmeler*. Onikilevha Yayıncılık, 2022.
- Bozbel, Savaş. “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler – 97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma”. *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/3, no. 4: 783-804.
- Busch, Christoph, Hans Schulte-Nolke, Aneta Wiewiorowska-Domagalska ve Fryderk Zoll. “The rise of the Platform Economy: A new Challenge for EU Consumer Law?”. *Journal of European Consumer and Market Law*, no.1 (2016): 3-10.
- Bütün Yılmaz, Derya G. “Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69, no. 2 (2020): 325-368.
- Ceylan, Ebru. “Türk Hukukunda Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Ön Bilgilendirilmesi”. *Terazi Hukuk Dergisi*, no. 189 (2022): 14-29.
- Çabri, Sezer. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. Adalet Yayınevi, 2021.
- Çakırca, Seda İrem. “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Mesafeli Sözleşmeler”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 34, no. 2 (2018): 99-147.
- Çilenti Konuralp, Ayşen, “Elektronik Ürünler için Yapılan İnternet Satışlarında Cayma Hakkının Kullanılması ve Mutat Kullanım Kavramı”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, no. 4 (2021): 2729-2759.
- Demir, Bahadır. “Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu”. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 2 (2024): 1783-1817.
- Doğar, Mehmet. “7392 Sayılı Kanun’un Ön Ödemeli Konut Satışı ve Mesafeli Sözleşmeler Bakımından Getirdiği Değişiklikler”. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2022): 413-441.
- Ekingen, Erman ve Mine Özer Deniz. “7392 ve 7416 sayılı Kanunlarla Yapılan Değişikliklerin Aracı Hizmet Sağlayıcı Olarak Çevrimiçi Çok Taraflı Platformların Sorumluluklarına ve Tüketicilerine Etkileri”. *Adalet Dergisi*, no. 69 (2022): 429-467.
- Erek, Gülce. “6502 Sayılı Kanun Uyarınca Mesafeli Sözleşmelerin Unsurları, Satıcı/Sağlayıcının Ön Bilgilendirme Yükümü ve Tüketicinin Cayma Hakkı”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 1 (2019): 517-536.
- Gezder, Ümit. *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet’te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*. Beta Basım, 2004.

- İnal, Emrehan. *E-ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*. Vedat Kitapçılık, 2005.
- İnceoğlu, M. Murat ve Ece Baş Süzel. “Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketicie Karşı Sorumluluğu (TKHK m. 48/f.5)”. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 189-190 (2020): 475-491.
- Karakocalı, Ahmet ve Ali Suphi Kurşun. *Tüketici Hukuku*. Aristo Hukuk Yayınevi, 2015.
- Keskin, Dilşad. “TKHK Değişik m. 48 Hükmü Çerçevesinde Aracı Hizmet Sağlayıcının Tüketicie Karşı Sorumluluğu”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 3 (2022): 119-144.
- Kuğuoğlu, Dilşad ve Nilhan Kalkan. “Mesafeli Sözleşmeler”. *İstanbul Barosu Dergisi* 90, no. 4 (2016): 269- 290.
- Lodder, Arno R. “Information Requirements Overload? Assessing Disclosure Duties Under the E-Commerce Directive, Services Directive and Consumer Directive”. İç. Savin, Andrej ve Jan Trzaskowski, (Eds). *Research Handbook on EU Internet Law*. Edward Elgar Publishing, 2014.
- Özbay Özdoğru, Zeynep. *İnternet Ortamında Faaliyet Gösteren Aracılık Edenlerin Mesafeli Sözleşmeden Dolayı Tüketicie Karşı Sorumluluğunun Şartları*. Onikilevha Yayıncılık, 2022.
- Siller, Nahide. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Web Sitesi Vastasıyla Sözleşmelerin Kurulması*. On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Şahin, Musa Furkan. “Mesafeli Sözleşmelerde Aracı Hizmet Sağlayıcı Kavramı”. *Bilişim Hukuku Dergisi* 6, no. 1 (2024): 132-154.
- Tekçe, Ayşegül. “Mesafeli Satış Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerde Tüketicilerin Korunması”. *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (2021): 224-276.
- Terzi, Sibel. “Mesafeli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Sonuçları”. *Terazi Hukuk Dergisi* 12, no. 129 (2017): 132-139.
- Topaloğlu, Mustafa. “Mesafeli Sözleşmeler”. *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 3 (2016): 13-50.
- Twigg-Flesner, Christian ve Daniel Metcalfe. “The Proposed Consumer Rights Directive Less Haste, More Thought?”. *European Review of Contract Law* 5, no. 3 (2009): 368-391.
- Uzun Kazmacı, Özge. “İnternet Üzerinden Kurulan Sözleşmelerde Mesafeli Sözleşmelerin Kurulması”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 2791-2818.
- Yıldırım, Abdülkerim. *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*. Onikilevha, 2009.
- Yücedağ Göztepe, Nafiye. “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7, no. 27 (2016), 667-690.



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2025

Cilt / Volume: 7

Sayı / No: 2

Eserin Türü /

Manuscript Type

Araştırma Makalesi /

Research Article

DOI:

10.47136/asbuhfd.17210

94



Makale Gönderim Tarihi / Received: 16.06.2025

Makale Kabul Tarihi / Accepted: 07.12.2025

Hakem Değerlendirmesi / Peer Review: Çift kör hakem.
Double peer-reviewed.

Anahtar Kelimeler / Keywords:

Majistral ilaç, eser sözleşmesi, eczacı, sözleşmesel sorumluluk, ilaç üreticisi / Majistral pharmaceuticals, works contract, pharmacist, contractual liability, pharmaceutical manufacturer

Atıf / Citation: Yaşar, Ahmet Kağan. "Eczacının Eser Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu" *ASBU Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no 2 (2025) 276-290.

Yazar Bilgileri / Authors Information:

Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, Ahmetkaganyasar52@gmail.com ORCID: 0009-0000-4701-6382.

Teşekkür / Acknowledgments: Teşekkür bulunmamaktadır

Finansal Destek / Financial Support: Finansal destek alınmamıştır

Çıkar Çatışması / Conflict of Interest: Çıkar çatışması bulunmamaktadır

Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval: :Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir

Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence: Yapay zeka araçlarından yararlanılmamıştır

ECZACININ ESER SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Cases Where The Pharmacist's Responsibility is Based on The Work Contract

Ahmet Kağan Yaşar

Öz

Eczacılık; ilaç analizi, ilaç satışı, ilaç hazırlanması ve ilaçların kullanımına bağlı sorunlar hakkında hastaların bilgilendirilmesi şeklinde sağlık hizmeti niteliğindeki faaliyetleri gerçekleştiren bir meslektir. Serbest eczacılık faaliyeti yürüten kişilerin eczacılık faaliyetleri sonucunda hukuki sorumlulukları gündeme gelebilmektedir. Eczacılar, eczacılık faaliyetlerini yürütürken uymakla yükümlü oldukları birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır. Ayrıca eczacılık faaliyetleri yürütülürken ilaçları alan kişilerin zarar görmesi söz konusu olabilmekte ve eczacının bu durumda hukuki sorumluluğu gündeme gelebilmektedir. Konuya özel hukuk açısından baktığımızda eczacıların hastalar ile ilişkisi satış sözleşmesi, vekalet sözleşmesi veya eser sözleşmesi gibi farklı görünümde olabilmekte ve sorumluluğu incelenirken farklılıklar olabilmektedir.

Serbest eczacılık faaliyetleri serbest meslek faaliyeti olarak ticari yönünün yanında sağlık hizmeti de teşkil eden faaliyetlerdir. Eczacılar yalnızca ilaç veya ilaç dışı ürün satan kişiler olmayıp aynı zamanda majistral ilaç üretilip sattığı yani ilaç üreticisi konumunda olduğu faaliyetlerde de bulunabilmektedir. Günümüzde kişiye özel tedavi anlayışının gelişmesiyle kişiye özel formüle göre ilaç üretimi anlayışı tekrar gelişmektedir. Bu çalışma kapsamında eczacılık faaliyetleri tanımlandıktan sonra eczacıların sorumluluğunun eser sözleşmesine dayandırıldığı majistral ilaç imali incelenmiştir.

Abstract

Pharmacy is a profession that performs health care activities in the form of drug analysis, drug sales, drug preparation and informing patients about the problems related to the use of drugs. Legal responsibilities of persons who carry out freelance pharmacy activities may come to the fore as a result of their pharmacy activities. Pharmacists have a number of obligations that they are obliged to comply with while carrying out pharmacy activities. In addition, while carrying out pharmacy activities, it may be possible for the people who take the drugs to be harmed, and the legal responsibility of the pharmacist may come to the fore in this case. When we look at the subject from the point of view of private law, the relationship of pharmacists with patients may have different appearances such as sales contract, power of attorney contract or work contract, and there may be differences when examining their responsibility.

