

Yıl: 88 • Ağustos 2023 • Sayı: 2

Dört ayda bir yayımlanır
ISSN 1305-757X

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

YERİNE
ULAKBİM



Hakemli Makaleler

Av. Elanur KONUKSEVER
Popülizmin Cinsiyeti

Dr. Özgecan GÖK
Sosyal İçerik Üreticilerinin Vergilendirilmesi

Av. Sinan SÜRÜCÜ
Ceza İnfaz Kurumlarında Tutuklu ve
Hükümlülerden Alınan Elektrik Ücretlerinin
Dayanağı ve Mevzuat İle
İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi

Arş. Gör. Dr. Sevda BORA ÇINAR
Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs

Doç. Dr. Duygu HATİPOĞLU AYDIN
Kişisel Verilerin Korunmasında Hukukun Sınırları

Makaleler

Av. Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES
İcra Takiplerinde Nemalandırma ve
Mülkiyet Hakkı İhlali Sorunu

İZMİR
BAROSU
DERGİSİ

YIL.88 | 2

İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 88 • Ağustos 2023 • Sayı: 2 • Dört ayda bir yayımlanır • ISSN 1305-757X
HAKEMLİ BİR DERGİDİR

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Sefa YILMAZ

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Anıl GÜLER

YAYIN KURULU

Av. Alkın ÇELİK

Av. Anıl GÜLER

Av. Aydın SUNELCAN

Av. Dicle ARAR

Av. Elif ÖZBULUT

Av. Erdem OKTAR

Av. M. Hakan ERİŞ

Av. İmge KAÇMAZ

Av. İpek ÖZMEN

Av. Dr. Müge ÇETİN

Av. Senem UYGUN KILIÇ

Av. Sinem TOP YAĞCI

Av. Tacettin ÜSTÜNDAĞ

DANIŞMA KURULU

Anayasa Hukuku A.B.D.

Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU	Ankara Bilim Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ece GÖZTEPE ÇELEBİ	Bilkent Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet MERDAN HEKİMOĞLU	Uluslararası Final Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yüksel METİN	Süleyman Demirel Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU	Marmara Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Osman KÖRKUT KANADOĞLU	İstanbul Okan Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdal ONAR	Bilkent Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Abdullah SEZER	Marmara Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK	Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Tolga ŞİRİN	Marmara Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Dilara ELTİMUR	İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fak.
Dr. Öğr. Ü. Ahmet Mert DUYGUN	İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Gonca EROL	İstanbul Gedik Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Serdar NARİN	Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Tijen DÜNDAR SEZER	Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Şafak Evran TOPUZKANAMIŞ	Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.

Prof. Dr. Füsün SOKULLU AKINCI	
Prof. Dr. Çetin ARSLAN	Hacettepe Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR	Netkent Akdeniz Araştırma ve Bilim Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ	Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zeynel Temel KANGAL	Bursa Uludağ Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	İstanbul Kültür Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT	Özyeğin Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ	Türk-Alman Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENÇİ	TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Burcu DÖNMEZ	Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA	Anadolu Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Gülsün AYGÖRMEZ	Gedik Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Koray DOĞAN	Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Seydi KAYMAZ	Ufuk Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN	Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER	Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat ÖNOK	Koç Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Pınar BACAKSIZ	Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Tuğba BAYZİT	Kıbrıs İlim Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Selman DURSUN	İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Ahu KARAKURT EREN	İzmir Demokrasi Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Barış ERMAN	Yeditepe Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Fulya EROĞLU	Altınbaş Üni. Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Ü. Zekiye Özen İNCİ
Dr. Öğr. Ü. Timuçin KÖPRÜLÜ
Dr. Öğr. Ü. Serkan MERAĞLI
Dr. Öğr. Ü. Özgün ÖZYÜKSEL
Dr. Öğr. Ü. Candide ŞENTÜRK

*On Dokuz Mayıs Üni. Hukuk Fakültesi
Atılım Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi*

İdare Hukuku A.B.D.

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER
Prof. Dr. Müslüm AKINCI
Prof. Dr. Süheyla Suzan GÖKALP ALICA
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Serkan ÇINARLI
Prof. Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL
Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR
Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM
Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ
Dr. Öğr. Ü. Muhlis ÖGÜTÇÜ
Dr. Öğr. Ü. Yaşar Metin ÖZDEMİR

*İstanbul Gedik Üni. Hukuk Fakültesi
Kocaeli Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Hacı Bayram Veli Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Sosyal Bilimler Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Ufuk Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Marmara Üni. Hukuk Fakültesi
Selçuk Üni. Hukuk Fakültesi
Akdeniz Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*

Hukuk Felsefesi Ve Sosyolojisi A.B.D.

Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ
Prof. Dr. Müslüm TURAN
Doç. Dr. Sevtap METİN
Doç. Dr. Ertuğrul UZUN

*İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
Uluslararası Kıbrıs Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi*

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D.

Prof. Dr. Mustafa ALP
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK
Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU
Prof. Dr. Serkan ODAMAN
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER
Prof. Dr. Melda SUR
Prof. Dr. Zeynep ŞİŞLİ
Doç. Dr. Gaye BAYCIK
Doç. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU
Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ
Dr. Öğr. Ü. Sevil DOĞAN
Dr. Öğr. Ü. Erhan BİRBEN
Dr. Öğr. Ü. Canan ERDOĞAN
Dr. Öğr. Ü. Asiye ŞAHİN EMİR
Dr. Öğr. Ü. Ayça İZMİRLİOĞLU
Dr. Öğr. Ü. Meltem ÖZTÜRK
Dr. Öğr. Ü. Dilek Dulay YANGIN

*Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Doğu Akdeniz Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Ekonomi Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Ekonomi Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
İbni Haldun Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Üni. Siyasal Bilgiler Fakültesi
Celal Bayar Üni. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Demokrasi Üni. Hukuk Fakültesi
Pamukkale Üni. Hukuk Fakültesi
Celal Bayar Üni. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*

Kamu Hukuku A.B.D. - Uluslararası HUKUK A.B.D.

Prof. Dr. Necdet BASA
Prof. Dr. Mesut Hakkı CAŞIN
Prof. Dr. Fevzi DEMİR
Prof. Dr. Yaşar GÜRBÜZ
Prof. Dr. Melda SUR
Av. Dr. Gülnur ERDOĞAN

Uluslararası Kıbrıs Üni. Hukuk Fakültesi
Yeditepe Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Özyeğin Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Ekonomi Üni. Hukuk Fakültesi
Adakent Üni. Hukuk Fak. Kamu Hukuku

Mali Hukuk A.B.D.

Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Prof. Dr. Yusuf KILDİŞ
Prof. Dr. Mustafa SAKAL
Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ
Dr. Öğr. Ü. Özgecan GÖK

Çankaya Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk A.B.D.

Prof. Dr. Faruk ACAR
Prof. Dr. Osman Gökhan ANTALYA
Prof. Dr. Murat AYDOĞDU
Prof. Dr. Ebru CEYLAN
Prof. Dr. Sezer ÇAPRI
Prof. Dr. Selma ÇETİNER
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ
Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA
Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU
Prof. Dr. Nevzat KOÇ
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL
Prof. Dr. Çağlar ÖZEL
Prof. Dr. Suat SARI
Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER
Prof. Dr. Herdem BELEN
Prof. Dr. Aydın ZEVKİLİLER
Prof. Dr. Serkan AYAN
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ
Doç. Dr. Ayşe ARAT
Doç. Dr. Arzu GENÇ ARIDEMİR
Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL
Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA
Doç. Dr. Emre CUMALIOĞLU
Doç. Dr. Damla GÜRPINAR
Doç. Dr. Ece Baş SÜZEL
Doç. Dr. Özlem TÜZÜNER
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ
Doç. Dr. Melek BİLGİN YÜCE
Doç. Dr. Özge YÜCEL

Marmara Üni. Hukuk Fakültesi
Marmara Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Aydın Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Girne Üni. Hukuk Fakültesi
Bahçeşehir Üni. Hukuk Fakültesi

Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Medipol Üni. Hukuk Fakültesi
TED Üni. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Uluslararası Kıbrıs Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Ticaret Üni. Hukuk Fakültesi
Kocaeli Üni. Hukuk Fakültesi

Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Medeniyet Üni. Hukuk Fakültesi
Akdeniz Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
Selçuk Üni. Hukuk Fakültesi
Çankaya Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi
İstanbul Bilgi Üni. Hukuk Fakültesi
Süleyman Demirel Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
Özyeğin Üni. Hukuk Fakültesi
Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Ü. Mehmet Beşir ACABEY
Dr. Öğr. Ü. Özlem ACAR ÜNAL
Dr. Öğr. Ü. İsmail ATAMULU
Dr. Öğr. Ü. Meltem ERTUĞRUL
Dr. Öğr. Ü. Fatih GÜNDOĞDU
Dr. Öğr. Ü. Nalan KAHVECİ
Dr. Öğr. Ü. Tuba KUTOĞLU
Dr. Öğr. Ü. Cem ÖZCAN
Dr. Öğr. Ü. Ayşe Nilay ŞENOL
Dr. Öğr. Ü. Tuğçe TEK BEN
Dr. Öğr. Ü. Ali Haydar YAĞCIOĞLU

Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Kültür Ü. Hukuk Fakültesi
Erciyes Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Kültür Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Kıbrıs İlim Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Ekonomi Üni. Hukuk Fakültesi
Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yeditepe Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi

Medeni Usul Ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.

Prof. Dr. Oğuz ATALAY
Prof. Dr. Murat ATALI
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES
Prof. Dr. Meral ÖZKAN
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ
Prof. Dr. Bilge UMAR
Prof. Dr. Cenk AKİL
Prof. Dr. Mine AKKAN
Doç. Dr. Tolga AKKAYA
Doç. Dr. Efe DİRENİŞA
Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN
Doç. Dr. Emel HANAĞASI
Doç. Dr. Nedim MERİÇ
Doç. Dr. Cumhuri RÜZGARESEN
Doç. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA
Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN
Doç. Dr. Nur BOLAYIR
Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU
Dr. Öğr. Ü. Aslı ARAS
Dr. Öğr. Ü. Pınar ÇİFTÇİ
Dr. Öğr. Ü. Evrim ERİŞİR
Dr. Öğr. Ü. Taylan Özgür KIRAZ
Dr. Öğr. Ü. Çiğdem YAZICI TIKTIK
Dr. Öğr. Ü. Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL
Dr. Öğr. Ü. Uğur BULUT
Arş.Gör.Dr. Doğuş Taylan TÜRKEL

İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Ticaret Üni. Hukuk Fakültesi
Galatasaray Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Galatasaray Üni. Hukuk Fakültesi
Beykent Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Anadolu Üni. Hukuk Fakültesi
Türk-Alman Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Ü. Hukuk Fakültesi
Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
Akdeniz Ü. Hukuk Fakültesi
Lefke Avrupa Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Kırıkkale Üni. Hukuk Fakültesi
Galatasaray Üni. Hukuk Fakültesi
Anadolu Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Bilgi Üni. Hukuk Fakültesi
Maltepe Üni. Hukuk Fakültesi
MEF Üni. Hukuk Fakültesi
Bahçeşehir Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi

Milletlerarası Özel Hukuk A.B.D.

Prof. Dr. Ziya AKINCI
Prof. Dr. Hacı CAN
Prof. Dr. Bahar Ceyda SÜRAL EFEÇİNAR
Prof. Dr. Bahattin Bahadır ERDEM
Prof. Dr. Sibel ÖZEL

Galatasaray Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Okan Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
Marmara Üni. Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayfer UYANIK
Prof. Dr. Rifat ERTEN
Doç. Dr. Musa AYGÜL
Doç. Dr. Anil ÇAMYAMAÇ
Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU
Dr. Öğr. Ü. Özlem CANBELDEK AKIN
Dr. Öğr. Ü. Kerem BILGİN
Dr. Öğr. Ü. Cemil GÜNER
Dr. Öğr. Ü. Bengül KAVLAK
Dr. Öğr. Ü. Ayşe Ipek SARIÖZ
Dr. Öğr. Ü. Hande ÜNSAL

Roma Hukuku A.B.D.

Prof. Dr. Halide Gökçe TÜRKÖĞLU
Doç. Dr. Kadir GÜRTEN
Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI
Doç. Dr. İrem KARAKOÇ
Doç. Dr. Eşref KÜÇÜK

Ticaret Hukuku A.B.D.

Prof. Dr. Özge AYAN
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR
Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN
Prof. Dr. Mehmet HELVACI
Prof. Dr. Huriye KUBILAY
Prof. Dr. Ahmet TÜRK
Prof. Dr. Vural SEVEN
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI
Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL
Doç. Dr. Ecehan ARAS
Doç. Dr. Özge KARAEGE
Doç. Dr. Ü. Hüsnü TURANLI
Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL
Dr. Öğr. Ü. Sami AKSOY
Dr. Öğr. Ü. Ebru TÜZEMEN ATİK
Dr. Öğr. Ü. Fatih AYDOĞAN
Dr. Öğr. Ü. Gülçin ÇAM
Dr. Öğr. Ü. Ramazan DURGUT
Dr. Öğr. Ü. Yaşar Can GÖKSOY
Dr. Öğr. Ü. Emin Cem KAHYAOĞLU
Dr. Öğr. Ü. Nagehan KIRKBEŞOĞLU

Diğer

Prof. Dr. Ekin Özgür AKTAŞ
Prof. Dr. Melek GÖREGENLİ
Prof. Dr. Pınar KARACAN
Prof. Dr. Nilgün TOKER
Doç. Dr. Kutluhan BOZKURT

Av. Serkan CENGİZ
Av. Talih UYAR

*MEF Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Ü. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk
Hacettepe Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fak. Milletlerarası Hukuk/Hukuk Felsefesi
Selçuk Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Demokrasi Üni. Hukuk Fakültesi
Bahçeşehir Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi*

*İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
Anadolu Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Hacettepe Ü. Hukuk Fakültesi*

*Manisa Celal Bayar Üni.
Yeditepe Üni. Hukuk Fakültesi
Akdeniz Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi*

*Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Türk-Alman Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Erciyes Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Katip Çelebi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Uluslararası Fırat Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Selçuk Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
Tekirdağ Namık Kemal Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Üni. İşletme Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Uluslararası Kıbrıs Üni. Hukuk Fakültesi
Muğla Sıtkı Koçman Üni. İşletme Fakültesi*

*Ege Üni. Tıp Fakültesi Adli Tıp A.B.D
Sosyal Psikoloji A.B.D
Dokuz Eylül Üni. İşletme Fakültesi, Devletler Hukuku ABD
Felsefe A.B.D.
Gedik Üni. Hukuk Fak., Milletlerarası Kamu Hukuku ve AB Hukuku A.B.D*

*İzmir Barosu, İnsan Hakları Hukuku
İzmir Barosu, İcra-İflas Hukuku*

İZMİR
BAROSU
DERGİSİ

*İzmir Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Izmir Bar Association is being permanently indexed in*



*hukuk veritabanında taranmaktadır.
law database.*

İZMİR
BAROSU
DERGİSİ

YÖNETİM YERİ
İZMİR BAROSU
1456 Sokak No: 14
35220 Alsancak / İZMİR
Tel: 0232 400 00 00 - 463 00 14
Faks: 0232 463 66 74
e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr
yayin.kurul@gmail.com
www.izmirbarosu.org.tr

BASIMA HAZIRLIK - BASKI
YABANERİ MATBAACILIK
AMBALAJ - YAYINCILIK SAN. TİC. LTD. ŞTİ.
Ümit Mah. 7408/1 Sk. No:1 Pınarbaşı - Bornova - İZMİR
Tel: 0232 472 07 77 (Pbx)

Baskı Tarihi:
11.09.2023

YAZI GÖNDERİM KURALLARI

1. Dergimizin "hakemli" olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir. Dergimizde "hakemli" ve "hakemsiz" yazılar birlikte yer alabilecektir.

2. Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

3. İzmir Barosu Dergisinde bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri, yabancı makale çevirileri, seminer çözümlenmeleri İzmir Barosu kurul raporları ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Kurulunun kararı ile yer verilecektir.

4. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe'dir.

5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.

6. Yazıların uzunluğu dergi formatında Times New Roman karakterinde 12 punto (dipnot, kaynakça, özet, kısaltmalar cetveli 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve dijital gönderilmesi gerekmektedir. Dipnotlarda bold karakter kullanılmaz. Kaynakça bölümünde yazar soyisim ve isimleri bold karakterler kullanılarak yazılır.

7. Makalelerin en fazla 100 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca veya Fransızca özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.

8. Her yazar ile ilgili dipnot konulmalı, dipnotlar yıldız ile değil; numaralandırma yöntemi ile gösterilmelidir.

9. Dipnot işaretleri, virgül ve nokta gibi imla işaretlerinden önce olmalıdır. Her dipnotun sonuna mutlaka nokta konulmalıdır.

10. Aynı dipnot içerisinde birden fazla kaynağa atıf yapılacak ise, kaynak künyeleri arasına noktalı virgül konulacaktır. Örneğin;

Süzek, İş Hukuku, 19. Bası, İstanbul, 2020, s. 187; Sur, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 9. Bası, Ankara, 2020, s. 296.

11. Makale içerisinde aynı kaynağa birden fazla atıf yapılacak ise, ilk atıfta kaynağın tam künyesi verilmeli; takip eden atıflar gösterilen örneklere uygun olarak kısaltılmış şekilde verilmelidir. Aynı esere yapılan ilk ve sonraki atıflara örnek olarak;

Süzek, Sarper, İş Hukuku, 19. Bası, İstanbul, 2020, s. 125.

Süzek, İş Hukuku, s. 377.

12. Makale metninde değinilen tüm kaynaklar “Kaynakça” listesinde belirtilmelidir. Kaynakça listesinde kaynaklar yazar soyadına göre alfabetik sıra ile yazılmalıdır. Her kaynak künyesinin sonuna nokta konulmalıdır.

13. Kaynakçada künyeler belirtilirken biçimde teklik sağlanmalıdır. Her kaynak künyesinde izlenmesi beklenen biçim şu şekildedir: Yazarın soyadı, yazarın adı, eserin adı, varsa cilt numarası (C. I şeklinde), varsa sayı numarası (S. 3 şeklinde), bası sayısı, basım yeri, basım tarihi. Örneğin;

Sur, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 9. Bası, Ankara, 2020.
Şahlanan, Fevzi, Toplu İş Hukuku, 1. Bası, İstanbul, 2020.

14. Kaynakçada belirtilecek kaynağın kitap veya makale olmasına göre künyede bazı farklılıklar ortaya çıkacaktır. Eğer kaynak bir makale ise, kitap künyelerinden farklı olarak, eserin adı tırnak işareti içinde verilmelidir. Örneğin, atıf yapılan kaynak bir kitap ise;

Süzek, Sarper, İş Hukuku, 19. Bası, İstanbul, 2020.

Atıf yapılan kaynak bir makale/tez ise;

Ayan, Serkan, “Yabancı Para Borçlarının İfası”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8, S. Özel, İzmir, 2013, s. 511-570. Akyiğit, Ercan, “Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, Legal İHSGHD, C. II, S. 5, 2005.

15. Dergiye gönderilecek/verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulunda ön incelemesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının” hakemli makaleler” bölümünde basılmasına karar verilecektir.

16. Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçirilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme başvurulacaktır. Üçüncü hakemin görüşü doğrultusunda iki olumlu görüş ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları “biçimsel ve içerik olarak bilimsel ölçütlere uygunluk” yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar hakemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle yazarın bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir. “yayımlanması uygundur”, “yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir”, “yayımlanması uygun değildir”. Yazının hakem tarafından yetersiz bulunması halinde, hakem raporlarında “yazar nüshası”, yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha yazara verilecektir. Yazar, raporda saptanan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

17. Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulunda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirilecek, raportörler görüşlerini Kurul’a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerektiğinde yazı oku-

narak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulunca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltililecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazardan istenecektir.

18. Yayımlanmayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgisine en kısa sürede bildirilecektir.

19. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kuruluna ulaştırılması gereklidir.

20. Dergi'ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın dijital ortamdaki biçimiyle yazısının yayımlanmasına "olur" verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacak, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.

21. Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına İzmir Barosu sahip olacaktır.

İÇİNDEKİLER INDEX

HAKEMLİ MAKALELER

Araştırma Makalesi

Popülizmin Cinsiyeti

Av. Elanur KONUKSEVER 1

Araştırma Makalesi

Sosyal İçerik Üreticilerinin Vergilendirilmesi

Dr. Özgecan GÖK 39

Araştırma Makalesi

Ceza İnfaz Kurumlarında Tutuklu ve Hükümlülerden Alınan Elektrik Ücretlerinin Dayanağı ve Mevzuat İle İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi

Av. Sinan SÜRÜCÜ 73

Araştırma Makalesi

Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs

Arş. Gör. Dr. Sevda BORA ÇINAR 95

Araştırma Makalesi

Kişisel Verilerin Korunmasında Hukukun Sınırları

Doç. Dr. Duygu HATİPOĞLU AYDIN 141

MAKALELER

Araştırma Makalesi

İcra Takiplerinde Nemalandırma ve Mülkiyet Hakkı İhlali Sorunu

Av. Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES 193

HAKEMLİ MAKALELER

■ Av. Elanur KONUKSEVER ■

POPÜLİZMİN CİNSİYETİ

GENDER OF POPULISM

ÖZET

Popülizmin temelinde, halkın gerçek halk ile halkın karşısında yer alan elitler olarak ayrıldığı bir kurgu bulunmaktadır. Bu kurgu, popülistlerin ahlaki tasarımıyla şekillendirilmektedir. Bu ayırım yapılırken de kullanılabilir parametrelerden en güçlülerinden biri toplumsal cinsiyet rolleridir. Popülistler iktidarı elde ettiğinde ise, doğal olarak elit olarak ötekileştirilen kesim de popülist iktidar sahiplerinin yönetimine tabi olmaktadır. Bu durumda gerçek halk olarak tanımlanan halkın desteğiyle, popülist iktidar sahipleri tarafından diğerlerinin temel hak ve özgürlüklerinin yok edilmesi veya ölçsüzce sınırlandırılması tehlikesi gündeme gelmektedir. Toplumsal cinsiyet rollerine dayanılarak yapılan ayırım ile bireylerin halka dahil olup olmaması, dolayısıyla haklarının ne ölçüde korunacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle eldeki çalışma, genelde iktidarın özelde ise popülist rejimlerin cinsiyet ilişkileri çerçevesinde incelenmesini ve bu ilişkilerin temel hak ve özgürlükler bağlamında ele alınmasını amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Popülizm, İktidar, Toplumsal Cinsiyet, İnsan Hakları, Kadın ve LGBTİ Hakları.

ABSTRACT

Populism is based on a fiction in which the people are divided into the real people and the elites who are against the people. This fiction is shaped by the moral design of populists. One of the most powerful parameters that can be used to make this distinction is gender roles. When populists gain power, those who are marginalized as elites are naturally subjected to the rule of populist power holders. In this case, there is a danger that the populist power holders, with the support of the people, who are defined as the real people, will destroy or disproportionately restrict the fundamental rights and freedoms of others. The distinction made on the basis of gender roles raises the question of whether individuals are included in the public or not, and thus to what extent their rights are protected. Therefore, this study aims to analyze power in general and populist regimes in particular within the framework of gender relations and to address these relations in the context of fundamental rights and freedoms.

Keywords: Populism, Power, Gender, Human Rights, Woman and LGBTI Rights.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 14.03.2023 Kabul Tarihi: 28.07.2023

* ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-6459-371X>

İzmir Barosu, elanurkonuksever@gmail.com

GİRİŞ

Popülizm kavramının ortaya çıkışı geçmişe dayanmakla birlikte, son yıllarda popülistlerin iktidarı elde etmeleri veya uzun sürelerle iktidarda kalmaları dolayısıyla, popülizm kavramı üzerine yapılan çalışmalar ağırlık kazanmıştır. Popülizm multidisipliner bir alanda konumlanmakta ancak yoğun olarak siyaset bilimcilerinin ilgi alanında kalmaktadır. Bununla birlikte “halk” dışında bırakılan kesimin temel haklarının karşı karşıya kaldığı tehdit nedeniyle, popülizmin hukuk temelli bir bakış açısıyla ele alınması gereklidir.

Popülist kurguda halk, gerçek halk ve değerleri olarak ayırma tabi tutulurken pek çok argüman kullanılabilir. Bu bakımdan toplumsal cinsiyet söylemi de ayrıştırmak için oldukça elverişlidir. Popülizmin cinsiyet ilişkileri çerçevesinde incelenmesi ve bu bağlamda değerlendirme yapılabilmesi için, öncelikle toplumsal cinsiyet kavramının anlaşılması gerekir. Günümüzde biyolojik cinsiyet ve toplumsal cinsiyet yaklaşımlarında çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Özellikle toplumsal cinsiyet söylemi ve bu söylem etrafında şekillenen tartışmalar anlaşıldığında, popülizmin cinsiyet söylemini nasıl kullandığını anlamak da daha mümkün hale gelmektedir.

Popülistlerin iktidarı ele geçirmesiyle birlikte, toplumsal cinsiyet söylemi ve popülizm ilişkisi bir boyut daha kazanır: İktidar ilişkisi. Popülist iktidarlar da dahil olmak üzere, her iktidar cinsiyet söylemiyle ilgili bir güç ilişkisidir. Bu nedenle öncelikle, genel olarak iktidarın cinsiyet ilişkileri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Popülist iktidarlara, cinsiyet söylemi çerçevesinde incelemek, aynı zamanda iktidar ilişkilerini anlamayı da zorunlu kılar. İktidar bir yönüyle gücü zorunlu kılmaktaysa da, boyun eğenin bu güce rıza göstermesi de olmazsa olmazdır. İşte tabi kılınan/boyun eğen tarafın bu rızayı nasıl sağladığı ve kendisi aleyhine işleyen bir sistemi nasıl kabul ettiğini anlaşıldığında, sistemin çalışma biçimi daha iyi anlaşılacaktır.

Eldeki çalışmada popülist iktidarların cinsiyet söylemini ne şekilde kullandığı irdelenmektedir. Dolayısıyla bu irdeleme üç boyutlu bir ilişkinin her boyutunun teker teker ele alınmasını da zorunlu kılar. Bu bağlamda popülizm, iktidar ve toplumsal cinsiyet kavramlarının incelenecektir.

Popülizm kavramı temelinde halka odaklandığından ve meşruiyetini halka dayandığından “halk” ifadesiyle neyin ya da kimlerin kast edildiğinin anlaşılması kritik öneme sahiptir. Bu bakımdan halk ve elitler birbirlerini dışlar bir şekilde kategorize edildiğinden halkın anlaşılmasıyla birlikte halkın karşısında konumlandırılan “öteki” grubun da anlaşılması mümkün olacaktır. Halk ve ötekiler arasındaki bu gerilimde, popülist liderlerin kendini yerleştirdiği konumla birlikte, popülist kurgu ana hatlarıyla ortaya çıkacaktır.