Freelance pharmacy activities are activities that constitute health services as well as commercial aspects as self-employed activities. Pharmacists are not only people who sell drugs or non-pharmaceutical products, but they can also engage in activities where they produce and sell magistral drugs, that is, they are in the position of drug producer. Today, with the development of the understanding of personalized treatment, the understanding of drug production according to the personalized formula is developing again. Within the scope of this study, after defining pharmacy activities, it was tried to examine the production of magistral drugs, in which the responsibility of pharmacists is based on the work contract.

Extended Summary

Pharmacy is a health profession with a wide range of activities such as drug preparation, drug analysis, drug sales and informing patients about problems related to the use of drugs. In the contractual relations between pharmacists and patients during their professional activities, contracts of work, agency and sales contracts may find application area

In the context of this study, the production of pharmaceuticals is a pharmacy activity where the contract of work comes to the agenda. The drug that is manufactured by the pharmacist specifically for that patient according to the formula in the prescription written by the physician to the patient is called as a pharmaceutical drug. The pharmaceutical drug subject to the pharmacy activity in which the contract of work arises is a non-prepared drug. The pharmacist creates the drug in accordance with the formula in the prescription and offers the drug only to the prescribed patient. Nowadays, with the demands of patients, whose consumer position has improved, for personalized treatment and the production of personalized medicines, the production of pharmaceuticals has become widespread again.

Since a contract of work has been established between the patient and the pharmacist during the delivery of the specially manufactured medicines to the patient with the strict implementation of the physician's prescription, the provisions of the legislation of obligations and consumer legislation come to the fore as general provisions in cases where there are no provisions in these legislations, as well as the application of special legislation on pharmacists in the relationship between the parties.

While pharmacists manufacture the medicinal product for the patient, they do not formulate the medicinal product themselves. The formula of the medicinal product is prepared by the physician treating the patient. However, in terms of the formula in the prescription, the pharmacist should check the prescription and contact the treating physician if he/she suspects that there is a mistake, i.e. if he/she suspects that the patient may be harmed if the drug is produced according to the formula in the prescription. It is not sufficient for the pharmacist to produce the medication in accordance with the formula specified in the prescription and in strict accordance with the prescription. The pharmacist has a duty of care in the manufacture of medicinal products where the provisions of the work contract come to the fore. The pharmacist must act in accordance with his duty of care and control the prescription with his technical knowledge.

In the case of medicines where the pharmacist manufactures the prescription strictly in accordance with the formula and checks the prescription and confirms the situation by contacting the physician when he/she suspects that there is an error in the formula, the environment and materials in which the medicine is manufactured are also arranged by the pharmacist. The pharmacist must also comply with the conditions specified in the legislation in terms of the environment and materials in which the medicinal product is manufactured. The products used by the pharmacist in the manufacture of the medication must not be in a state of deterioration and in a state that would render the medication defective. The pharmacist is the contractor of the work contract. As a contractor, it must also show the necessary care and attention in this regard. In other words, the fact that the pharmacist only manufactures the drug according to the exact formula does not relieve the pharmacist from responsibility.

The pharmacist is the only authorized person in the manufacture of the medicinal product with technical knowledge. For this reason, the direct liability of the pharmacist comes to the fore in the event of a damage caused by the drug when the pharmaceutical manufacturer manufactures and offers it to the patient. However, it should be noted that there is no guarantee for the pharmacist that the drug will cure. The responsibility of the pharmacist is to manufacture the drug in accordance with the duty of care.

This study, which examines the pharmacist's liability arising from the contract of work, examines the responsibilities of pharmacists in terms of the manufacture of pharmaceuticals and the legislation that will be applied in case of legal disputes between them and patients. The obligations and liabilities of the pharmacist as the contractor of the work contract are analyzed. In terms of the presentation of the study, in the first part, the definition of the pharmacy profession and the legislation on the profession are mentioned, and in the second part, the contractual responsibilities of pharmacists and the activities of the contract of work within the scope of contractual liability are explained. In the third part of the study, the debts and obligations of the pharmacist in terms of the activities within the scope of the work

contract are mentioned, and then in the fourth part, the issue of liability is explained in the case where the liability of pharmacists is based on the work contract.

GİRİŞ

6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun¹ (EEHK) m. 1’de eczacılığın tanımına yer verilmiştir. Kanununda eczacılık; ilaç hazırlayan, ilaç analizi yapan, ilaç satışı yapan, ilaçların kullanımına bağlı sorunlar hakkında hastaları bilgilendiren sağlık hizmeti olarak tanımlanmaktadır.

Eczacıların serbest eczacılık faaliyetlerini yürütürken uymakla yükümlü olduğu kurallar bulunmakta ve mesleğini ifa ederken sağlık profesyoneli olarak göstermesi gereken bir özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Eczacılar mesleklerini icra ederken muhatap olduğu, hukuki ilişki kurduğu hastalarda bu faaliyetler neticesinde birtakım zararlar meydana gelebilmekte, eczacıların hukuki sorumluluğu doğabilmektedir. Bu sorumluluk taraflar arasındaki sözleşmeden, haksız fiilden, adam çalıştıranın sorumluluğundan veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanabilmektedir. Ancak çalışmamız kapsamında serbest eczacıların, sözleşmesel sorumluluğu kapsamında eser sözleşmesinin gündeme geldiği sorumluluk alanı incelenmeye çalışılmıştır.

Eczacıların majistral ilacı üretip hastaya sunması faaliyetinde eser sözleşmesi kapsamında sorumluluk gündeme gelmektedir. Eczacılar, majistral ilacı meydana getirirken hekim tarafından reçete edilen formül doğrultusunda eczacılık bilgileri ile hareket etmekte ve ilacı meydana getirmektedirler. Bu ilacın üretiminde eczacının hekimin formülüne harfiyen uygun bir üretim yapması durumunda da hastada ilacın kullanımı kaynaklı bir zarar meydana gelebilmektedir. Ancak bu halde dahi majistral ilacın üreticisi konumundaki eczacının sorumluluğu doğmalı mı veya ne ölçüde sorumlu olacağı sorusu akıllara gelmektedir.

Bu çalışma kapsamında birinci bölümde, eczacılık mesleğinin tanımı ve mesleğe dair mevzuata değinilip ikinci bölümde, eczacıların sözleşmeden doğan sorumlulukları ve sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında eser sözleşmesinin gündeme geldiği faaliyetlerine açıklanmıştır. Çalışmanın üçüncü bölümünde eser sözleşmesi kapsamındaki faaliyetleri bakımından eczacının borç ve yükümlülüklerine değinilmiş olup sonrasında dördüncü bölümde eczacıların sorumluluğunun eser sözleşmesine dayandığı durumda sorumluluk konusu açıklanmıştır.

I. ECZACILIK MESLEĞİ ve İLGİLİ MEVZUATI

A. Mesleki Olarak Eczacılık ve Faaliyetleri

Eczacılık mevzuatında eczacılık; “ilaç hazırlayan, ilaç analizi yapan, ilaç satışı yapan, ilaçların kullanımına bağlı sorunlar hakkında hastaları bilgilendiren sağlık hizmeti” olarak tanımlanmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında eczane açmak, eczane işletmek ve ecza depolarında mesul müdür olabilmek için eczacı olma şartı olduğu belirtilmiştir. (EEHK m. 1)

Türkiye’de eczacılık yapabilmek için sahip olunması gereken özelliklere EEHK m. 2’de yer verilmiştir. Madde kapsamında Türkiye’de eczacılık yapacak kişilerde; “Türk vatandaşı olma, Türkiye’de bulunan eczacılık fakültelerinden veya Türkiye’de denkliği olan yabancı bir eczacılık fakültesinden diplomaya sahip olma, diplomanın Sağlık Bakanlığı’na tescil edilmiş olması ve EEHK m. 4’te yazılı durumlardan herhangi birinin olmaması” şartları aranmaktadır.

Bir ilacın üretiminden tüketimine kadar her aşamasında yetki sahibi olan, akademik eğitim ve bilgi birikimi sahibi tek sağlık personeli konumundaki eczacılık mesleği birçok çalışma alanına sahip olup genel olarak çalışma alanlarını; serbest, kamu ve sanayi eczacılığı şeklinde sınıflandırmak mümkündür.²

¹ R.G 24.12.1953, S. 8591.

² İsmail Hakkı Şentürk, “Eczacının Hukuki Açıdan Sorumluluğu” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1997), 55.

B.Eczacılık Faaliyetlerine Yönelik Mevzuat

Eczacılık mesleği ve mesleki faaliyetleri bakımından ana mevzuat olarak 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun³ önem arz etmektedir. Bu kanunda “*eczacılık*” mesleği, eczacılık mesleğinin faaliyetleri, eczane açma şartları, eczacı olabilmek için gereklilikler, teftiş işlemleri, mesleki cezalar ve sorumluluğa ilişkin hükümler yer almaktadır.

Eczacılık mesleğinin gelişimini sağlayabilmek, mesleki disiplin ve ahlaki koruma amacıyla kamu kurumu niteliğinde tüzel kişilik sahibi Türk Eczacıları Birliği kurulmuştur. Bu kapsamda 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu⁴ mevcuttur. Kanun ile serbest eczacılık mesleği yürütecekler veya özel sektörde eczacılıkla ilgili hizmet verecek eczacılar için işe başlamadan önce bulunduğu ilin eczacı odasına kayıt ve üyelik ödevlerini yerine getirme zorunluluğu bulunmaktadır.