Ana hatlarıyla popülizm kavramının anlaşılması, toplumsal cinsiyet söylemlerinin popülist pratiklerde ne şekilde vücut bulduğunun keşfedilmesi açısından elzemdir. Popülizmin genel hatlarının anlaşılmasından sonra toplumsal cinsiyet rollerini popülizm üzerinden iki şekilde okumak gerekir: Öncelikle popülist liderlerin sergilediği üslup repertuarı toplumsal cinsiyet rolleri bağlamında irdelenmelidir.

Popülist liderlerin cinsiyet rollerinin irdelenmesinin ardından ele alınması gereken bir diğer konu popülistlerin toplumsal cinsiyet rollerine karşı aldıkları tavidir. Özellikle popülist liderlerin kurgusal sınırlarla belirlediği halkı koruma vaadi altında, bu korumanın gerçekleştirilirken erkek lehine işleyen toplumsal güç ilişkilerine karşı yaklaşımları ve bu yaklaşımlar karşısında dezavantajlı grupların temel haklarına yönelik ortaya çıkan riskler bu çalışmanın çıkış noktalarını oluşturmaktadır.

I.POPÜLİZM, İKTİDAR VE TOPLUMSAL CİNSİYET KAVRAMLARI

A.Popülizm Kavramı

Popülizm kavramı, geçirdiği tarihsel süreç ve yaşadığı coğrafya itibariyle birbirinden farklı görünümlere sahip olduğundan, net bir tanım ortaya koymak güçtür. Popülizm üzerine yapılan tanımlamalarda, incelenen ülkelerin özgün koşullarını popülizme atfetmek, birbirinden farklı sonuçlara ulaşılmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla öğretilerde popülizm tanımına ilişkin geniş çaplı bir tartışma süregelmektedir.

Tanım bakımından temel sorulardan biri popülizmin ideoloji olarak mı yoksa siyasi üslup olarak mı ele alınması gerektiğidir. Mudde'nin ileri sürdüğü minimal tanıma göre popülizm "saf halk" ve "elit" çatışmasını kendisine odak yapan ve siyasetin de halkın genel iradesinin ifadesi olduğunu iddia eden zayıf temelli bir ideolojidir¹. Bu tanıma göre elitler halkın çıkarlarını gasp ederek sistemi baskılamaya çalışmakta ve buna karşılık sıradan halkın sözcülüğünü ise popülist liderler yapmaktadır. Bu bakımdan kendine ait sistemli bir ideolojisi olmaması nedeniyle zayıf temelli bir ideoloji olarak kabul edilir ve daha kapsamlı başka ideolojilerle ittifak kurması gerekir. Mudde'nin bu minimal tanımı, hem temel olarak milliyetçilikle birleşmeye eğilimli sağ popülizmle hem de sosyalizmle birleşen sol popülizmle uygun düşmektedir².

Muller ise popülizmi belirli bir iç mantığı olan iddialar bütünü olarak ele almaktadır³. Buna göre popülistler zaman ve kültüre göre farklılıklar gösterebilse de temelinde belirli bir mantığa dayalı iddialara sahiptirler. Dolayısıyla Müller popülizmi siyasetin özgün bir ahlaki tasarımı olarak nitelendirerek, popülistlerin iddialarının ahlakçı bakış açısıyla şekillen-

¹ Mudde, Cas, "The Populist Zeitgeist", Government and Opposition, C:39, S:4, s. 543.

² Sayan Cengiz, Feyda, "Popülist Siyasette Hegemonik Erkeklik ve Kadınlık: Marine Le Pen ve Popülist Radikal Sağın Cinsiyeti", Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi, C:8, S:1, s.272.

³ Muller, Jan – Wernner, Popülizm Nedir?, (Çeviren: Onur Yıldız), İletişim Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2020, s. 25.

dirildiğini ifade eder. Buna göre ahlaken saf ve bütünleşmiş bir halk ile ahlaken aşağıda yer alan yozlaşmış elitler arasında bir ayrım üzerinden siyasi dünya kurgulanır⁴. Dolayısıyla Müller'e göre de popülizmin yalnızca bir söylem biçimi olmadığı ve belirli bir iç mantığa dayalı iddialar barındırdığı aşıkardır. Nitekim Müller de kendi ifadeleriyle popülizmin bir üslup konusu veya halkı harekete geçirmeye yönelik herhangi bir strateji olmadığını açıkça ifade etmektedir⁵.

Zayıf da olsa bir ideolojik temeli olduğu kabul edilse dahi, popülizm, belli bir ideolojik sistemin bütünü olarak değil; ancak genel siyasi kültürün bir boyutu olarak ele alınabilir⁶. Dolayısıyla popülizm bir bağlam haricinde belirlenemez olup, kavramsal bir saflık iddiası taşınması mümkün değildir⁷.

Başka bir bakış açısıyla da popülizm içerikten ve ideolojiden ziyade söylem ve üslup repertuarı olarak değerlendirilmiştir⁸. Popülizmin bir repertuar olduğu fikrine dayanan bu bakış açısına göre, genel söylemsel şablonlar, kullanıldıkları yerin özgün koşullarına göre belirli bir içerikle doldurulurlar. Bu tanımla sağ ve sol popülizm gibi farklı popülizmlerin ortak özelliklerini belirleme gücünün arttığı iddia edilmektedir⁹. Benzer şekilde popülizmi “siyasi tarz” olarak düşünmenin, özellikle son yıllardaki gelişmelerle birlikte değerlendirildiğinde, fenomeni anlamak için daha doğru bir yol olacağı da iddia edilmektedir¹⁰. Dolayısıyla popülizmi, kitlelerin harekete geçirilmesi amacıyla kullanılan bir siyaset tarzı olarak anlamak mümkündür¹¹.

⁴ Muller, s. 36.

⁵ Müller, s. 58.

⁶ Arditi, Benjamin, *Liberalizmin Kıyılarında Siyaset Farklılık Popülizm Devrim ve Ajitasyon*, (Çeviren: Emine Ayhan), Metis Yayınları, İstanbul 2010, s. 62.

⁷ Arditi, s. 62.

⁸ Brubaker, Roger, “Why Populism?”, *Theory and Society*, C:46, S:5, s. 360.

⁹ Brubakers, s. 361-362.

¹⁰ Moffit, Benjamin / Tormey, Simon, “Rethinking Populism: Politics, Mediatization and Political Style”, *Political Studies*, C:62, S:2, s. 390-391.

¹¹ Evran Topuzkanamış, Şafak, *Halka Ait Anayasacılık, On İki Levha Yayıncılık, 2.Baskı, İzmir 2021, s.24.*

İster zayıf temelli bir ideoloji ister bir siyasi üslup olarak kabul edilsin, popülizmin güçlü ideolojilere ihtiyacı olduğunu ve performans gösterdiği zaman ve toplumun koşullarına göre çeşitli ideolojilerle ilişki içine girdiğini kabul etmek gerekir. Bunun yanında kendine ait net bir tanım olmamakla birlikte kavramın daha iyi anlaşılabilmesi için popülizmin bütüncül bir bakış açısıyla çeşitli görünüm biçimleri üzerinden incelenmesi gerekmektedir.

İngilizcedeki “people/halk” kavramı ile Latincedeki “populus/halk” kavramından esinlenen popülizmin¹², halka ilişkin olma iddiasına hemen hiçbir itiraz yoktur. Dolayısıyla popülizmde en temel vurgu halk vurgusudur. Kavramın geniş kullanım alanı ve farklı yorum biçimlerine rağmen ortak dayanağı “halk” olup, bu halk vurgusu popülist söylemin esas göstergesidir¹³. Popülist liderler kendilerini çeşitli biçimlerde halkla ilişkilendirerek bir siyaset yürütmekte ve popülizmin iç mantığına uygun iddialarını oluşturdukları siyasi kurguya uygun ideolojilerle harmanlayarak çeşitli politikalar ortaya koymaktadır.

B. Cinsiyet ve Toplumsal Cinsiyet Kavramları

Kadın veya erkek terimleri hem biyolojik olarak dişilik (female) ve erkeklik (male) kavramları üzerinden hem de toplumda sunulan cinsiyet rolleri neticesinde bir kadın (woman) ve erkek (man) oluş halini ifade etmektedir. Bu bakımdan biyolojik temelli bir ayrımı ifade eden cinsiyet (sex) kavramı, bu özellikler üzerinde inşa edilen toplumsal cinsiyet (gender) kavramından farklı olarak ele alınmaktadır.

Cinsiyet ve toplumsal cinsiyet kavramlarının birbirinden farklı olarak ele alınması, bu kavramların birbirinden kopuk kavramlar olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü biyolojik temelli cinsiyet kategorize edilmesi kolay bir ayrım değildir. Dişilik veya erkeklik ele alınırken, hangi kriterlerin dikkate alınacağı da toplumsal değişimle paralellik arz et-

¹² Orhan, Salim, “Popülizm, Liberal Demokrasi ve Faşizm Denklemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:68, S:4,s.800.

¹³ Laclau, Ernesto, Politics and Ideology in Marxist Theory, New Left Books, London 1977, s.165.

mektedir¹⁴. Örneğin kromozomların dizilişi, vücutta bulunan hormonlar veya fiziksel özellikler bizi farklı sonuçlara götürebilecektir.

İleri sürülen bir görüşe göre de, cinsiyet sisteminin dişi veya erkek olarak ikili bir sisteme indirgenmesi de bizatihi toplumsal bir dayatmadır. Bu bakımdan cinsiyet kavramı ile toplumsal cinsiyet kavramı birbirleriyle iç içe geçmiştir. Başka bir deyişle, dişilik ve erkeklik kategorileri de toplum tarafından oluşturulduğundan, cinsiyet kavramı da doğal bir ayırım değil, toplumsal cinsiyet kavramı gibi sosyolojik düzen içerisinde inşa edilmiş bir kavramdır¹⁵. Kaldı ki, ikili cinsiyet sisteminde kadın ve erkek arasında fiziğe ve mizaca dair doğal bir farklılık olduğu kabul edildiğinde dahi, bu farklılığın kültür tarafından evrensel erkek egemenliğe doğru artırıldığı da bir gerçekliktir¹⁶.

Tüm bu görüşlerden hareketle, cinsiyet kavramının toplumsallıktan uzak yalnızca doğal bir ayırım olduğunu söylemek mümkün değildir. Toplumsal cinsiyet kavramı, cinsiyet kategorilerine yüklenen roller bakımından, kültürün ve içinde bulunulan toplumun etkisinden daha fazla etki alan bir kavramdır. Burada cinsiyet rollerinin “nasıl olması gerektiği” sorusuyla toplum tarafından biçimlendirilişle karşılaşmaktayız. Tam olarak “kadın gibi” veya “erkek gibi” şeklinde ortaya atılan yakıştırmalar toplumsal cinsiyet kavramının bir sonucudur. Çünkü toplumda kadına biçilen rol de, erkeğe biçilen rol de bellidir. Bu rollerin dışına taşan herkes bir şekilde sorgulanmaya mahkum edilmektedir.

Pek tabii bu toplumsal cinsiyet rolleri, zamandan zamana ve toplumdan topluma değişiklik gösterebilmektedir¹⁷. Örneğin bazı kültürlerde ev içindeki işler yalnızca kadına özgükeni bazı kültürlerde erkeğin ev içindeki işlerde rol alması erkeklige hanel getirmez. Her ne kadar

¹⁴ Stone, s. 65.

¹⁵ Butler, Judith, Cinsiyet Belası Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi, Metis Yayınları, Çev. Başak Ertür, İstanbul 2014, s. 52; Mojab, Shahrzad, Marksizm ve Feminizm, Çev. Funda Hülalü, Yordam Kitap, İstanbul 2018, s. 86.

¹⁶ Connel, Raewyn, Toplumsal Cinsiyet ve İktidar; Toplum, Kişi ve Cinsel Politika, Ayrıntı Yayınları, Çev. Cem Soydemir, İstanbul 1998, s. 109.

¹⁷ Butler, s. 61.

dönemsel ve mekansal farklılıklar görülse de, toplumsal olarak cinsiyetli kılınmış kişiler, kendilerine biçilen bir role uymaya, hak ve yükümlülüklerini kabullenmeye ve cinsiyetlerine toplum tarafından uygun görülen yola ayak uydurmaya yönlendirilir.

Toplumsal cinsiyetin bireyler için biçtiği roller, kimi zaman bireyleri uyum sağlama kaygısına da sürükleyebilmektedir. Özellikle erkeklik ve kadınlık rollerinin keskin biçimde tanımlandığı ve erkeklik rolünün bir gurur kaynağı olduğu toplumlarda, kırılğan bir erkeklik egosu görmek mümkündür. Çünkü “erkeklik” elde edilmesi ve dahası toplumsal role uygun her davranışla sürekli teyit edilerek elde tutulması gereken bir durumdur. Dolayısıyla oluşan “eril kaygı”, güç gösterme ve cezalandırma arzularını ortaya çıkaran durumlarda, erkeklerin tepkilerinin kaynağını göstermektedir¹⁸.

Tüm bu açıklamaların yanında, toplumsal cinsiyet kavramı, karşıt bir söylem üzerinden de yeni bir bağlam etrafında şekillendirilmektedir. Bu bağlamda, karşıt söylem, toplumsal cinsiyeti, “ana akımlaştırılan cinsiyet”in karşısında konumlandırır. Dolayısıyla boşanma, kürtaj, LGBTİ bireylerin hakları gibi ana akımın kabul etmek istemediği birçok konu, toplumsal cinsiyet söyleminin içine itilir. “Toplumsal cinsiyet”in doğal olana karşı çıktığı, sınırları ortadan kaldırdığı, bu sebeple kaosun anahtarı olduğu iddia edilerek karşı çıkılır¹⁹.

Toplumsal cinsiyet karşıtı söylem tarafından korkulu bir rüya gibi tasvir edilen toplumsal cinsiyet söylemi, aynı zamanda iktidar iddiasında olanların kullanımı için elverişli komplo teorileri de sağlamaktadır. Bu bakımdan toplumsal cinsiyet söylemi, çoğunluğu oluşturan sıradan ve saf insanları, azınlığın sapkın düşüncelerinden korumak için bir komplo olarak sunulur²⁰. Dolayısıyla saf halkın bu tehlikelerden korunması için,

¹⁸ Ümit Atılğan, Eylem, Türkiye’deki İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo – Kültürel Bir Araştırma, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 165-167.

¹⁹ Graff, Agnieszka / Korolzcuk, Elzbieta, Anti – Gender Politics in the Populist Moments, Routledge, New York 2022, s. 17.

²⁰ Roman Kuhar & David Paternotte, “Gender ideology” in movement: Introduction”, AntiGender Campaigns in Europe: Mobilizing against Equality, s.6.

kendilerini koruyacak bir müktedire ihtiyacı bulunmaktadır. Bu şekilde toplumsal cinsiyet söylemiyle birlikte, iktidarı besleyecek bir korku kaynağı üretilmenin yanında, cinsiyetin ana akımlaştırılması ve bunun üzerinden toplum mühendisliği yapılması için meşru bir gerekçe de yaratılmaktadır.

C.İktidar ve Toplumsal Cinsiyet İlişkisi

İktidar denilince akla ilk olarak güç ilişkileri ve bu doğrultuda, hakim olan ile boyun eğen iki taraf gelir. İktidar, bireysel ilişkilerde gözlemlenebileceği gibi, toplumsal ilişkiler çerçevesinde de ele alınması gereklidir. Bu bakımdan bir babanın kızına evlenmek için onay vermemesi, bir banka müdürünün bekar bir kadına kredi vermemesi, parlamentonun eşcinsel evliliği suç sayması gibi işlemlerde, iktidarı görmek oldukça kolaydır²¹. Ancak bunun ötesinde, iktidar denilince, güç ilişkilerinin çeşitliliğini, söz konusu ilişkilerin bir sistem oluşturacak şekilde birbirlerine olan desteğini ve hegemonyalarda biçimlenen stratejileri anlamak gereklidir²². Bu bağlam iktidarın billurlaşmış bir şekilde, devlet aygıtlarında, yasanın ortaya çıkmasında ve sosyal hegemonyalarda görünmektedir.

İktidarın unsurlarından biri güçse diğer olmazsa olmaz unsuru rızadır. İktidar ilişkisinden bahsedebilmek için, yönetilen tarafın bunu belirli ölçüler içerisinde gönüllü yapması gerekir²³. Yönetilen, iktidarın haklılığına ve geçerliliğine inanmalı ve bu iktidar ilişkisinden hoşnut kalmalıdır. Ancak bu şekilde meşru bir iktidardan söz edilebilir. Ancak her türlü iktidar ilişkisinde olduğu gibi, kadın erkek ilişkisinde de, rıza baskıdan sonra gelir. Dolayısıyla kadının, koşulları önceden bilerek ve isteyerek bu baskıya rıza gösterdiğine ilişkin kurucu liberal sözleşmenin varlığından bahsedilemez²⁴.

²¹ Connell, s. 150.

²² Akal, Cemal Bali, Siyasi İktidarın Cinsiyeti, İmge Kitabevi, İstanbul 1994, s. 14.

²³ Akal, s. 16; Connell, s. 165.

²⁴ Akal, s. 17.

Güç ilişkisine gösterilen rızanın, başlangıçta ve eşit şartlarda oluşturulmadığı gibi, bilinçli bir rızadan da bahsedilemez. Sistemin muktedir erkek dışında kalan diğer tüm gruplar, çoğunlukla sistemin tarafsızlığına öylesine ikna edilmiş olur ki, tarafı olduğu güç ilişkilerini dahi görmekte zorlanır. Bu bakımdan, belki de hayatları boyunca rıza gösterdiklerini sandıkları şeyler, kabul etmeye koşullandıkları şeylerdir²⁵.

Bireylerin içerisine doğduğu ve birlikte büyüdüğü sosyal normlar da iktidar tarafından üretildiği/düzenlendiği için, bireysel rıza ile toplumsal kabulü ayırmak daha da güçleşmektedir. Gerçekten de iktidar, toplumsal düzenlemelerin ötesinde, bireylerin özel hayatına ilişkin kabul edilebilecek cinsellik, doğum, kürtaj gibi olguları da düzenlemekten geri kalmaz²⁶. Ayrıca idealleri formüle etme ve ahlaki tanımlama da iktidarın bir parçası olarak, bireyleri ve toplumu yeniden şekillendirme konusunda üzerine düşeni yapar²⁷.

Sistemin taraflılığını görememenin önemli sebeplerinden biri de, güç yerine örgütsel denetime başvurulmasıdır²⁸. Bu bakımdan kadının veya hegemonik erkeklik kalıbına uymayan diğer bireylerin üst düzeylere ulaşması, güç kullanma veya yasaklama yoluyla değil; örgütlü bir denetimle aşırı derecede zorlaştırılarak yapılır. Bu doğrultuda siyasetin etken alanında veya kurumların üst düzey görevlerinde kadınların veya LGBTİ bireylerin yer alması yasak değildir. Buna rağmen hem sistem bu bireylerin bu alanlara dahil olmasına çeşitli zorluklarla izin vermez hem de ahlak ve sosyal kabuller muktedir tarafından dizayn edilerek, toplumsal kabule müsaade edilmez. Çünkü sistem tarafından kabul edilen “gerçek birey” çoğunlukla, heteroseksüel ve beyaz erkektir²⁹. Bununla birlikte, çeşitli toplumlara göre bu gerçek bireyin, din, ırk veya başka değişkenlerle de yeniden üretildiğini kabul etmek gerekir.

²⁵ Scales, Ann, Hukuki Feminizm Aktivizm, Savunma ve Hukuk Kuramı, Çev. F. Ceren Akçabay, Dost Kitabevi, Ankara 2019, s. 120.

²⁶ Topuzkanamış, Engin, Hukuk ve Disiplin- Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları, Zoe Kitap, 3. Basım, İstanbul, 2019, s.77.

²⁷ Connell, s.151.

²⁸ Connell, s. 151.

²⁹ Scales, s. 131.

Esasında, gözlemlenen tüm toplumlarda, dinsel alan, aynı zamanda bir siyasi alan olarak erkeğe özgüdür. Bu bağlamda, siyasi iktidar, erkeklik, dinsel ve de toplum aynı alanı ifade eden özdeş kavramlardır³⁰. Erkekler, toplumu homojen bir bütün olarak göstermekten geri kalmaz. Dolayısıyla topluma ait olmak, erkekler toplumuna ait olmak ve orada biçilen rolü giymekle kazanılabilir hale gelir. Örneğin kadının cinselliği reddedilirken, analık söylemi yüceltilir. Böylece analık rolüne uygun hareket eden kadınlar toplumdan kabul edilirken, bu rolü reddeden kadınlar çeşitli söylemlerle toplumun dışına itilir. Ayrıca erkekler de kendi içinde, hegemonik erkeklik rolüne uygun davranan veya davranmayanlar olarak farklı muamele görmektedir. Bu bakımdan kadınlarla birlikte, “bazı” erkekler de, hegemonik erkeklik karşısında tabi kılınmışlar arasında yer alır.

Muktedir olanların yaygın olarak başvurduğu bir yöntem ise dışlanan grupların korkutucu özelliklerle donatılarak, yabanılaştırılmasıdır³¹. Bu bakımdan mevcut düzen ve iktidar ilişkileri normal; bu iktidarın dışladığı tüm gruplar, anormal, sosyal olanı yıkıcı, cinsel aşırılıkları bulunan, toplumun dışında ve topluma zararlı varlıklar olarak konumlandırılır. Bu “ötekiler” sosyal düzenin düşmanı ve yıkıcısı olarak konumlandırıldığı için, iktidar sahibi erkeğin, kendisine itaat edenleri bu yabanılardan koruma görevi üstlenmesi de, bu rol dağıtımının kaçınılmaz sonucudur.

II. POPÜLİST İKTİDARLARIN TOPLUMSAL CİNSİYET SÖYLEMİNE YAKLAŞIMI

A. Özellikleri ve İddiaları Üzerinden Popülist İktidar

Popülizme dair net bir tanım verilmesi güç olmakla birlikte, genel özelliklerinin ve iddialarının incelenmesiyle, konunun daha iyi anlaşılması mümkündür. Bununla birlikte popülizmi salt bir demokrasi nefretiyiyle özdeşleştirme, terimi demokrasi karşıtı tüm ögelerin toplandığı tek

³⁰ Aka, s. 20, 35.

³¹ Aka, s. 47.

bir torba haline getiren yaklaşım, indirgemeci ve eksik olacaktır³². Zira popülistler ne demokratik ne demokrasi karşıtıdır³³.

Popülizm bir tarafında faşist diktatörlük diğer tarafında ise gerçek bir demokrasinin bulunduğu iki uç arasında konumlanabilecek kadar geniş bir yelpazeye sahiptir³⁴. Popülistler zamana, coğrafyaya ve buna bağlı olarak kültüre göre bu yelpazenin farklı kısımlarında yer alabilirler. Hatta bu aralıkta bulunduğu yer ile ilişkili olarak popülizmin derecelerinden bahsedilebilir³⁵. Dolayısıyla terimi saldırı amacıyla ele almaktan ziyade, analitik bir biçimde ortaya koymak gerekir. Bu gereklilik doğrultusunda bir uca liberal demokrasi diğer uca ise faşist diktatörlüğü koyarak ve bu iki uç noktadan biri adına genelleştirmeye gitmekten kaçınılarak, popülizmin iç mantığı ve iddiaları ele alınmalıdır.

En basit haliyle popülizmde bir yanda gerçek ve tek halkın yer aldığı diğer tarafta ise bu gerçek halk çemberinin dışında kalan ve liderin halk adına savaşması gereken yozlaşmış elitlerin bulunduğu iki taraf bulunmaktadır³⁶. Halk ahlaken saf ve homojen bir şekilde algılanır³⁷. Her zaman saf, masum ve çalışkan olan halkın karşısında ise kendi çıkarlarını büyütme dışında hiçbir zaman çalışmayan elitler konumlandırılmaktadır³⁸. Ayrıca popülistlere göre elitler yalnızca halkın çıkarlarına karşı değil aynı zamanda sık sık ülkenin de çıkarlarına karşı çalışmaktadır³⁹.

³² Finchelstein, Federico, Faşizmden Popülizme, (Çeviren : Ali Karatay), İletişim Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 190-191.

³³ Arditi, s. 63.

³⁴ Orhan, s. 798.

³⁵ Müller, s. 58.

³⁶ Müller, s.36; Fassin, Eric, Popülizm: Büyük Hınc, (Çeviren: Güleener Kırmalı, İlker Kocael), Heretik Yayıncılık, Ankara 2018, s.18; Mudde, Cas / Kaltwasser, Cristobal R., Popülizm: Kısa Bir Giriş, (Çeviren: S. Erdem Türközü), Nika Yayınevi, Ankara 2019, s. 16.

³⁷ Müller, s. 36.

³⁸ Müller, s. 40.

³⁹ Mudde / Kaltwasser, s. 25.

Popülistler halk ile elit ayırımında çektikleri sınırı ahlaka dayandı-
rılar⁴⁰. Halk tarafının ahlaklı elit tarafınınsa ahlaksız olarak yansıtıldığı
kurguda, ahlaklı ve ahlaksız ayırımı ise pek çok şekilde yapılabilmektedir.
Esasen popülistlerin temsil ettiği halkın soylu ve ahlaken saf olarak de-
ğerlendirmesi, popülist söylemi diğer çoğulculuk karşıtı söylemlerden
ayırılmaktadır⁴¹. Çünkü yalnızca belli bir kesimi temsil iddiasında olan
her siyasi aktör, temsil iddiasında olduğu halkın ahlaklı olduğu varsay-
ımında bulunmaz. Bununla birlikte iktidardaki popülistler, kendileri-
nin halkın ahlaken tek meşru temsilcisi olduklarını ve yalnızca bu halkın
desteklenmeyi ve iyi bir idareyi hak ettiklerini ileri sürerler⁴². Bu yönüyle
popülizmin en belirgin özelliklerinden birisi seçkincilik karşıtı olması-
dır.

Popülizmin faşizmin yenilgisi üzerine doğduğu ve faşist mirasın
demokratik kurguya göre yeniden formüle edildiğini savunan görüşe⁴³
göre ise, sürdürülebilirlik sağlanabilmesi için popülizm her daim yekpa-
re halk adına konuşur ve bu sözcülüğü demokrasi adına yapar. Dolayı-
sıyla popülizm yalnızca elitlere karşı halkın temsili iddiasına dayanmaz.
Zira burada liderin halkı temsilinin de ötesinde bizatihi halkın kendisi
olduğu ve halka vekaleten her türlü kararı alabileceği inancı ve arzusu
bulunmaktadır⁴⁴.