Eczacılar, majistral ilaç imal ederken ilaç üreticisi konumunda bulunmaktadır. İlaç üreticisi konumu sebebiyle ilaç üretimine dair düzenlemeleri bünyesinde barındıran, 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu⁵ da eczacılık faaliyetleri açısından önem arz etmektedir.

Eczacıların deontoloji yönünden uyma zorunluluğu bulunan ilke ve kurallar için ise Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü⁶ (TEDT) yayımlanmıştır. Tüzükte, Türk Eczacıları Birliği’ne kayıtlı eczacıların TEDT hükümlerine tabi olduğu belirtilmektedir.

Açılmış ve açılacak eczanelerin açılış, işletilme, devir, nakil, kapanma işlemleri, eczanelerin özellikleri, eczacıların görev, yetki ve sorumlulukları, eczacılık hizmetlerinin yürütülmesine dair usul ve esaslar için EEHK ile 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 40’a dayanılarak Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik⁷ yayımlanmıştır. Yönetmeliğin 50. Maddesine dayanılarak da iyi eczacılık uygulamalarına yönelik kılavuz hazırlanmıştır.

Yukarıda belirtilen kanun, tüzük ve yönetmelik düzenlemeleri eczacılık mesleğinin özel düzenlemeleridir. Eczacılık mesleğinden kaynaklanan hukuki uyumsuzluklarda bu özel mevzuatların yanında başvuru genel mevzuatlar da bulunmaktadır.

Yargıtay tarafından serbest eczacılık faaliyetlerinde hasta/müşteri ile eczacı arasındaki ilişki, tüketici hukuku ilişkisi olarak nitelendirilmekte⁸ ayrıca eczacıların eser sözleşmesi, satış sözleşmesi ve vekalet sözleşmesi kapsamında işlemlerinin mevcudiyeti bulunmaktadır. Bu kapsamda ise doğabilecek uyumsuzluklar ve sorumluluk bakımından 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁹ (TKHK) ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹⁰ (TBK) hükümleri gündeme gelmektedir. Yine eczanelerin ticarethane ve eczacıların da tacir olarak nitelendirilmesi sebebiyle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹¹ (TTK) gibi mevzuatlardan da faydalanılmaktadır.

³ R.G. 24.12.1953, S. 8591.

⁴ R.G. 02.02.1956, S. 9223.

⁵ R.G. 26.05.1928, S. 898.

⁶ R.G. 27.07.1968, S. 12961.

⁷ R.G. 12.04.2014, S. 28970.

⁸ Yar. 11.HD, E. 1976/1903, K. 1976/1650, 29.03.1976 (www.legalbank.net).

⁹ R.G. 28.11.2013, S. 28835.

¹⁰ R.G. 04.02.2011, S. 27836.

¹¹ R.G. 14.02.2011, S. 27846.

II. ECZACILARIN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUKLARI

A. Genel Olarak

Eczacı ile hasta arasındaki hukuki ilişkilerde eczacının sorumluluğu yönünden özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple eczacının sorumluluğu değerlendirilirken genel hükümler göz önünde bulundurulmaktadır.¹²

Eczaneler, Yargıtay'ın görüşüne göre; “*ticarethane*” sayılmakta ve ticari işletme olarak nitelenmektedir. Eczacılar ise, ticari işletme olan eczaneyi işlettiklerinden tacir olarak nitelendirilmektedir.¹³

Eczacı ile hasta arasında sözleşmesel bir ilişki kurulduğunda bu ilişki tüketici (hasta/ürün alan) ile satıcı (eczacı) arasında kurulmuş olduğundan tüketici hukukuna konu olmakta¹⁴ ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da eczacı tarafından hastaya/müşteriye yapılan satımın tüketici hukuku kapsamında olduğunu belirtmiştir.¹⁵

Eczacı (satıcı) ile hasta (tüketici) arasındaki sözleşmesel ilişkide satış sözleşmesi hükümleri gündeme gelebileceği gibi somut olaya göre eser sözleşmesi veya vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulama bulabileceği haller de olabilmektedir.

B. Sorumluluğun Eser Sözleşmesine Dayanması

1. Genel Olarak

Eser sözleşmesi TBK m. 407’de, yüklenici tarafından bir eser meydana getirilmesi karşılığında, iş sahibi tarafından buna karşılık bedelin ödenmesi şeklinde tanımlanmıştır. Eczacı ile hasta ilişkisinde eczacı, sözleşmenin yüklenici tarafı; hasta ise iş sahibi tarafı olmaktadır.

Eczacının eser sözleşmesi kapsamında sorumluluğunun gündeme geldiği durumlar olabilmekte ve eczacı üretici gibi sorumlu olabilmektedir.¹⁶ Eczacı tarafından ilacın eczanede bizzat hazırlanması ve tüketici konumundaki hastaya sunulması halinde eczacı ile hasta arasında eser sözleşmesi gerçekleşmektedir. Eczanede bizzat eczacı tarafından hastaya özel hazırlanan bu ilaçlar majistral ilaç olarak adlandırılmaktadır. Son zamanlarda kişiye özel tedavilerin yaygınlaşmaya başlamasıyla majistral ilaçlar da tekrar önem kazanmaktadır.¹⁷

2. Majistral İlaç

Ecza Ticarethaneleri ve Ecza Ticarethanelerinde Bulundurulan Ürünler Hakkında Yönetmelik (ETY) m. 4/1-p’de tanımlanan majistral ilacın üretilerek hastaya satılması eser sözleşmesinin gündeme geldiği eczacılık faaliyeti olarak karşımıza çıkmaktadır. Yönetmelikteki tanıma göre majistral ilaç; “*Hekimin reçeteye yazdığı formüle göre eczacının ilacı hazırlayarak hastaya sattığı ilaçtır.*”

Eczacıların, hekimin reçeteye yazmış olduğu formül doğrultusunda ilacı hazırlayıp hastaya satması halinde bu ilaçlar, majistral ilaç olarak tanımlanmaktadır. (ETY m. 4/1-p) Majistral ilaç, eczanede hazır bulunmayıp eczacı tarafından hazırlanmakta ve eczacı bu ilaçlar bakımından ilaç üreticisi konumunda bulunmaktadır. Majistral ilaçların satışında eczacının eser sözleşmesine göre sorumluluğu gündeme gelmektedir.¹⁸

¹² Murat Doğan, “Eczacının Tazminat Sorumluluğu,” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no 3-4 (2012): 18.

¹³ Yar. 11.HD, E. 1976/1903, K. 1976/1650, 29.03.1976 (www.legalbank.net).

¹⁴ İbrahim Ankara, “Eczacıların Hukuki Sorumlulukları,” *Tıp Hukuku Dergisi* 9, no 18 (2020): 537.

¹⁵ Yar. HGK, E. 2005/265, K. 2005/300, 04.05.2005 (www.legalbank.net).

¹⁶ Hakan Hakeri, *İlaç Hukuku* (Astana Yayınları, 2018), 286.

¹⁷ Ayça Andaç vd., “Eczane Mesul Müdürlerinin Majistral İlaç Hazırlama ile İlgili Bilgi ve Tutumlarının Değerlendirilmesi,” *Marmara Pharmaceutical Journal* 19, no 3 (2015): 283.

¹⁸ Hakeri, *İlaç Hukuku*, 286.

Majistral ilaç üretimi önceki zamanlarda, eczacılığın temel işlevlerinden birini ifade etmeyken gelişen ilaç teknolojisi ve sanayi ile birlikte üretim maliyetleri düşmüş olup ilaç çeşitliliği artmıştır. Bu durumda da ilaç üretilmesi alanında ilaç firmalarının hakimiyeti artmış olup firmalarca üretilmiş hazır ilaçlar majistral ilaçlara karşı öne çıkmıştır.¹⁹

Bir dönem uygulaması azalsa da bazı hastalıkların tedavisi için majistral ilaç olarak da nitelendirilen ve özel olarak hazırlanmaya gereksinim duyulan reçeteye tabi ilaçlar söz konusu olabilmektedir.²⁰ Son zamanlarda kişiye özel tedavilerin yaygınlaşmaya başlamasıyla majistral ilaçlar da tekrar önem kazanmaktadır.²¹ Burada eczacı, hekimin formülü doğrultusunda belli bir hasta için ilacı hazırlamaktadır.²² Örneğin bir cilt rahatsızlığı sebebiyle hekimin hastaya yazmış olduğu reçetede yer alan formüle göre o hasta özelinde bir krem hazırlanması halinde eser sözleşmesi gündeme gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki kime satılacağı belirsiz bir şekilde eczacı tarafından hazırlanarak eczane rafında ya da depoda bulundurulmuş ilaç veya ilaç dışı ürünler eser sözleşmesine değil satış sözleşmesine konu olmaktadır.²³

Majistral ilaçları eczacılar, hekimlerin reçetesinde gösterdiği formüle göre üretmektedir. Ancak majistral ilacı eczacının üretmesi sebebiyle hastada ilaçtan kaynaklı bir zarar meydana geldiğinde, bu zarardan ilacın üreticisi olarak doğrudan eczacının sorumluluğu gündeme gelmektedir.²⁴

Eser sözleşmesinin gündeme geldiği eczacılık faaliyeti olan majistral ilacın üretilerek hastaya satılması halinde eczacının eser sözleşmesi kapsamında borçları, yükümlülükleri ve sorumluluk hususu ilerdeki başlıklarda ayrıntılı olarak incelenecektir.

C. Sorumluluğun Satış Sözleşmesine Dayanması

Satış sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 207’de tanımlanmıştır. TBK m. 207’de satış sözleşmesi; “satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme”²⁵ olarak ifade edilmiş olup kısaca, bir malın para karşılığında değiştirilmesi şeklinde de tanımlayabiliriz.²⁶

Eczacı tarafından hazırlanmayan bir ilaç veya ilaç dışı ürünün satılması, hazır ilaç satımı durumunda eczacının sözleşmesel sorumluluğu gündeme gelmektedir.²⁷ Burada taraflar arasında satış sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Eczacı (satıcı), eczanesindeki bir ilaç veya ürünü (malvarlığı) hakkını hastaya/müşteriye (alıcıya) geçirmekte; hasta/müşteri (alıcı) ise, kararlaştırılmış olan bedeli ödemeyi borçlanmaktadır.

Eczanelerin uğraş konuları taşınır malları (kozmetik ürünü, ilaç, gıda takviyesi vb.) satmak için tedarik edip bu malları aynı şekilde veya başkaca bir şekle sokarak satmak olduğundan bu şekilde ürün ve ilaç satışlarında satış sözleşmesi türlerinden taşınır satış sözleşmesi hükümleri de uygulama bulabilmektedir. TBK’da taşınır satış sözleşmeleri 209-236. Maddeler arasında düzenlenmiştir.

¹⁹ Saadet Kızıltepe, *İlaç Üretiminden ve Kullanımından Doğan Tazminat ve Ceza Sorumluluğu* (Adalet Yayınevi, 2024), 38.

²⁰ Ankara, “Eczacıların Hukuki Sorumlulukları,” 569.

²¹ Andaç vd., “Eczane Mesul Müdürlerinin Majistral İlaç Hazırlama ile İlgili Bilgi ve Tutumlarının Değerlendirilmesi,” 283.

²² Hakeri, *İlaç Hukuku*, 42.

²³ Oğuzhan Ertekin, “Eczaneden İlaç Ya Da İlaç Dışı Ürün Alan Kişi ile Eczacı Arasındaki İlişkinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi,” *Medeni Hukuk Dergisi* 1, no 2 (2024): 248.

²⁴ Kızıltepe, *İlaç Üretiminden ve Kullanımından Doğan Tazminat ve Ceza Sorumluluğu*, 38.

²⁵ Mart 14, 2025, <https://www.mevzuat.gov.tr>.

²⁶ Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (Beta Yayıncılık, 2024), 25.

²⁷ Hakeri, *İlaç Hukuku*, 288.

Reçeteli ya da reçetesiz bir ilacın veya ilaç dışı ürünün doğrudan eczacıdan talep edilerek alınması ve eczacının bu malı satması halindeki eczacılık faaliyetlerinde satış sözleşmesi söz konusu olmaktadır.²⁸

D. Sorumluluğun Vekalet Sözleşmesine Dayanması

Vekalet sözleşmesi TBK m. 502’de, “*vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme*” şeklinde tanımlanmıştır. Vekalet sözleşmesinde vekil, sözleşmede belirlenen işi görme ya da işlemi yapmayı borçlanmakta ve yerine getireceği edimin mevzuatlarda düzenlenen sözleşmelerden birinin konusuna girmemesi halinde sözleşme veya teamül olan hallerde ücrete hak kazanmaktadır.²⁹ Eczacı ile hasta ilişkisinde vekalet sözleşmesi gündeme geldiğinde sözleşmenin tarafları yönünden değerlendirecek olursak eczacı, vekil; hasta ise vekalet veren konumunda yer almaktadır.

Hastanın/alıcının eczacıdan kendisine öneride bulunmasını isteyerek ya da eczacının eczaneye gelen kişiyi dinleyerek ilaç ya da ilaç dışı ürün tavsiyesinde bulunması üzerine kişinin ilacı ya da ilaç dışı ürünü alması halinde taraflar arasında vekalet sözleşmesi ile satış sözleşmesinin unsurlarını bir arada içeren karma nitelikte bir sözleşme kurulmaktadır.³⁰ Karma sözleşme, kanun çeşitli sözleşme tiplerinde öngörmüş olduğu unsurların kanunun öngörmediği şekilde bir araya getirilmesi anlamına gelmektedir.³¹

Eczacı tarafından eczaneye gelen kişinin rahatsızlıklarının dinlenerek ilaç veya ilaç dışı ürün tavsiye edilmesi halinde eczacı bir bakıma hekimin görevini üstlenmiş olmaktadır.³² Ancak belirtmek gerekir ki Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik (EEHY) m. 7/1-ç kapsamında eczacılar yalnızca reçeteye tabi olmayan ilaçlar yönünden hastaların gereksinimine uygun danışmanlık hizmeti verebilmektedir. Reçetesiz ilacı danışmanlık görevi kapsamında satması halinde eczacının özen yükümlülüğü daha fazla olmakta ve sorumluluk alanı da genişlemektedir.³³

E. Eser Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Diğer Sözleşmesel Sorumluluklardan Farkları

Borçlar hukuku bakımından eser sözleşmesinde bedel karşılığı olarak bir işin görülmesi ve bunun neticesinde bir eserin yaratılması taahhüdü bulunmakta olup eseri teslim borcuna karşılık bedel, mülkiyetin nakli borcundan ziyade iş görme borcunun karşılığı olmaktadır.³⁴ Satış sözleşmesinde ise, bir malın mülkiyetini devir karşılığında bedelinin ödenmesi durumu söz konusudur.³⁵

Eser sözleşmesinin gündeme geldiği eczacılık faaliyetine konu majistral ilaç, hazır olmayan bir ilaçtır. Eczacı formül doğrultusunda ilacı meydana getirmekte ve satmaktadır. Ancak satış sözleşmesinin gündeme geldiği eczacılık faaliyetlerinde ise hazır bir ilacın satımı söz konusudur. Eczacı, majistral ilacın meydana getirilmesinde ilacın üreticisi ya da eseri meydana getiren konumundayken; satış sözleşmesine konu hazır ilacın üretim sürecinde eczacının bir etkisi bulunmamaktadır. Yani satış sözleşmesine konu faaliyette bir üretici firmaca üretilmiş, hazır bir şekilde ve hastalara genel olarak

²⁸ Ertekin, “Eczaneden İlaç Ya Da İlaç Dışı Ürün Alan Kişi İle Eczacı Arasındaki İlişkinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi,” 246.

²⁹ Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 638.

³⁰ Burcu G. Özcan Büyüktanır ve Dila Okyar Karaosmanoğlu, “Eczacının 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı İfadan Sorumluluğu,” *Ankara Barosu Dergisi*, no 4 (2016): 223.

³¹ Cevdet Yavuz vd., *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (Beta Yayıncılık, 2024), 14.

³² Ertekin, “Eczaneden İlaç Ya Da İlaç Dışı Ürün Alan Kişi ile Eczacı Arasındaki İlişkinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi,” 247.

³³ Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk* (Seçkin Yayıncılık, 2022), 885.

³⁴ Haluk Nami Nomer ve Baki İlkay Engin, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi* (Seçkin Yayıncılık, 2024), 54.

³⁵ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Borçlar Hukuku*, 29. bs (Beta Yayıncılık, 2020), 21.

sunulmakta olan bir ilaç söz konusuysen; eser sözleşmesine konu faaliyette ise, eczanede hazır bulunmayıp eczacı tarafından hastaya özel hazırlanmış bir ilaç söz konusudur³⁶.

Majistral ilaç bakımından eczacı, ilaç üretici konumundayken; hazır ilacın satımı bakımından eczacı, satıcı konumundadır. Eser sözleşmesinin gündeme geldiği üreticilik konumu ile satış sözleşmesinin gündeme geldiği satıcılık konumu ayıp hükümlerinin devreye girmesi bakımından da farklılık arz etmektedir. Eczacının majistral ilaç üretiminde eczacı üretim sürecinde olup burada ayıplı ifa hali, ilacın birleşiminde veya karışımında hata³⁷ ya da malzemede kusur şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. Hazır ilacın satışında ilacın üretimden kaynaklı bir ayıbın mevcudiyeti halinde eczacının kusursuz sorumluluğu gündeme gelmekte olup eczacının bir tazminat ödemesi halinde ilacın üreticisine tazminatı rücu edebilmektedir³⁸.

Eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesinin farkları yönünden incelediğimizde, her ne kadar her iki sözleşme türü de iş görme sözleşmesi olarak kabul edilse de bünyelerinde birtakım farklılıkları barındırmaktadır. Eser sözleşmesi bünyesinde sonuca elverişli bir taahhüdü barındırmaktayken, vekalet sözleşmesinde işin görülme süreci belirleyici olmakta ve sonuç, borcu ifa anlamında belirleyici olmamaktadır.³⁹ Yani eczacı eser sözleşmesi kapsamında edimini ifa etmiş sayılabilmesi için majistral ilacı sözleşmeye uygun hazırlayıp hastaya sunmalıysen, vekalet sözleşmesi bakımından sorumluluğunda sonuç borç yönünden belirleyici değildir. Yine her iki sözleşme türünün farkı olarak, eser sözleşmesi ayıp denetimine tabiyken; vekalet sözleşmesinde vekilin özen yükümlülüğünden bahsedilmektedir.⁴⁰

Tüketicinin/hastanın eczacıdan tavsiye isteyerek eczaneden reçetesiz ilaç veya ilaç dışı ürün alması durumunda vekalet ve satış sözleşmelerinin unsurlarını içeren karma nitelikte sözleşme meydana gelmektedir.⁴¹ Bu durumda da satış sözleşmesinde olduğu gibi hazır bir ilaç veya ilaç dışı ürünün satışı söz konusu olmaktadır. Yani majistral ilacın meydana getirilip satılmasında olduğu gibi eczacının yine üretici konumunda olma durumu bulunmamaktadır.

III. ECZACININ ESER SÖZLEŞMESİNDE BORÇ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Eczacı, eser sözleşmesinde yüklenici konumundadır. Eczacının eser sözleşmesi kapsamında borçları ve yükümlükleri de eser sözleşmesi kapsamında yüklenicinin yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Eser sözleşmesinin gündeme geldiği eczacılık faaliyeti majistral ilaç imalinde söz konusu olmaktadır. Majistral ilacın imalinde eczacının dikkat etmesi gereken hususlara ve yükümlülüklerle EEHK m. 25'te yer verilmiştir. Yine bu konuda yönetmelikte (EEHY) m. 21, m. 31 ve m. 32 düzenlemeleri bulunmakta olup EEHY m. 50'ye göre hazırlanmış olan İyi Eczacılık Uygulamaları Kılavuzu'nda⁴² majistral ilaç imal edilirken dikkat edilmesi gereken hususlara da yer verilmiştir. Bir diğer özel hüküm olarak ise TEDT m. 7 bulunmaktadır. Tüzüğün bu maddesinde formüle uygun hazırlanana ilacın şifa vermemesi sebebiyle eczacının kınanamayacağı belirtilmiştir. Eczacılar ile ilgili bu özel kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerinin yanında eser sözleşmesinin gündeme geldiği faaliyetlerde özel hüküm bulunmayan durumlarda TBK m. 470-486 hükümlerine gidilir.

³⁶ Hakeri, *İlaç Hukuku*, 42.

³⁷ Özcan Büyüktanır ve Okyar Karaosmanoğlu, "Eczacının 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı İfadan Sorumluluğu," 228.

³⁸ Doğan, "Eczacının Tazminat Sorumluluğu," 16.

³⁹ Zekeriya Kurşat, "Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 67, no 1-2 (2009): 147.

⁴⁰ Kurşat, "Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü," 164.

⁴¹ Ertekin, "Eczaneden İlaç Ya Da İlaç Dışı Ürün Alan Kişi ile Eczacı Arasındaki İlişkinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi," 247.

⁴² Nisan 20, 2025, <https://www.titck.gov.tr/storage/legislation/sGvnnJYO.pdf>.

Eczacı, yüklenici olarak; işi, yani ilacı bizzat yapma veya yönetimi altında yaptırmak, gerekli özeni göstermek, işe zamanında başlayarak devam ettirip teslimine kadar hasara katlanmak zorundadır.⁴³ Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun m. 25/1’de, majistral ilaç imal edilirken eczacının reçeteye bağlı kalıp tadil ve taşıy etmeden yapması gerektiği, majistral ilaçta görülecek hata ve saireden eczacının sorumlu olduğu belirtilmiştir. İlgili maddenin ikinci fıkrasında, eczacıların içeriğinde yanlışlık olduğundan şüphe duyduğu reçeteler ile kodekste yazılı miktarlardan fazla eczayı ihtiva edip altı iki çizgi ile çizilerek ayrıca imza edilmeyen reçeteleri hastaya bakan hekim ile temas etmeden imal edemeyecekleri belirtilmiştir. Devamında aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, eczacının hastaya bakan hekim ile temas imkânı olmadığı takdirde reçeteyi kodekste yazılı azami miktarlar doğrultusunda yapmakla birlikte durumu mahallin en yüksek sağlık amirine bildireceği belirtilmiştir.

Eczacının eser sözleşmesi kapsamında borçları ve yükümlülükleri TBK m. 471-478 arasında düzenlenmiş olan yüklenicinin borçları anlamına gelmektedir. Eser sözleşmesi hükümleri çerçevesinde eczacının borçlarından bir kısmı majistral ilacın/eserin sözleşmeye uygun hazırlanması ile ilgili olup işi sadakat ve özenle yapma, bizzat yapma, malzemeye ilişkin borçlar, zamanında başlayıp devam etme, genel ihbar yükümlülüğü şeklinde; bir diğer kısmı ise majistral ilacın/eserin teslimine ilişkin olup majistral ilacı/eseri teslim borcu ve buna bağlı olarak ayıptan sorumluluk borcu şeklinde karşımıza çıkabilecektir.⁴⁴

B. İlacı Sadakat ve Özenle Yapma Borcu

Yüklenicinin sadakat ve özenle eseri yerine getirme borcu TBK m. 471/1 düzenlemesiyle açıkça ifade edilmiştir. TBK m. 471 hükmü göz önünde bulundurulduğunda eczacının borcunu ifa ederken sadakat ve özenle ifa zorunluluğu bulunmaktadır. Yargıtay içtihatlarında sadakat ve özen borcu, “*Kanunda tanımı yapılmayan sadakat ve özen borcu, aslında Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralının bir uzantısıdır.*”⁴⁵ şeklinde ifade edilmektedir. Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü m. 3’te de eczacının, reçeteyi yazan hekim veya hasta kim olursa olsun ayrımcılık yapmaksızın ilacı hazırlayıp reçete sahibine verme konusunda en yüksek dikkat ve özeni göstermekle yükümlü olduğu belirtilmektedir.

Eczacının hastaya verilen reçetede ilacı değiştirmeden ve özenle yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁴⁶ Özen borcu kapsamında, basiretli bir eczacının göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranılarak majistral ilacın imal edilmesi gerekmektedir.⁴⁷ Eser sözleşmesinin yüklenicisi konumundaki eczacının, tecrübeli ve uzman bir kişinin gözeteceği teknik ve sanat kurallarına uygun hareket etmesi gerekmektedir.⁴⁸

Genel hükümler kapsamında, eğer malzeme iş sahibi (hasta) tarafından sağlandı ise, sadakat borcu doğrultusunda eczacı (yüklenici), malzemeyi gerekli özeni göstererek kullanma ve artanı geri vermekle yükümlü olmakta, malzemenin ayıplı olması halinde bunu iş sahibine bildirmesi gerekmektedir. Bu durumun haricinde sadakat borcu gereği sır saklama yükümlülüğü de doğmakta ve sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam etmektedir.⁴⁹

C. Bizzat Yapma ve Malzemeye İlişkin Hususlar

İyi Eczacılık Uygulamaları Kılavuzu⁵⁰ m. 10’da majistral ilacın hazırlanışı, ilaçların temini ve hastalara sunumuna dair bilgilere yer verilmiştir. Bu maddede majistral ilaçların eczanede mesul müdür ya da yardımcı eczacı veya ikinci eczacı tarafından hazırlanacağı belirtilmiştir. Ancak ilaç, yardımcı eczacı ile ikinci eczacı tarafından hazırlanıyorsa mesul müdür eczacının gözetiminde hastaya sunulacağı

⁴³ Akıntürk ve Ateş, *Borçlar Hukuku*, 307.

⁴⁴ Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 551.

⁴⁵ Yar. 14.HD, E. 2011/8995, K. 2011/9420, 18.07.2011 (www.legalbank.net).

⁴⁶ Doğan, “Eczacının Tazminat Sorumluluğu”, 17.

⁴⁷ Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 896.

⁴⁸ Yavuz vd., *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 553.

⁴⁹ Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 552.

⁵⁰ Nisan 24, 2025, <https://www.titck.gov.tr/storage/legislation/sGvnnJYO.pdf>.

belirtilmektedir. Yani majistral ilacı hazırlayan kişi eczacı olmalı, ancak ilaç mesul müdür olan eczacı tarafından hazırlanmıyorsa mesul müdüre gözetim yükümlülüğü yüklenmektedir.