Halk adına hareket edildiği iddiasına dayanan popülizmde, atıfta
bulunulan halk her ne kadar halkın bir bölümü ve genellikle popülist
lideri destekleyen kesimi olsa da, popülistlerin iddiası temsil ettikleri ke-
simin halkın tamamı olduğudur. Bu bakımdan “*biz halkız, siz kimsiniz*”
veya “*önemli olan tek şey halkın birliğidir, diğer insanların önemi yok*” şek-
lindeki söylemlerde halkın yalnızca bir kesime indirgenildiği görülmek-

⁴⁰Müller, s. 41; Mudde /Kaltwasser, s. 26.

⁴¹Müller, s. 41.

⁴²Müller, s. 62.

⁴³Finchelstein, s.18.

⁴⁴Finchelstein, s. 20.

tedir. Bu bakımdan popülistlerin gözünde temsil ettiklerini iddia ettiği halk toptancı bir bakış açısıyla ele alınır ve dolayısıyla dışlayıcıdır⁴⁵.

Vatandaşlarının bir bölümünün halkın tümü olarak veya gerçek halk olarak nitelendirilmesi ve bu gerçek halkın iradesinin otoriter ve karizmatik bir liderin iradesinde cisimleştirilmesine yönelik işleyişiyle her ne kadar demokrasi karşıtı sonuçlara neden olsa da, popülizmin temel iddiaları arasında kendisinin demokrasinin temsilcisi olduğu, düşmanlarının ise demokrasi karşıtı olduğu varsayımı bulunmaktadır⁴⁶.

Popülistlerin elit karşıtlığının bir görünümü olarak kendilerini bağlayabilen anayasa, yasa, kural ve kurumları elitlikle suçlamaları ve bu kurum ve kurallara karşı bir tavır ortaya koymalarıdır⁴⁷. Bu bakımdan elit karşıtlığı popülist liderlerin politik çıkarları doğrultusunda kullanabilecekleri ve karşısına almak istediği aktörleri elitlikle suçlayabileceği ölçüde esnek ve dışlayıcı bir kavram olarak görünmektedir. Dolayısıyla popülistler eleştirilerini hem siyasi hem ekonomik kuruluşlara yöneltmenin yanı sıra akademi ve medyada yer alan kanaat önderlerinin benimsediği seçkin değerlere de yöneltirler⁴⁸. Ayrıca bir siyasi başarısızlık yaşanır da bu seçkinlerden kaynaklanmakta veya en azından seçkinlerle mücadele etmenin taşıdığı risklerin gerçekleşmesiyle ortaya çıkmaktadır⁴⁹. Dolayısıyla popülistler sık sık komplo teorilere de başvurmaktadır.

Popülizmde açıkça fark edilen anti-elit tavrın yanında popülist liderlerin halktan olduğu düşünülmemelidir. Esasında popülizmin anti elit tavrı, elitlerin popülist liderlere karşı oluşuyla doğru orantılı olarak ilerler. Dolayısıyla popülistler ancak halkı yönlendirmelerinin önüne ge-

⁴⁵ Müller, s. 15; Fassin, s. 18.

⁴⁶ Arato, Andrew, Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy. Oxford University Press, Oxford 2016, s. 283.

⁴⁷ Kalaycıoğlu, Ersin, Halk Yönetimi: Demokrasi ve Popülizm Çatışmasında Dünya, Efil Yayınevi Yayınları, Ankara 2021, s. 90.

⁴⁸ Arditi, s. 64; Mudde / Kaltwasser, s. 23.

⁴⁹ Evran Topuzkanamış, s. 30; Müller, s. 49-50.

çildiğinde elitlere karşı dururlar aksi taktirde elit karşıtı dahi değildirler⁵⁰. Bunun da ötesinde popülist liderlerin de seçkin kesimden olmasına bir itiraz yoktur. Burada önemli olan liderin düzgün bir elit olarak halkın verdiği siyasi programı sıkı sıkıya takip edeceğine dair verdiği sözdür⁵¹.

Popülist lider ve sözcülüğü yapılan halk arasındaki ilişkinin ise mahiyeti tartışmalıdır. Bir görüşe göre popülistler doğru halk tarafından doğru kararlar alacak doğru temsilciler seçildiğinde temsile karşı değildirler. Ancak bu görüşe göre temsil eden popülist lider temsil ettiği halka karşı bekçi olarak konumlandırılarak, temsil edilen pasifize edilmektedir⁵². Başka bir görüşe göre ise,⁵³ popülistler kendilerini temsilcinin ötesinde sıradan halkın sözcüsü olarak görürler. Temsil ilişkisindeki iki mevcudiyeti ortadan kaldıran bu yaklaşımda, liderin ve halkın bitişik mevcudiyeti söz konusudur. Bu yaklaşımda popülistler kendilerini araçsallaştırarak eylemlerini halka mal ettiğinden aynı zamanda sorumluluk konusunda da geçerli mazerete sahip olurlar.

Popülist lider ve halk arasındaki bağ hiçbir araç kabul etmeksizin doğrudanlığa dayanmaktadır. Kurumlar ancak lider ve halk arasındaki bağın güçlenmesine aracılık ettiği ölçüde kabul edilebilir⁵⁴ ve ancak varsayılan bu bağın inşa edilmesine veya güçlenmesine aracılık edebilecek kurumlar teşvik edilir⁵⁵. Ancak popülizmde temel olarak lider ve halk arasında doğrudan bir bağ ya da özdeşleşme hissi arzulanmaktadır⁵⁶.

Nihayetinde popülizmde taraflar arasında daimi bir kutuplaştırma, düşmanlaştırılan karşı kesimden/ seçkinlerden gelebilecek tehlikelere karşı tetikte olma ve basit bir üslupla formülize edilmiş sorunlar ve yine

⁵⁰ Müller, s. 47.

⁵¹ Müller, s. 47.

⁵² Müller, s. 42, 47-48.

⁵³ Arditi, s. 88-90.

⁵⁴ Kalaycıoğlu, s. 70.

⁵⁵ Mudde / Kaltswasser, s. 29.

⁵⁶ Müller, s. 52.

aynı şekilde basit bir dille sunulan çözümler bulunmaktadır⁵⁷. Popülist iktidar meşruiyetini sürekli ürettiği krizlerden alır ve bu sürekli baskı ve kriz üretimi halka yakınlığın estetiği ile birleştirilerek, iddia ettikleri ah-laki meşruiyetle uluslararası arenada demokrat olma iddiasını sürdürür-ler⁵⁸. Seçimleri kaybettiğinde dahi temsil ettikleri gerçek halkın henüz sessizliklerini koruduğunu iddia ederler. Bu nedenle popülist liderlerin demokratik liderlerden en büyük farkı iddialarının seçimler yoluyla yan-lışlanamaz oluşudur⁵⁹.

B.Popülist İktidarın Sözcüsü Olduğu “Halk” Kimdir?

Popülizm meşruiyetini gerçek halka dayandırdığına ve tüm eylem-lerini bu gerçek halkın iradesinin bir yansıması olarak kabul ettiğine göre, tüm bu meşruiyetin kaynağı olan gerçek halkın da incelenmesi ge-rekmektedir. Temelinde vatandaşları saf halk ve yozlaşmış seçkinler ola-rak ikiye ayırması da göz önüne alındığında, siyah ve beyaz gibi keskin ayrımlara dayalı iki grubun bulunduğu varsayılabilir. Ancak popülizm pratiklerinde bu ayrımın teorideki gibi keskin olmadığı ve geçişlerin es-nek olduğu görülmektedir.

Genel olarak halk tanımının geniş sınırları ve farklı boyutları bulun-masının yanında, popülist söylemde bu tanım daha da bulanıklaştırılır. Popülistler halk ve elitler arasındaki temel ayrımın ahlakilik olduğunu iddia etse de, bu ayrımda ikincil nitelikte birçok ölçütü de kullanarak kendilerine esneklik sağlarlar⁶⁰. Gerçek halkın yanında konumlanan po-pülistler “biz” ve “onlar” söylemi kurarken bu “biz”in ve “onlar”ın sınır-larını kasti olarak, her iki gruba da herkesi dahil edebilecek genişlikte ve esneklikte bir çerçeve çizerler⁶¹. Esasında halk kavramının içi doldu-rulmaksızın ileri sürülmesi, popülizmin gücünün dayanaklarından olup,

⁵⁷ Arditi, s. 84-85; Müller, s. 42, 60; Finchelstein, s. 48.

⁵⁸ Müller, s. 61.

⁵⁹ Müller, s.44, 56-57.

⁶⁰ Mudde / Kaltswasser, s. 26.

⁶¹ Arditi, s. 88.

halkın popülistlerin idealleri doğrultusunda inşa edilmesini de mümkün kılmaktadır⁶².

Halk kavramı her ne kadar esnekliğe müsaade eden bir kavram olsa da çoğunlukla egemen olarak halk, sıradan insanlar ve ulus olmak üzere bu üç anlamın bileşimi olarak kullanılmaktadır⁶³. Özellikle sıradan insanlar bağlamındaki kullanımıyla, sosyokültürel ve sosyoekonomik statüsü nedeniyle iktidardan dışlanan gruplar olarak “avam”ı temsil etme ve “avam”ın çıkarlarına ve fikirlerine hitap etme iddiası farklı popülist deneyimlerde sıkça rastlanılan bir durumdur⁶⁴.

Sadece halkın bir bölümünün gerçek halk olarak kabul edildiği popülizmde, pek tabii popülist partileri desteklemeyen kişiler gerçek halkın bir parçası değildir⁶⁵. Bunun yanında çeşitli gruplar da çeşitli sebeplerle gerçek halkın içerisinde dışardakilerin safına sürülebilir veya baştan itibaren gerçek halk dışında tutulabilirler. Popülist söylemde çoğunlukla seçkinlerle birlikte bazı dezavantajlı gruplar da harmanlanarak gerçek halkın dışında tutulur⁶⁶. Örneğin Avrupa'nın pek çok yerinde çingenelerin veya göçmenler seçkin olarak kabul edilmese dahi baştan itibaren dışında tutulduğu görülmektedir.

Popülizmde halk her zaman bir ve homojen bir grup olarak tasvir edilir. Halk içerisindeki farklılıklar görmezden gelinerek, iradesinin aynı yönde birleşen ahlaklı bir grup olduğu varsayılır. Halkın karşısında ise teoride yozlaşmış seçkinler bulunmakla birlikte, pratikte ise ayırımın esnek yapısından faydalanılarak, popülist liderleri desteklemeyen tüm kesimler dahil edilebilmektedir. Bu bakımdan popülist pratiğin gerçekleştiği zamana ve coğrafyaya bağlı olarak kültüre göre “biz” ve “öteki”lerin müktesebatı değişmektedir. Ötekinin içerisinde duruma göre farklı et-

⁶² Laclau, Ernesto, Popülist Akıl Üzerine, (Çeviren: Nur Betül Çelik), Epos Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2018, s.85.

⁶³ Arditi, s.20-21.

⁶⁴ Mudde / Kaltwasser, s. 22.

⁶⁵ Müller, s. 36.

⁶⁶ Orhan, s. 811.

nik gruplar, farklı cinsel yönelime sahip gruplar, göçmenler, sosyalistler ve sayısız kesim dahil edilebilmektedir. İçeriği değişebilmekle birlikte mutlaka geniş yelpazeli bir “öteki” kesim bulunmaktadır. Bu öteki grupların temsil edilmesi de gerekmediğinden, önemli olan yalnızca gerçek halkın temsilidir. Popülistlerin en temel iddiası da gerçek halkı yalnızca kendilerinin temsil edebileceğidir⁶⁷. Bu temsille birlikte ötekine karşı da sürekli bir savaş hali mevcuttur.

Saf halk ve yozlaşmış elitler kategorileri üzerinden ahlaki bir temele dayandırılmış “biz” ve “onlar” çatışması yaratan popülistlerin bu çatışmada yararlandığı enstrümanların biri de toplumsal cinsiyet rolleridir. Bunun da ötesinde halkın sesi olma iddiasını taşıyan popülist liderlerin de, kendisine çizdiği imajda toplumsal cinsiyet rollerini ne şekilde çizdiğini ve servis ettiğini irdelemek bir zorunluluktur.

Popülizmin genel hatlarının anlaşılmasından sonra toplumsal cinsiyet rollerini popülizm üzerinden iki şekilde okumak gerekir: Öncelikle popülist liderlerin sergilediği üslup repertuarı toplumsal cinsiyet rolleri bağlamında irdelenmelidir. Özellikle popülist liderlerin kurgusal sınırlarla belirlediği halkı koruma vaadi altında, bu korumanın gerçekleştirilirken erkek lehine işleyen toplumsal güç ilişkilerini olumlamaları ve bu rolleri pekiştirmeleri popülizmin cinsiyetçi yapısını anlamak için elzemdir. Bunun yanında gerek bir üslup repertuarı gerekse güçlü bir ideolojiyle desteklenmeye ihtiyaç duyan zayıf temelli bir ideoloji olarak kabul edilsin, popülizmin kendini gerçekleştirirken birtakım araçlardan faydalandığı detaylı olarak incelenmiştir. Bu bakımdan kullanılan araçların cinsiyet bağlamında değerlendirilmesiyle öncelikle lider perspektifinden cinsiyet rolleri değerlendirilmelidir.

Toplumsal cinsiyetin başka bir boyutu ise popülist liderlerin oluşturduğu söylemde kendini göstermektedir. Bu bakımdan halk ve diğerlerinin ayrımı yapılırken, makbul cinsiyet rollerinin, temel ahlak ölçütünün yanında ikincil düzeyde, kategorize etmeye elverişli bir kriter olarak kullanılması kaçınılmazdır.

⁶⁷ Müller, s. 37.

Elbette cinsiyet rollerinin popülist dile ne şekilde yansıdığı tüm bu popülist pratikler için ortak bir cevabı yoktur. Bu müphemlik, popülist pratiklerin doğası gereği gerçekleştiği zaman ve kültürün koşullarına göre şekillenmesinin doğal bir sonudur. Bu bakımdan örneğin kadın haklarının savunusu belli bir popülist kültürde liderin söylemlerinde üstlendiği bir sosyal koruma görevi içerisine girerken, başka bir popülist kültürde halkı bölmeye çalışan yozlaşmış elitlerin bir söylemi olarak da yansıtılabilmektedir. Bu bakımdan toplumsal cinsiyet rolleri ile olan ilişkisi açısından ortak ve net bir cevap bulmak yerine tıpkı popülizmin genel olarak doğasının anlaşılması gibi pratikler üzerinden bir irdeleme yapılması gerekmektedir.

C. Popülist Liderin Cinsiyeti

Popülizm üzerine yapılan çalışmaların çoğunda, popülizmin ortaya çıktığı farklı formların ötesinde, doğası gereği iddia ettiği radikal reformları gerçekleştirebilecek ve partisini yönetebilecek güçlü bir lidere ihtiyaç duyduğu ileri sürülmüştür⁶⁸. Sıradan halkın sesi olduğu iddiasında olan ve kendisini halk içerisinde takdim eden liderin, aynı zamanda sıradan halkı koruyabilecek kudrete sahip olduğunu iddia etmesi gerekmektedir. Bu bakımdan popülist liderin, olağanlık ve olağanüstülük dengesini yakalamalıdır⁶⁹. Ancak bu güçlü lider genel geçer ve durağan olmadığını da söylemek gerekir. Güç imajının içi, mevcut kültüre ve zamana göre doldurulabilecektir.

Popülist liderler üzerine yapılan tartışmalarda lider genellikle doğrudan veya dolaylı olarak “güçlü adam” olarak tanımlanmaktadır. Bu popülist güçlü adamların yönetim anlayışı erkeksi ve potansiyel saldırgan olarak tasavvur edilen bir lider (*bad manners*) erkeksiliğin bir unsuru olarak kullanılır⁷⁰. Bu bakımdan Menem, Bucaram, Trump gibi popülist

⁶⁸ Mudde / Kaltwasser, s. 81.

⁶⁹ Moffit, Benjamin, *The Global Rise of Populism: Performance, Political Styles, Representation*, Stanford University Press, Stanford 2016, s. 63.

⁷⁰ Moffit, s. 65.

liderlerin de cinsiyetçilik üzerinden maço (*machista*) bir liderlik anlayışı ortaya koyduğu görülmektedir⁷¹.

Erkeklik gücü ve siyasal gücün özdeş olarak görüldüğü popülist liderlik anlayışında, erkek liderler eril güç gösterileri üzerinden sağlıklı ulusal bedenin vücut bulmuş hali olduklarını iddia ederek bu iddiaları doğrultusunda performans gösterirler⁷². Bu doğrultuda erkek lider tarafından rakiplerinin feminen davranışlar gösterdiği şeklinde itibarsızlaştırma üzerine kurulu söylemler de ortaya konulmaktadır.

Siyasi güce bir atıf olarak kullanılmasının yanı sıra, eril dilin aynı zamanda erkekler arasında açık olmayan bir paktı sağladığı da ileri sürülmektedir⁷³. Buna göre maço liderlik savunusu ile kadınlara boyun eğdirilmeye dayalı bir otoriter kültür savunularak bu kültür yeniden yorumlanmaya çalışılır. Maço liderlik anlayışını benimseyen popülist liderin, kadınlara yönelik söz ve davranışlarıyla aslında alt sınıftan erkekler adına hareket ederek alt sınıf erkeklere sembolik bir erişim sağlamaktadır. Örneğin liderin ekranlarda üst sınıftan güzel bir kadına dokunabilmesi, onu sözleriyle iğfal edebilmesi konumu itibarıyla söz konusu gücü gerçekte sergileyemeyen erkeklerin, liderin varlığında güçlü hissetmelerini sağlamaktadır. Bu bakımdan “saf halk” içerisinde yer alan sıradan erkek, kendini aslında yalnızca elit sınıfta yer alan erkeklerin ulaştığı ayrıcalıklara ulaşabilmiş sayacaktır. Dolayısıyla lider ve halk içindeki erkekler arasında otoriter erkek tahakkümünü genişleten bir pakt olduğu da kabul edilebilir.

Lider ve halk arasında erkeklere özgü bir pakt anlayışının başka bir görünümü olarak da liderin, kadınların eğitilmesi ile birlikte ikincilleşen erkek pozisyonunun ve otoritesinin iyileştirilmesine yönelik çabası bu-

⁷¹ Finchelstein, s. 297.

⁷² Moffit, s.72-73.

⁷³ Finchelstein, s. 302.

lunmaktadır. Karizmatik popülist lider, politikalarıyla erkeklere düşürülen özgüvenlerini yeniden sağlayacağını sözünü vermektedir⁷⁴.

Popülist liderin elitizme dayalı siyasi protokolleri yıkabilecek ve radikal değişiklikler yapabilecek güçte olduğunun ispatı liderin eril gücü ve sağlıklı bedeni üzerinden erkekliliğini ispatı ile sağlanmaya çalışılır. Erkek popülist liderler bir yandan eril tavırları üzerinden güç gösterisi yaparken, bir yandan da bu güçlerini saf halk dışında kalan yozlaşmış elitlere kullanacağını garanti ederek kendilerini “kendi halklarının” koruyucu babası rolünde konumlandırırlar⁷⁵. Dolayısıyla hem kendilerini koruyacak kadar güçlü hem de koruyucu baba yetkinliğine sahip olma münhasırlığını taşıması bakımından iddiaları popülizmin repertuarı ile uyum içerisinde şekillenir.

Güçlü popülist liderin gücü liderin erkekliliği ile özdeşleştirildiğinde, popülist kadın liderlerin toplumsal cinsiyet kimliklerine yaklaşımı ayrıca ve özel olarak önem kazanmaktadır. Her ne kadar Marine Le Pen ve Eva Peron gibi kadın popülistlerin güçlü erkek popülistler ile ilişki halinde olduğu ileri sürülse de⁷⁶, popülist kadın liderlerin siyasi kariyerlerini özgün bir üslupla yeniden yarattığı görülmektedir⁷⁷.

Toplumsal cinsiyet rollerinde hegemonik erkeklik kavramının karşısında bu kavramın tamamlayıcısı olarak hegemonik kadınlık kavramı yer almakta ve bu kavram kadın popülist liderler tarafından da ustalıkla kullanılmaktadır. Hegemonik kadınlık “kadınsı” olarak tabir edilen rollerden oluşur ve bu rollerin altını çizmeyen veya bu rollere karşı çıkan

⁷⁴ Sauer, Birgit, *Authoritarian Right-Wing Populism as Masculinist Identity Politics. The Role of Affects*. G. Dietze, & J. Roth (Dü) içinde, *Right-Wing Populism and Gender*, s. 20’den aktaran : Baştan, Şebnem Açelya, “Popülizm ve Toplumsal Cinsiyet Karşıtı Hareketler: Orban Hükümeti Özelinde Macaristan Örneği”, *YDÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, C:16, S:2, s. 144.

⁷⁵ Ekşi, Betül / Wood, Elizabeth A., “Right-wing populism as gendered performance: Janus-faced masculinity in the leadership of Vladimir Putin and Recep T. Erdogan”, *Theory and Society*, C:48, S:5, s.735

⁷⁶ Mudde / Kaltwasser, s. 88. Marine Le Pen, Ulusal Cephe Lideri Jean Marie Le Pen’in kızı olup, parti liderliğini babasından devralmıştır. Eva Peron da benzer şekilde Juan Peron’un ikinci eşidir.

⁷⁷ Sayan Cengiz, s. 286.

kadınlar toplumsal cinsiyet hiyerarşisinin en altına itilir⁷⁸. Bu bakımdan birbirini tamamlayan hegemonik erkeklik ve hegemonik kadınlık rolleri kültüre ve bağlama göre farklı şekillenebilmekle birlikte erkeğin “baba”, kadının ise “anne” rolünü üstlendiğini görmek mümkündür. Hatta üstlenilen bu anne ve baba rolleri, ulusun popülistlerle olan bağıny güçlendirici bir işlev de üstlenmektedir⁷⁹. Kadın popülist liderlerin “anne şefkatiyle” halkını koruyup kollayacağı şeklinde bir imaj çizmesi ve iyi bir anne olduğuna dair göndermeler yapması da “sahici” bir görüntü çizmelerine yardım etmektedir⁸⁰.

Ancak kadınlık ve erkeklik rollerinin dinamik olduğunu ve yürütülen siyasetin de bu bağlamda dinamik ilerlediğini özellikle belirtmek gerekir. Farklı kültürlerde farklı popülist kadın liderlerin çizdiği imaj da doğal olarak farklı olacaktır. Bazı toplumlarda iyi bir eş olmanın halka yakınlık ve sahicilik bakımından daha makbul olduğu kabul edilebilecekse de Marine Le Pen kendi kişisel yaşamı üzerinden, “bekar anne”, “modern ve çalışan kadın” yönlerini öne çıkararak popülist söylemde hegemonik kadın rolünü Fransa pratiği ve kendi siyasi tecrübeleri özetinde yeniden yorumlamaktadır.

Popülist liderlerin koruyucu liderlik anlayışında hegemonik erkeklikte kadınısı tavırlar bir aşağılama ya da itibarsızlaştırma olarak görülmesi nedeniyle erkek liderlerin “kadınısı erdemleri” sergileyip sergileyemeyeceği de şüphelidir⁸¹. Bu bakımdan abartı erkeklik sergileyen ve kadınısı addedilen erdemlerden kaçınan erkek popülist liderlerin yanında, halka ailevi bir bakım verme vaadini güçlü bir kadın imajıyla birleştiren kadın liderlerin de söylemlerini popülist repertuara uygun olarak sunması mümkün olmakla birlikte hegemonik kadınlığın farklı bir yorumu da olacaktır.

⁷⁸ Sayan Cengiz, s.275.

⁷⁹ Geva, Dorit, “Daughter, Mother, Captain: Marine Le Pen, Gender, and Populism in the French National Front”, *Social Politics*, C: 27, S:1, s. 17.

⁸⁰ Mudde / Kaltwasser, s. 89-90.

⁸¹ Geva, s. 18.

III. POPÜLİST İKTİDARLARDA İNSAN HAKLARININ TOPLUMSAL CİNSİYET ÜZERİNDEN ŞEKİLLENMESİ

Toplumsal cinsiyet kavramı en basit haliyle cinsiyetlere toplum tarafından atfedilen roller olarak tanımlanabilir. Bununla birlikte toplumsal cinsiyet kavramı erkek ve kadın arasında toplumsal bakımdan eşitsiz bölünmeye de atıf yapmaktadır⁸². Toplumsal cinsiyet rollerinde eşitlik talepli olan ideolojilere karşı, toplumsal cinsiyet karşıtı söylemler reaksiyon göstermiş ve itirazlarda bulunmuştur. Bu itirazlar özellikle dini dogmalar, modernite karşıtı gelenek savunuları ve son olarak küresel güçlerin sömürgeciliğine karşı duruş şeklinde komplo teoriler olmak üzere üç ana kategori üzerinden şekillenir⁸³. Toplumsal cinsiyet karşı hareketler, kadın erkek arası eşitlik veya LGBTİ hakları gibi taleplere gösterilen muhafazakar bir tepki olarak nitelendirilebilir⁸⁴.

Öğretide özellikle popülist radikal sağın saf halk kategorisi oluştururken, etnik veya dinsel açıdan farklı olanlar ve göçmenler gibi cinsel kimlik ve yönelim farklılıklarına sahip dezavantajlı grupları da halk kategorisinden dışladıkları ve halkı toplumsal cinsiyet rollerine uygun, heteroseksüel evliliğe ve aile yapılarına saygılı bireyler üzerinden inşa ettikleri ileri sürülmektedir⁸⁵. Bunun yanında sol popülist pratiklerde de ataerkilliğin güçlendirildiği, kadınların ve feministlerin hafife alındığı eğilimler bulunmaktadır. Sol popülizmdeki homojen halk söyleminde de feminist siyasi pratikler dışarıda bırakılmaktadır⁸⁶ Bu bakımdan birçok pratiğiyle birlikte popülizm, baskıcı bir toplumsal cinsiyet yaklaşımını benimsemektedir⁸⁷.

⁸² Sankır, Hasan, "Toplumsal cinsiyet rollerinin anlamlandırılış biçiminin kadın sanatçı kimliğinin oluşum sürecinde etkileri" Hacettepe Üniversitesi Sosyolojik Araştırmalar E-Dergisi, s. 5.

⁸³ Graff, Agnieszka / Korolczuk, Elzbieta, Anti – Gender Politics in the Populist Moments, Routledge, New York 2022, s. 18.

⁸⁴ Baştan, s. 137.

⁸⁵ Sayan Cengiz, s. 273.

⁸⁶ Baştan, s. 138.

⁸⁷ Finchelstein, s. 298.