Malzeme hususunda ise, EEHY m. 21’de majistral ilacın hazırlanışında kullanılan kimyasal maddeler, galenik preparatlar ve drogların cam şişelerde; ışıktan bozulabilecek malzemelerin ise renkli şişelerde ayrı bir dolapta bulundurulacağı belirtilmektedir. Yine bu hususta kılavuz m. 7’de ilacın üretim ortamı ve malzemeye ilişkin dikkat edilmesi gereken hususlara yer verilmiştir. Belirtilen özel düzenlemelerin yanında TBK m. 471’de de yüklenicinin yani konumuz bakımından eczacının aksi yönde bir adet ve anlaşıma olmadığı takdirde eserin meydana getirilmesinde (ilacın imalinde) kullanılacak araç ve gereçleri kendisinin sağlamak zorunda olduğu belirtilmektedir. TBK m. 472’de ise, malzeme yüklenici tarafından sağlandığı durumda malzemenin ayıplı olması halinde satıcı gibi sorumlu olduğu düzenlemesi yer almaktadır.

D. Aydınlatma Yükümlülüğü

1 Genel Olarak

Eczacı yalnızca işletme sahibi olan bir tacir olmanın ötesinde, aynı zamanda sağlık hizmeti sunumu gerçekleştiren bir sağlık mesleği mensubu konumundadır⁵¹. EEHK m.1’de eczacılık faaliyetlerinden birinin de ilacın kullanımına bağlı sorunlar bakımından, hastaların bilgilendirilmesine ilişkin sağlık hizmeti olduğu belirtilmiş olup EEHY m. 7/1-a’da ise eczacıların, ilaçlar ile bu ilaçların etkili ve güvenli bir şekilde kullanımı hususunda hastaların yeterli bilgiye sahip olmasını sağlayacağı belirtilerek eczacıların aydınlatma yükümlülüğüne değinilmiştir.

Eczacılar yönünden aydınlatma yükümlülüğü, hastaya verilen ilacın kullanımı ile etki ve yan etkileri bakımından hastaların bilgilendirilmesini ifade etmektedir⁵². Hekim tarafından hastanın ilaca dair aydınlatılmış olması, eczacının aydınlatma yükümlülüğünü kaldırmayacak olup eczacının aydınlatma yükümlülüğünü hiç ya da gerektiği şekilde yapmaması yahut hatalı yapması sebebiyle bir zararın meydana gelmesi halinde eczacının meydana gelen bu zarar sebebiyle tazminat sorumluluğunun doğması söz konusu olabilecektir.⁵³ Bunun dışında eczacıların reçetede kontrol görevi bulunmakta ve bu görevi kapsamında, reçetede uygun olmayan bir ilacın yazıldığını görmesi halinde hastaya ve hekime bilgi vermesi gerekmektedir.⁵⁴

2. Aydınlatmanın Kapsamı

Yüklenicinin, eseri teslim ederken, gerekli olması halinde eserin kullanım şekli hakkında iş sahibine bilgi vermesi ve aydınlatması gerekmektedir.⁵⁵ Eczacı, hekim gibi hastanın anamnezini alma, başkaca hastalıklarını takip etme, test ve tetkik sonuçlarını bilme imkanlarına sahip olmadığından eczacının aydınlatma konusundaki yükümlülüğü, ilacın doğru kullanım şekli ile yaygın ve ciddi yan etkileri bakımından hastayı bilgilendirmekle sınırlı olmalıdır.⁵⁶ Doktrinde eczacıların asıl aydınlatma yükümlülüğünün doz, ilacın kullanma sıklığı, tedavinin devamı, ilacın ne şekilde kullanılacağı ve diğer ilaçlar ile gıda maddeleriyle etkileşimi hususuyla sınırlı olduğu ifade edilmektedir.⁵⁷

İyi Eczacılık Uygulamaları Kılavuzu’nda,⁵⁸ eczanede yapılan ilaçların ambalajına yapıştırılacak etiketlerde ilacın kullanım şekli ve saklama koşullarına dair bilgi yer alması gerektiği belirtilmektedir. Kılavuzun İlaç Sunumu ve Hastaya Yönelik Talimatlar başlığında ise, ilacın güvenli ve etkin kullanımı hususunda hastaya gerekli bilgi ve önerilerin verilmesi, verilen ilacı başkaca ilaç veya gıdalar ile

⁵¹ Cahit Doğan, “Eczacı Uygulamalarında Aydınlatılmış Rıza (Paylaşımlı Karar Verme),” *Tıp Hukuku Dergisi* 6, no 11 (2017): 178.

⁵² Doğan, “Eczacının Tazminat Sorumluluğu,” 6.

⁵³ Kızıltepe, *İlaç Üretiminden ve Kullanımından Doğan Tazminat ve Ceza Sorumluluğu*, 117.

⁵⁴ Doğan, “Eczacı Uygulamalarında Aydınlatılmış Rıza (Paylaşımlı Karar Verme),” 182.

⁵⁵ Yavuz vd., *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 553.

⁵⁶ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 864.

⁵⁷ Hakeri, *İlaç Hukuku*, 296.

⁵⁸ Nisan 24, 2025, <http://www.istanbulsağlik.gov.tr/w/sb/ecz/mevzuat/mevzuatPdf/iyieczuyg.pdf>.

etkileşimlerinin önlenmesi için ilacın kullanımın biçiminin hastaya açıkça anlatılması gerektiği belirtilmektedir. İlgili talimatların devamında eczacının bilgileri bir bütün halinde aktarması gerektiği, “ilacın adı, endikasyonları, dozajı, kullanım şekli, saklama koşulları, yan etkileri, beklenmeyen etkileri ve alınacak önlemler” konularında aydınlatmanın gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiş olup bu bilgilendirmeler yapılırken, hastaların eğitim durumunun da göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir.

3. Aydınlatmanın Niteliği

Eczacıların hastaları aydınlatması yönünde eczacılık mevzuatında doğrudan aydınlatma yükümlülüğü yükleyen bir düzenleme bulunmamaktadır.⁵⁹ Eczacıların asli yükümlülüğü ilaçları standardına uygun bir şekilde hastaya sunmak olup hastanın TMK m. 2 gereği aydınlatılması ise yan yükümlülük niteliğindedir.⁶⁰ 12.04.2014 tarihinde EEHY Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girene kadar eczacıların hastayı aydınlatması yönündeki bu yan yükümlülük ancak objektif iyi niyet kuralları gereği olabilmektedir,⁶¹ EEHY m. 7/1-ç ve m. 33 düzenlemeleri ile hastalara ilaç kullanma konusunda danışmanlık vermeye dair özel bir sorumluluk yüklenmiştir.

Eczacı-hasta ilişkisinde aydınlatma, genel olarak bir yan yükümlülük niteliğinde olsa da eczacı ile ilaç alan arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, aydınlatmanın niteliğinde farklılık meydana getirebilmektedir. Hekim tarafından yazılan reçete doğrultusunda eczacı, eser sözleşmesi veya satış sözleşmesi kapsamında işlem yaparken aydınlatma yükümlülüğü eczacı açısından yan yükümlülük niteliğindedir. Ancak vekalet sözleşmesinin gündeme geldiği reçetesiz ilaç satışlarında bu durum değişmekte olup vekalet sözleşmesi hükümleri doğrultusunda vekilin yani eczacının sadakat borcu gündeme gelmekte ve eczacının hastayı aydınlatması gerekmektedir.⁶² Majistral ilaç imal edilerek satıldığında ise, eser sözleşmesinin gündeme gelmekte ve aydınlatma yükümlülüğünün temelini TBK m. 471 oluşturmaktadır.⁶³

E. Bildirim Yükümlülüğü

Eczacının, içeriğinde yanlışlık olduğundan şüphe duyduğu reçeteler ile kodekste yazılı miktardan fazla ecza içerip altı iki çizgi ile ayrıca imza edilmeyen reçeteleri hastayı tedavi eden hekim temas etmeden imal edemeyeceği EEHK m. 25/2’de belirtilmiştir. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, hastayı tedavi eden hekim ile temas imkânı olmayan durumlarda eczacının, reçeteyi kodekste yazılı azami miktarlara göre yapıp durumu mahallin en yüksek sağlık amirine bildireceği belirtilmektedir. Burada eser sözleşmesindeki ihbar yükümlülüğü bildirim şeklinde karşımıza çıkmakta olup bir yan yükümlülük niteliğindedir.

IV. ECZACININ ESER SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Eczacının majistral ilaç imali sebebi ile tazminat sorumluluğuna yol açabilecek haller ile majistral ilaç sebebiyle meydana gelen zararlar, majistral ilaçlarda danışmanlık hizmeti verme yükümlülüğünün ihlal edilmesi, hastanın bilgilendirilmesi gereken hususlarda bilgilendirilmemesi vb. şekillerde karşılaşılabilmektedir.⁶⁴

EEHK m. 25’te majistral ilaç üretiminde eczacının sorumluluğuna yer verilmiştir. Birinci fıkrada eczacının majistral ilacı imal ederken reçeteye bağlı kalıp tadil ve taşıy etmeden yapması gerektiği, majistral ilaçta görülecek hata ve saireden eczacının sorumlu olduğu belirtilmiştir.