Genel olarak sağ popülist iktidarların toplumsal cinsiyet yaklaşımlarının farklı cinsel kimlik ve yönelimlerini kabul etmediği belirtilebilirse de, popülizmde halk ve öteki ayrımının yine toplumsal ve kültürel bağlamda şekillendiğini hatırlamak gerekir. Bu bakımdan örneğin Hollanda'daki popülist sağ partinin toplumsal cinsiyet söylemi farklı cinsel kimlik ve yönelimleri de kurguladığı saf halk kategorisine dahil etmektedir. Hatta Hollanda'da radikal sağ popülist lider Wilders, kadın ve LGBTİ haklarını savunmasını Hollanda'nın içkin özelliği olduğunu savunurken, bu savunuyu gerçekleştirirken kadının ezilmesini bir pratik haline getiren islama ve müslümanlara da karşı duracağını dile getirir⁸⁸. Dolayısıyla cinsiyet söylemi başka bir dışlayıcı dilin kullanılmasında meşruiyet aracı haline getirilir.

Hollanda örneğine benzer bir şekilde Fransa'da da Marine Le Pen, kadın haklarını savunmanın kendi politikasının bir gereği olarak sunarken, halkı kadın vatandaşların kadın haklarına saygılı Fransız halk ve kadının ezen bir kültürün temsilcisi olarak göçmenler veya Müslümanlar olarak kutuplaştırmıştır⁸⁹. Dolayısıyla toplumsal cinsiyet rollerinin popülist dildeki bir yansıması da karşıt grup oluşturulurken kadın hakları veya LGBTİ hakları üzerinden ahlaki bir meşruiyet zemini sağlanmıştır.

Özgün koşullara göre popülist pratiğin toplumsal cinsiyet bakımından ayrık yaklaşımları olmakla birlikte, toplumsal cinsiyet kavramı popülistlere halk ve diğerleri arasındaki kutuplaşmayı derinleştirmek için bir fırsat sunar. Detaylı olarak incelendiği üzere popülizm doğası gereği yönetilenlerin gerçek halk ve diğerleri olarak kutuplaştırılmasından beslenen ve diğerlerini düşmanlaştıran bir siyaset tarzıdır. Aynı zamanda sürekli kriz ve baskı unsurlarını halka yakınlaşmanın bir aracı olarak gören popülistler, sosyal değişim talebinde bulunan feminist veya farklı cinsel kimliklere sahip bireyleri karşı kutba koyarak, siyaseti için ihtiyaç duyduğu düşmanı kolaylıkla yaratır. Popülistlerin elit kategorisinde yer

⁸⁸ Sayan Cengiz, s. 274.

⁸⁹ Sayan Cengiz, s. 281.

verdikleri diğer düşmanları gibi toplumsal cinsiyet söylemi de her türlü başarısızlıktan sorumlu tutulacak bir günah keçisi olarak kullanılır⁹⁰.

Popülizmin bir diğer belirgin özelliği ise halkı alt kimliklerinden arındırarak homojen ve tek tip olarak algılamaktır. Bu bakımdan halkın arasında kabul edilebilmek için “makbul vatandaş” kategorisine girmek ve idealize edilen rollere itaat etmek gerekmektedir. Toplumun çoğulcu yapısını reddeden popülistler, gerçek halkın ahlaki olarak bozulmamış ve her türlü ayrışmadan uzak olduğunu savunurken, muhalifleri, etnik, dinsel, mezhepsel, dilsel ve cinsel azınlıkları kutsal kabul edilen milletin dışında tutar⁹¹. Bu yaklaşımla birlikte “biz” ve “onlar” ayrımı cinsiyet üzerinden yeniden üretilmektedir.

Çoğunluğun haklarına yönelik azınlık haklarının da korunması için bir denge arayışında olan liberal demokrasinin, popülizmin toplumsal cinsiyet politikalarıyla birlikte yeniden ele alınması gerekmektedir. Özellikle iktidara gelen popülistler çoğunluğun desteğini sağlayarak politikalarını demokrasiye dayandırmakta ve halkı yalnızca destek aldıkları çoğunluk olarak tanımlamaktadırlar. Bu yaklaşımda diğer dezavantajlı gruplarla birlikte, toplumsal cinsiyet rollerinde sosyal değişimler talep eden feministler ile farklı cinsel kimlik ve yönelime sahip bireylerin yaşam alanı daraltılmakta ve temel hakları sınırlandırılmakta, hatta zaman zaman ortadan kaldırılabilir.

Popülist iktidarlar “halk” desteğine dayanarak, kürtajın yasaklanması veya zorlaştırılması, eşcinsel evliliklerin yasaklanması, toplumsal bir homofobinin tetiklenerek farklı cinsel kimliklere sahip kişiler için yaşam alanlarının tehlikeli hale getirilmesi, cinsiyete veya cinsel yönelime dayalı şiddeti en azından sessiz kalmak suretiyle desteklemesi ile çeşitli politikalar üzerinden çoğunluğun dışında kalan kişiler için temel haklara aykırı düzenlemeler üretebilmektedir. Azınlık gruplarının temel haklarının sağlanmasına yönelik faaliyet gösteren insan hakları aktörleri

⁹⁰ Graff / Korolzcuk, s. 4.

⁹¹ Yabancı, Bige, “Popülizm, Otoriterleşme ve Kadın Politikaları”, İstanbul Politik Araştırmalar Enstitüsü, s. 1.

ise çalışmanın ilk bölümünde detaylı olarak ele alındığı üzere gerek yasal düzenlemelerle gerekse söylemler üzerinden itibarsızlaştırılarak pasifize edilmektedir. Bunun yanında toplumsal cinsiyet rollerine uygun olarak çocuk sahibi veya ev hanımı olan kadınların mali yönden desteklenmesine ilişkin politikalar üretilmekte ve kadın ancak “anne” olarak kutsanmaktadır.

Yerel düzeyde söylem ve yasal düzenlemelerle ilerleyen toplumsal cinsiyet karşıtı popülistler, uluslararası düzeyde ise toplumsal cinsiyet temelli düzenlemeleri içeren İstanbul Sözleşmesine, Birleşmiş Milletler belgelerine ve hatta cinsellik eğitimi konusundaki standartları nedeniyle Dünya Sağlık Örgütü’ne karşı bir tavır almaktadır⁹². Korku üretimini ve komplo teorileri sıklıkla bir araç olarak kullanan popülistler azınlık gruplara insan hakları düzeyinde asgari standartların sağlanması amacıyla güden aktörleri, halkın karşısında yer alan aktörler olarak; kendi iktidarını ise halkı bu aktörlerden koruyacak kurtarıcı olarak sunmaktadır.

Popülizmin tam olarak ne demokratik olduğunu ne de demokrasi karşıtı olduğunu söylemek mümkündür⁹³. Siyasi katılımı desteklemesi bakımından demokratik olarak nitelendirilebilecekken, rakiplerinin rekabet alanını sınırlandırma eğilimi taşıması bakımından demokrasiden uzaklaşmaktadır⁹⁴. Buna rağmen meşruiyetlerini seçimlerden almaları⁹⁵ sebebiyle popülistler demokrasiden vazgeçmek istemezler. Ancak seçimler ve anayasal mekanizmalar iktidarlarını koruyacak şekilde tasarlanmıştır⁹⁶.

Meşruiyet kaynağı olması nedeniyle demokrasinin de bir unsuru olan seçimleri desteklemesinin yanında popülizm, yürüttüğü dışlayıcı kimlik siyaseti nedeniyle demokrasi için bir tehdit unsuru potansiyelini

⁹² Graff / Korolzcuk, s. 62.

⁹³ Arditi, s. 63.

⁹⁴ Mudde / Kaltwasser, s. 103.

⁹⁵ Finchelstein, s. 178.

⁹⁶ Evran Topuzkanamış, s. 42.

taşımaktadır⁹⁷. Bu noktada popülizmin liberal demokrasi ile olan ilişkisinin irdelenmesi gerekmektedir.

Demokrasi teriminin gündelik kullanımında genellikle kast edilen liberal demokrasi olup, liberal demokraside yalnızca çoğunluğun yönetimine ve halk egemenliğine saygı duyan değil, aynı zamanda temel hakların korunmasında uzmanlaşmış bağımsız kurumlar da içeren bir anlayış bulunmaktadır⁹⁸. Liberal demokrasi hukukun üstünlüğünü vurgulayan liberal ilkeler ile halk egemenliği ve katılımını içeren demokratik ilkelerin birleşiminden oluşmaktadır⁹⁹

Çoğunluğun yönetimi ile azınlık hakları arasında uygun bir denge arayışında olan liberal demokrasi, popülistlerin “otoritenin yalnızca halkın elinde olduğu” itirazıyla karşılaşır ve bu doğrultuda özellikle yargı ve medya popülistlerin hedefinde yer alır¹⁰⁰. Bu bakımdan popülizmin liberal demokraside yer alan hem bireysel hakları hem de koruyucu mekanizmaları tahrip etme tehlikesi doğduğundan, çoğunluğun yıkıcı tiranlığına dönüşmesi muhtemel görülmektedir¹⁰¹.

Halkın sesi olma iddiasında olan popülizmde, bireysel haklar ve bu bireysel hakları korumayı amaçlayan anayasal güvenceler de tehlike altındadır. Çünkü bir tarafta homojen bir şekilde tasavvur edilen halk iradesinin karşısına bireysel haklar çıkar. Bu hakları korumayı amaçlayan mekanizmalar, bir şekilde çoğunluk iradesine karşı çıktığında, popülizmin itirazlarıyla karşılaşır. Bu bakımdan popülizm, genel iradenin ifadesini, anayasal sınırların varlığını savunan aktörler tarafından paylaşılmayan demokratik bir aşırılık olarak da ifade edilmektedir¹⁰². Dolayısıyla

⁹⁷ Finchelstein, s. 180.

⁹⁸ Mudde / Kaltwasser, s. 101.

⁹⁹ Abts, Koen / Rummens, Stefan, “Populism versus Democracy”, Political Studies, C:55, S:2, s.406.

¹⁰⁰ Mudde / Kaltwasser, s. 102.

¹⁰¹ Kaltwasser, Cristobal Rovira, “The Ambivalence of Populism: Threat and Corrective for Democracy”, Democratization, C:19, S:2, s. 188.

¹⁰² Kaltwasser, s. 195.

popülizmde bireyin bireysel haklarından vazgeçerek, genel iradeyi kabul etmesi yönünde bir arzu bulunmaktadır¹⁰³.

Popülistlerin uzun süre iktidarda kaldığı toplumlarda, yargı mekanizmalarının da içinin boşaltıldığı ve yalnızca görünüşte var olan şekli kurumlara dönüştürüldüğü görülmektedir. Yalnızca yargı makamları değil, idari makamlar da popülistlerin kurduğu söylem doğrultusunda şekillenmektedir. Böylece uzun süreli popülist iktidarlar, tüm kurumlarıyla birlikte liderin öncülüğünde gerçek halkı koruma görevinin birer parçası haline gelirler.

Yalnızca popülist iktidarlarda değil, genel olarak tüm iktidar ilişkilerinde hegemonik erkeğin baskın olduğu ve buna bağlı olarak kadınların veya hegemonik erkeğe uymayan erkeklerin ikinci sınıfa itildiği aşıkardır. Bu bakımdan yargı ve bürokraside çoğunlukla erkeklerin görev aldığı görülmektedir. Temel hakların korunması bakımından en önemli mekanizma olan Anayasa Mahkemesi'nde dahi kuruluşundan bu yana yalnızca 5 kadın üye yer almış ve yalnızca 1 kadın üye başkanlık yapmıştır¹⁰⁴. Nitekim 2023 yılı itibariyle Anayasa Mahkemesi yalnızca erkek üyelerden oluşmaktadır.

Her ne kadar hakimliğin, cinsiyet üzerinden değil, donanım ve liyakat üzerinden sağlanması kabul edilse de; toplumsal cinsiyet üzerinden farklılıkların geliştirilmesi adına dahi yüksek yargıda kadınların yer alması bir gerekliliktir. Bu gereklilik, Anayasa Mahkemesi'nde kadın üyelerin bulunduğu dönemlerde, özellikle soyadı kararı gibi kritik kararlarda kadın üyeler tarafından yazılan karşı oylarda görülmektedir. Böylelikle kadının “ana olarak kadın”, “aile içinde kadın” veya “kız çocuğu olarak kadın” şeklindeki sıfatlardan arınarak, yalnızca kadın olarak hukuk sisteminde var olmasının önü açılacaktır¹⁰⁵.

¹⁰³ Abts / Rummens, s. 417.

¹⁰⁴ Özdemir, Nadire/Ekinci, Bezar Eylem, “Kadın Bir Anayasa Mahkemesi Yargıcının Karşı Oylarını Hikaye ve Anlatı Etiği Gözlüğünden Okumak”, Hukukta Anlatı – Hukukun Anlatısı, Ed: Gülriz Uygur-Zeynep İspir, Seçkin Hukuk, Ankara 2021, s. 195.

¹⁰⁵ Evran Topuzkanamış, Şafak, “1982 Anayasasında ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında “Kadın”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:84, Sayı:1, Ocak 2019, s.78.