⁵⁹ Mehmet Demir, “İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no 89 (2010): 122.

⁶⁰ Doğan, “Eczacı Uygulamalarında Aydınlatılmış Rıza (Paylaşımlı Karar Verme),” 181.

⁶¹ Mert Soylu, “İlaç Hukukunda Tazminat Sorumluluğu” (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, 2021), 99.

⁶² Doğan, “Eczacı Uygulamalarında Aydınlatılmış Rıza (Paylaşımlı Karar Verme),” 182.

⁶³ Ankara, “Eczacıların Hukuki Sorumlulukları,” 551.

⁶⁴ Kızıltepe, *İlaç Üretiminden ve Kullanımından Doğan Tazminat ve Ceza Sorumluluğu*, 191.

EEHK m. 25/2’de ise, eczacıların içeriğinde yanlışlık olduğundan şüphe duyduğu reçeteler ile kodekste yazılı miktarlardan fazla eczayı ihtiva edip altı iki çizgi ile çizilerek ayrıca imza edilmeyen reçeteleri hastaya bakan hekim ile temas etmeden imal edemeyecekleri belirtilmiştir. Eczacı tarafından eser sözleşmesine konu majistral ilacın imali tamamen reçeteye göre gerçekleştirilirken eczacının kendi bilgi ve tecrübesi doğrultusunda açık bir hata olduğundan şüphe duyması halinde hekime ulaşarak reçeteyi teyit ettirmesi gerekmektedir.⁶⁵ Maddenin üçüncü fıkrasında, eczacının hastaya bakan hekimle temas imkânı olmadığı takdirde reçeteyi kodekste yazılı azami miktarlar doğrultusunda yapmakla birlikte keyfiyeti mahallin en yüksek sağlık amirine bildireceği belirtilmiştir.

Majistral ilacı eczacı bizzat kendisi imal ettiğinden, ilaçtan kaynaklanan bir zarar meydana geldiğinde bu zarardan ilaç üreticisi olarak doğrudan eczacı sorumlu olmaktadır.⁶⁶ Nitekim majistral ilacın üretimi ile ilgili olan EEHK m. 25’te eczacının doğrudan sorumluluğu gündeme gelebileceğinden ilgili maddenin ikinci fıkrasında reçeteyi kontrol yönünde bir yükümlülük de yüklenmiştir.

Majistral ilaç üretiminde eczacının sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, eczacının reçetede formülü kodekse göre kontrol etmemesi, kodeksi aşan miktarın olması halinde hekime bilgi vermemesi, hastanın ilaçtan zarar görmesi ve meydana gelen ilacın ayıplı olması durumlarının varlığının aranması gerekmektedir.⁶⁷

Amerikan Farmakopesi’nde (USP) eczacıların, iyi eczacılık uygulaması ve yasal standartlar çerçevesinde majistral ilaçların, bilimsel veri ve bilgilere uygun şekilde kabul edilebilir etkinlik, kalite ve saflıkta hazırlanışından, uygun şekilde ambalajlanışından ve etiketlenişinden sorumlu olduğu belirtilmektedir.⁶⁸

B. Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Majistral ilaç imalinde ilaç üreticisi konumundaki eczacının hukuki sorumluluğu bakımından ilk koşul, ilacın hatalı olmasıdır.⁶⁹ EEHK m. 25’te, majistral ilaçlarda görülecek hata ve saireden eczanenin mesul müdürünün doğrudan sorumlu olduğu belirtilmektedir. Burada kanun hükmü ile eser niteliğindeki majistral ilacın ayıplı imalinden eczacının doğrudan sorumluluğunun doğduğu belirtilmektedir. Ayıp ya da ilaçta hata olarak nitelendirilecek bu durum sebebiyle hastada bir zararın meydana gelmesi halinde bu zarardan eczacı sorumlu olmaktadır.

Majistral ilaç bakımından ayıp kavramının içeriği, belirli bir kalitede bir ilacın meydana getirilmesi borcunu içeren sözleşme hükümleri esas alınıp belirlenir.⁷⁰ Eserin yani ilacın ayıplı olması halinde genel düzenleme olarak gördüğümüz TBK hükümlerine baktığımızda; teslim edilen ilaç, eczacının zikrettiği nitelikleri ve reçetede öngörülen tahsis yönü bakımından gerekli özellikleri taşımalıdır; aksi durumda eczacının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu meydana gelir. TBK m. 474-478 arasında yüklenici konumundaki eczacının bu borcu, satış sözleşmesindekine benzer şekilde düzenlenmiş ve böylelikle eczacının iş görme borcu sebebiyle sonuçtan sorumlu olması yerine ilacı teslim borcuna bağlı ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kabulü yoluna gidildiği söylenebilir.⁷¹

Şifa garantisi olmamakla birlikte, ilacın özellikleri hastanın menfaatlerini karşılayabilmeli ve ilaç kullanılmaya elverişli olmalıdır. Hastanın tedavisi bakımından menfaatini karşılayabilen

⁶⁵ Hakeri, *İlaç Hukuku*, 287.

⁶⁶ Kızıltepe, *İlaç Üretiminden ve Kullanımından Doğan Tazminat ve Ceza Sorumluluğu*, 38.

⁶⁷ Ankara, “Eczacıların Hukuki Sorumlulukları,” 571.

⁶⁸ Andaç vd., “Eczane Mesul Müdürlerinin Majistral İlaç Hazırlama ile İlgili Bilgi ve Tutumlarının Değerlendirilmesi,” 287.

⁶⁹ Mehmet Akçaal, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu,” *Ankara Barosu Dergisi*, no 3 (2012): 276.

⁷⁰ Mehmet Deniz Yener, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Borcu ve İş Sahibinin Hakları”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no 1 (2009): 157.

⁷¹ Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 564.

karşılayamayacağı ve kullanım amacına hizmet edip edemeyeceği, TMK m. 2 gereği; dürüstlük kuralı uyarınca yorum yoluyla değerlendirilmelidir.⁷²

Hastaya özel imal edilen bu majistral ilacın hasta tarafından satın alınması aynı zamanda bir tüketici işlemi olup ilacın kullanımından zarar gören hastanın tazminat talebini 6502 sayılı TKHK hükümleri kapsamında ileri sürme imkânı da bulunmaktadır.⁷³

Majistral ilacın reçeteye harfiyen uygun imal edilmesinin yanında, eczacının reçetede belirtilen formülü teknik bilgisi ile kontrol etmesi gerekmektedir. Bu bakımdan EEHK m. 25/2’de, reçetenin içeriğinde yanlışlık olduğundan şüphe duyması halinde eczacının, hastayı tedavi eden hekimle irtibat kurarak bu ilacın üretimini gerçekleştirmesi gerektiği belirtilmektedir. Yani açıkça reçetede hatalı olduğundan şüphe duyduğu bir durumda ilacı bu şekilde imal etmemeli ve hastayı tedavi eden hekim ile irtibat kurmalıdır. Aksi takdirde yine eczacının sorumluluğu gündeme gelmektedir.

Hukukumuzda ilaç üreticisinin tazminat sorumluluğunun hukuki niteliği bakımından açık bir kanuni düzenleme bulunmamakla birlikte Yargıtay tarafından üreticinin sorumluluğu genel olarak haksız fiil hükümlerine dayandırılmaktadır.⁷⁴ Doktrinde ise, kusura dayanmayan tehlike sorumluluğu olarak nitelendirilenlerin yanında ilaçtan kaynaklanan zararların, kusura dayalı sorumluluk olduğu görüşleri de bulunmaktadır.⁷⁵

Eczacının, ilaç üreticisi gibi sorumluluğun meydana geleceği majistral ilaç hazırlamasında, ilaç üreticisinin sorumluluğunun hukuki dayanağı olarak TBK m. 71’de belirtilen tehlike sorumluluğunun kabulü mümkün olup; bu durumda majistral ilaç hazırlanmasında ilaç üreticisi olarak eczacının sorumluluğu için öncelikle tehlike sorumluluğunun genel şartlarının (bir işletme faaliyeti, söz konusu işletme faaliyetinin önemli ölçüde tehlike arz etmesi, zarar ve illiyet bağı) sağlanması gereklidir.⁷⁶

C. Sorumluluğun Şartları

Eczacının kusuru ile sebep olduğu zararlardan hasta ile arasındaki sözleşmesel ilişki bakımından sorumlu olmasının yanında eylemi aynı zamanda haksız fiil teşkil etmesi sebebiyle TBK m. 49 vd. hükümleri gereği de sorumlu olabilmektedir.⁷⁷ Hukukumuzda ilaç üretimi sebebiyle sorumluluğun şartları hatalı veya tehlikeli ürün, zarar, illiyet bağı ve hukuka aykırılık olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁸

Sorumluluğun ilk şartı olarak imal edilen majistral ilaç, hatalı veya tehlikeli ürün olarak nitelendirilir olmalıdır. Eczacı ilacı imal ederken reçetede belirtilen formülün dışına çıkmış ya da kullandığı ürünlerin mevcut hali itibarıyla (son kullanma tarihinin geçmesi, kalitesiz olması veya etkisini kaybetmesi gibi) üründe kullanılmaması gerektiği halde kullanılması gibi bir durumda majistral ilaçta hata olacak ve ilaç, hasta için tehlikeli bir ürün haline gelebilecektir.

Majistral ilacın hatalı olduğu durumda sorumluluk için bir diğer şart, bu ilacın hastaya zarar vermiş olmasıdır. Eczacının aleyhine bir tazminatın doğması için hastada zarar gelmesi gerekmektedir. Bu zararın ise hatalı veya ayıplı olarak nitelendirilebilecek majistral ilaçtan kaynaklanması, yani zarar ile hata arasında illiyet bağının mevcudiyeti gerekmektedir. Tüm bu şartlar sağlandıktan sonra hukuka aykırılık unsurunun varlığına, yani diğer unsurların meydana gelişinde hukuka uygunluk sebebinin olup olmadığı veya hasta ya da üçüncü bir kişinin bu zararlı durumun meydana gelmesinde etkisinin olup olmadığına bakılacaktır.

Majistral ilaç imal edilerek hastaya sunulduğunda hasta ile eczacı arasında kurulan ilişki eser sözleşmesi olarak nitelenmekte ve eczacının, ilacın ayıplı olması sebebiyle sorumluluğu majistral ilaçlar

⁷² Yener, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Borcu ve İş Sahibinin Hakları”, 157.

⁷³ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 896.

⁷⁴ Hakeri, *İlaç Hukuku*, 163.

⁷⁵ Ankara, “Eczacıların Hukuki Sorumlulukları”, 544.

⁷⁶ Akçaal, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu,” 271.

⁷⁷ Kızıltepe, *İlaç Üretiminden ve Kullanımından Doğan Tazminat ve Ceza Sorumluluğu*, 191.

⁷⁸ Hakeri, *İlaç Hukuku*, 168.

bakımından ayıplı ilacın birleşimi ya da karışımındaki hatalardan kaynaklanmaktadır.⁷⁹ İlacın ayıplı olmayıp şifa vermemesi halinde ise, eczacının sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Zira bu hususta TEDT m. 7’de majistral ilacın şifa vermemesi sebebiyle eczacının kınanamayacağı belirtilmektedir.

SONUÇ

Kişiye özel tedavi anlayışı ile birlikte kişiye özel ilaç anlayışı da canlanmakta ve hastaya belirli bir hastaya özel hazırlanan reçetede formüle göre yalnızca o hasta için eczacı tarafından üretilen majistral ilaçların imali konusu tekrar canlanmaktadır. Majistral ilaç üretimine dair bu eczacılık faaliyetinde tüketici konumundaki hasta ile ilacın üreticisi eczacı arasındaki sözleşmesel ilişki eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.

Eczacılar majistral ilacı üretirken majistral ilacın formülünü kendileri oluşturmamaktadır. Bu formül hastayı tedavi eden hekim tarafından hazırlanmaktadır. Ancak reçetede yer alan formül bakımından EEHK eczacıya, reçeteyi kontrol etme ve bir yanlışlık olduğundan şüphe duyması halinde yani ilacın reçetede formüle göre üretilmesi halinde hastanın zarar görebileceği şüphesinin hasıl olması halinde tedaviyi gerçekleştiren hekim ile irtibat kurulması yükümlülüğünü eczacıya yüklemektedir. Bu emredici hüküm sebebiyle eczacının ilacı reçetede belirtilen formül doğrultusunda ve harfiyen reçeteye uygun üretmesi yeterli değildir. Eczacının özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu özen yükümlülüğüne uygun hareket etmesi gerekmekte ve teknik bilgisi ile reçeteyi kontrol etmesi gerekmektedir.

Eczacının reçeteyi harfiyen formüle uygun ürettiği ve reçeteyi kontrol ederek formülde bir hata olmadığından da emin olduğu veya bir hata olduğundan şüphelendiğinde hekim ile irtibat kurarak durumu teyit edip ürettiği ilaçlarda ilacın üretildiği ortam ve malzeme de eczacı tarafından ayarlanmaktadır. Eczacı, ilacı ürettiği ortam ve malzeme bakımından da mevzuatta belirtilen koşullara uymalıdır. Eczacının ilacı imalde kullandığı ürünlerin bozulmuş ve ilacı ayıplı hale getirecek bir halde olmaması gerekmektedir. Eczacı eser sözleşmesinin yüklenici olarak bu konuda da gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir. Yani eczacının yalnızca harfiyen formüle göre ilacı imal etmesi eczacıyı sorumluluktan kurtarmamaktadır.

Eczacı, teknik bilgi sahibi olarak majistral ilacın imalinde tek yetkili kişi konumundadır. Bu sebeple ilaç üreticisi olduğu majistral ilaç imal ederek hastaya sunduğunda ilaç sebebiyle bir zararın meydana gelmesinde eczacının doğrudan sorumlu olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki TEDT hükümlerine göre majistral ilacı kullanan hastanın şifalanamaması sebebiyle eczacı kınanamamaktadır. Yani ilacın şifa vereceği konusunda bir garantörlük hali bulunmamaktadır. Eczacının sorumluluğu ilacı özen yükümlülüğüne uygun bir şekilde imal etmek üzerinedir.

Çalışmamızın giriş bölümünde majistral ilacın üreticisi konumundaki eczacının sorumluluğu doğmalı mı veya ne ölçüde sorumlu olacağı sorusu bakımından, mevcut yasal düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda eczacının imal ettiği ilaç sebebiyle hasta zarar görecektir olursa eczacının ilaç üreticisi olarak sorumluluğunun gündeme geleceği anlaşılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki önceki dönemlerdeki majistral ilaç imalinde, ilaçların seri üretiminin günümüzdeki kadar yaygın olmaması etkenken; günümüzdeki majistral ilaç imalinde tüketici konumundaki özel ilgi bekleyen hasta ve kişiye özel tedavi anlayışının gelişimi etkili olmaktadır. Böyle bir durumda ise uygulama alanı bulan mevzuatın güncelliği ve detaylılığı şüpheli hale gelmektedir. Bu sebeplerle EEHK’da majistral ilaç üretimine dair hükümleri, tüketici hukuku ve borçlar hukuku hükümlerinin eser sözleşmesi ve ayıp hükümlerine dair hükümleri de göz önünde bulundurularak günün şartlarına uygun olarak sorumluluğun şartları ve boyutu ayrıntılı olarak ele alınarak düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyim.

⁷⁹ Özcan Büyüktanır ve Okyar Karaosmanoğlu, “Eczacının 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı İfadan Sorumluluğu,” 228.

KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu." Ankara Barosu Dergisi, no 3 (2012): 251-90.
- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. Borçlar Hukuku. 29. bs. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Andaç, Ayça, Gökçen Yaşayan, Emine Alarçin, Betül Okuyan ve Sevinç Şahbaz. "Eczane Mesul Müdürlerinin Majistral İlaç Hazırlama ile İlgili Bilgi ve Tutumlarının Değerlendirilmesi." Marmara Pharmaceutical Journal 19, no 3 (2015): 283-89.
- Ankara, İbrahim. "Eczacıların Hukuki Sorumlulukları." Tıp Hukuku Dergisi 9, no 18 (2020): 533-82.
- Demir, Mehmet. "İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu." Türkiye Barolar Birliği Dergisi, no 89 (2010): 96-128.
- Doğan, Cahit. "Eczacı Uygulamalarında Aydınlatılmış Rıza (Paylaşımlı Karar Verme)." Tıp Hukuku Dergisi 6, no 11 (2017): 173-206.
- Doğan, Murat. "Eczacının Tazminat Sorumluluğu." Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, no 3-4 (2012): 1-18.
- Ertekin, Oğuzhan. "Eczaneden İlaç Ya Da İlaç Dışı Ürün Alan Kişi ile Eczacı Arasındaki İlişkinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi." Medeni Hukuk Dergisi 1, no 2 (2024): 238-89.
- Gökcan, Hasan Tahsin. Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk. Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Hakeri, Hakan. İlaç Hukuku. Astana Yayınları, 2018.
- Kızıltepe, Saadet. İlaç Üretiminden ve Kullanımından Doğan Tazminat ve Ceza Sorumluluğu. Adalet Yayınevi, 2024.
- Kurşat, Zekeriya. "Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü." İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 67, no 1-2 (2009): 143-66.
- Nomer, Haluk Nami ve Baki İlkay Engin. Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi. Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Özcan Büyüktanır, Burcu G., ve Dila Okyar Karaosmanoğlu. "Eczacının 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı İfadan Sorumluluğu." Ankara Barosu Dergisi, no 4 (2016): 211-42.
- Soylu, Mert. "İlaç Hukukunda Tazminat Sorumluluğu." Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, 2021.
- Şentürk, İsmail Hakkı. "Eczacının Hukuki Açıdan Sorumluluğu." Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1997.
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler). Beta Yayıncılık, 2024.
- Yener, Mehmet Deniz. "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Borcu ve İş Sahibinin Hakları." Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4, no 1 (2009): 155-76.