Liberal demokrasi ile çatışmalar yaşayan popülizm, doğal olarak insan hakları ve insan hakları mekanizmalarıyla da karşı karşıya gelmektedir. Popülizmin vatandaşları ahlak üzerinden saf halk ve yozlaşmış elitler şeklinde ikiye ayırması dahi, insan haklarının temelinde yer alan “bütün insanların yalnızca insan olduğu için onura sahip olduğu” düşüncesine aykırılık teşkil etmektedir¹⁰⁶. Bunun da ötesinde gerçek halk olarak kabul edilmeyen ve elitlerle birlikte dezavantajlı grupları da ihtiva eden ötekiler, temsile değer bulunmadıkları için söz konusu öteki grubun hakları ve talepleri gözardı edilmektedir. Hatta “öteki” grupta yer alan bir bireyin temel hakkının ihlal edilmesi, halkı koruma amacıyla meşrulaştırılmakta ve bir propaganda halini almaktadır. Örneğin eşcinsel ilişki barındıran yayınların yasaklama yoluna gidilmesinde, yapılan yasaklama temel haklara müdahale bağlamında değil, halkı koruma bağlamında ele alınmaktadır. Burada popülizmin, halkı sürekli korunmaya muhtaç bir kavram olarak ele almasının payı büyüktür.

Öteki grupta yer alan insanların haklarının dikkate alınmamasının yanında temsil ettikleri ve gerçek halk olduğunu iddia ettiği kesimi de bireysellikten uzak homojen bir grup olarak görmesi sebebiyle esasında bu halkın içerisinde yer alan bireylerin dahi tek tek haklarını savunması popülizmin mantığıyla çelişecektir. Kaldı ki popülizmin iddiası halkı temsil olmakla birlikte özünde halkın pasifize edildiği ve yalnızca popülist liderin iradesini onayladığı bir pratiğe dönüşmesi de kuvvetle muhtemeldir.

Halkın iradesine ket vuran ve halk ile lider arasındaki bağı doğru-
danlığını bozmaya çalışan kurumlar olarak yansıtılan yargı makamları da popülistlerin tekel arzusundan payını almaktadır. İnsan haklarına ilişkin mevzuatın aktif bir şekilde hayata geçirilerek, insan haklarının korunmasında önemli bir yeri olan yargı organları da, popülist liderlerin karşısında yer aldığı sürece ötekiler kervanına katılmaya mahkumdur. Bu bakımdan yargı mensuplarının halkın iradesine karşı çıkan seçkin elitler olarak etiketlenmesi, hiç de beklenmeyen bir sonuç değildir. Bununla birlikte uzun süreli popülist iktidarlarda yargı organlarının iktida-

¹⁰⁶ Orhan, s. 823.

ra bağımlı hale getirildiği ve insan haklarını korumaktan uzak, yalnızca görünüşte var olan mekanizmalara dönüştüğü de görülmektedir. Çünkü popülizmde, demokratik görüntünün zedelenmemesi açısından yargı organlarının tamamen ortadan kaldırılması gündeme gelmez.

Popülist iktidarlar, sivil toplum örgütlerini de karşısına alarak bu örgütlerin yaşam alanını daraltmaya çalışmaktadır. Sivil toplum örgütlerine yönelik bu tavrın temelinde, söz konusu örgütlerin ahlaki temsile dair iddialarının münhasırlığına gölge düşürmesi yer almaktadır¹⁰⁷. Homojen halk egemenliğinin karşısında bireysel hakları da korumayı amaç edinen insan hakları örgütleri ise amacı dolayısıyla ayrıca popülistler tarafından en fazla baskıya maruz kalan sivil toplum örgütleri arasında yer almaktadır.

İnsan hakları aktörlerinin meşruiyetini ve etkililiğini kırmak, dolayısıyla bu aktörleri itibarsızlaştırmak için bu aktörlere karşı karalama kampanyaları yürütülmekte ve insan hakları aktörleri halk karşıtı olan elitlerin ve dış güçlerin maşası olarak sunulmaktadır¹⁰⁸. Bunun yanında iktidardaki popülistlerin yasal düzenlemelerle de insan hakları örgütlerinin işleyişini zorlaştıracak veya sınırlandıracak sorumluluklar düzenlemesi ve insan hakları örgütlerinin finansmanının önüne geçecek düzenlemeler yaratması yoluyla da bu örgütler eylemsizleştirilmeye çalışılmaktadır¹⁰⁹.

Her ne kadar farklı pratikler için farklı koşullar altında şekillense de, popülist iktidarlar toplumsal cinsiyet söylemine ilişkin benzer reaksiyonları gösterebilmektedir. Bu konuda en büyük örnek toplumda İstanbul Sözleşmesi olarak bilinen “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi”dir.

¹⁰⁷ Müller, s. 66.

¹⁰⁸ Rodriguez – Garaviato, Cesar / Gomez, Krizna, Responding to the Populist Challenge: “a New Playbook for the Human Rights Fields”, (Editörler : Rodriguez – Garaviato, Cesar / Gomez, Krizna) İçinde: Rising to the Populist Challenge: A New Playbook for the Human Rights, Colombia 2018, s. 24-26.

¹⁰⁹ Rodriguez -Garaviato / Gomez, s. 13-22.

İstanbul Sözleşmesi, Türkiye'nin Avrupa Konseyi dönem başkanlığında 11 Mayıs 2011'de imzaya açılmış ve Türkiye, 24 Kasım 2011 tarihinde Parlamento'da oybirliğiyle, Sözleşme'yi imzalayan ve onaylayan ilk ülke olmuştur. Sözleşme, farklı gerekçelerle eleştirilmiştir. Toplumun büyük bir kesimi aile içi şiddetle etkin bir mücadele için sözleşmenin yanında yer alırken, bir kesim de eleştirilerini giderek arttırmıştır. Nitekim 20/03/2021 tarih ve 31429 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmesine ilişkin 19/03/2021 tarih ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Türkiye sözleşmeden çekilmiştir. Söz konusu kararın iptaline ilişkin açılan dava da Danıştay tarafından reddedilmiştir¹¹⁰. Verilen karar sonrası temyiz başvurusu da reddedilerek, karar kesinleştirilmiştir.

Benzer bir şekilde Polonya'da da İstanbul Sözleşmesi, LGBTİ ideolojisinin çocuklar ve aileler açısından tehlike yarattığı söylemiyle itibarsızlaştırılmakta ve sürekli olarak Sözleşme'nin feshi gündeme gelmektedir¹¹¹. İstanbul Sözleşmesi'ne yönetilen eleştirilerden biri de, küresel elitlerin yerel halkı sömürme girişimi olduğu iddiasıdır. Popülist iktidarın söylemiyle, Sözleşme batı kaynaklı bir tehdit olarak, Polonya halkının ulusal güvenliğini dahi tehdit etmektedir¹¹².

Görülmektedir ki, farklı sosyo-kültürel yapıda ve farklı dini referansların etkisindeki ülkelerde de, toplumsal cinsiyet karşıtı eylemin söylem ve hareket tarzı, popülizmle yeniden yorumlanabilmektedir. Her durumda söylemin çıkış noktası, saf halkı yozlaşmış elitlerden korumaktır. Bu durum, popülist söylemin esnekliğini de gözler önüne sermektedir.

¹¹⁰ Danıştay 10. Daire, E:2021/1493, K: 2022/2489, K.T. : 28.04.2022

¹¹¹ Graff/Korolzcuk, s. 68.

¹¹² Graff/Korolzcuk, s. 102.

SONUÇ

Cinsiyet ve toplumsal cinsiyet kavramları, içinde bulunulan toplumun koşulları çerçevesinde formüle edilen veya bu koşullarla birlikte şekillenen kavramlardır. Özellikle toplumsal cinsiyet kavramında, oluşturulan “kadınlık” ve “erkeklik” rolleri vardır ve toplumda bulunan bireyler bu rollere uyum sağladığı ölçüde, topluma ait olmaya hak kazanır. Bu rollerin dışında kalan bireyler ise toplumdan dışarıda olmaya ve “öteki” olmaya mahkum edilir.

İktidarın unsurlarından biri güçse diğer olmazsa olmaz unsuru rızadır. İktidar ilişkisinden bahsedebilmek için, yönetilen tarafın bunu belirli ölçüler içerisinde gönüllü yapması gerekir. Bireylerin içerisine doğduğu ve birlikte büyüdüğü sosyal normlar da iktidar tarafından üretildiği/düzenlendiği için, bireysel rıza ile toplumsal kabulü ayırmak daha da güçleşmektedir. İktidar, idealleri formüle etme ve ahlakı oluşturma görevleri ile, toplumu ve bireyleri şekillendirme bakımından elinden geleni yapar.

Popülist rejimlerde toplum, “saf halk” ve diğerleri olarak ayrılmaktadır. Belki de popülizmin en önemli özelliği toplumu ikiye bölmeye ve diğerlerini halk olarak kabul etmemesidir. Bu bakımdan halk olarak kabul edilmeyen ve dışlanan gruplar, korkutucu özelliklerle donatılarak, yabanılaştırılmaktadır. Bu bakımdan mevcut düzen ve iktidar ilişkileri normal; bu iktidarın dışladığı tüm gruplar, anormal, sosyal olanı yıkıcı, cinsel aşırılıkları bulunan, toplumun dışında ve topluma zararlı varlıklar olarak konumlandırılır. Bu “ötekiler” sosyal düzenin düşmanı ve yıkıcısı olarak konumlandırıldığı için, iktidar sahibi erkeğin, kendisine itaat edenleri bu yabanılardan koruma görevi üstlenmesi, bu rol dağıtımının kaçınılmaz sonucudur.

Popülist kurguda iki kutbu ayıran ölçüt temel olarak ahlak olarak ileri sürülse de her iki grubun da sınırlarını esnek tutacak ve popülistlerin çıkarları doğrultusunda değiştirilebilecek şekilde ikincil başka ölçütler de kullanılmaktadır. Popülist pratiklerde çoğunlukla seçkin olmama-

sına rağmen dezavantajlı grupların da dahil edildiği görülmektedir. Halk ise doğal olarak popülistlere destek verenlerdir. Yine bu kurguda halk homojen olarak tasvir edilir dolayısıyla bireyselliğe veya çoğulculuğa yer yoktur.

Liberal değerleri ve çoğulculuğu reddetmesiyle de öne çıkan popülizmde dezavantajlı azınlık grupların yaşam alanı bulması ise güçleşmektedir. Popülizmin farklı pratikleri ve dereceleri olduğu düşünüldüğünde, bu azınlık grupların yaşadığı ihlaller özgün durumlara göre değişiklik göstermektedir. Ancak genel olarak çoğulculuğu reddetmesi nedeniyle homojenleştirilen makbul halkın arasında yer almayan sosyal değişim talep eden kadınlar ve farklı cinsel yönelimlere sahip bireyler doğrudan halkın düşmanları kategorisine girebilmektedir. Bu sebeple özellikle iktidardaki popülistler ürettikleri politikalarla bu azınlık grupların yaşam alanını sınırlandırmaktadır.

Popülist rejimlerde, “ötekilerden” korunmaya muhtaç bir saf halk tasvir edildiği için, temel haklara ilişkin müdahaleler bu koruma amacıyla meşrulaştırılır. Halkın karşısında yer aldığı iddia edilen toplumun öteki kesimlerine yönelik temel hakları ortadan kaldıran veya kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren politikalar meşru bir zeminde süreklilik içerisinde üretilmektedir.

Halk ve diğerleri arasındaki çizginin esnek olması ve mevcut koşullara göre yeniden kurgulanması ise popülist iktidarlar için başka bir avantajdır. Bu sayede temel haklarına müdahale edilmek istenilen gruplar, halk dışına kolayca itilip düşmanlaştırılabilir. Bu bakımdan toplumsal cinsiyet eşitliği talebinde olan kişi ve kurumlar, doğal olarak halkın karşısında kurgulanır ve bu grupların temel haklarına müdahale etmek için gerekli meşruiyet alanı sağlanır. Ayrıca dezavantajlı ve azınlık gruplara karşı temel hakların sağlanması yönünde çalışmalar yapan insan hakları aktörleri gerek yurt içinden olsun gerek yurt dışından olsun halkın düşmanları olarak yansıtılıp itibarsızlaştırılmaktadır.

Toplumsal cinsiyetin popülist söylemlerdeki başka bir görünümü de ırkçılık veya islamafobi gibi diğer dışlayıcı tutumları meşrulaştırabilen için ahlaki bir araç olarak kullanılmasıdır. Bu durumda da toplumsal cinsiyet söylemini destekleyerek halkın sözcülüğünü yapan popülist iktidarlar kadını veya farklı cinsel yönelimi ezmesiyle bütünleştirilen farklı etnik ve dinsel gruplarla savaşmak zorundadır. Dolayısıyla toplumsal cinsiyet söylemi yine popülistlerin kutuplaştırma söylemine aracılık edebilir.

Sonuç olarak tek gerçeğin halk olduğunu ve gerçek halkın temsilcisinin de yalnızca kendisi olduğunu savunan popülistler, çıkarlarıyla uyuşmayan veya kendi ideolojilerine aykırı buldukları grupları yozlaşmış seçkinlerin yanında konumlandırmakta ve bu grupları düşman ilan etmektedir. Bu konumlandırma için toplumsal cinsiyet söylemi de oldukça elverişlidir. Bu şekilde toplumun halk ve diğerleri olarak ayrıldığı popülist pratiklerde, hem liberal değerlere hem de insan haklarına ilişkin mekanizmalara yapılan müdahaleler, demokrasi perdesi arkasına gizlenerek gerçekleştirilmektedir.

KAYNAKÇA

Abts, Koen / Rummens, Stefan, “Populism versus Democracy”, Political Studies, C:55, S:2, ss. 405- 424.

Akal, Cemal Bali, Siyasi İktidarın Cinsiyeti, İmge Kitabevi, İstanbul 1994.

Arato, Andrew, Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy. Oxford University Press, Oxford 2016.

Arditi, Benjamin, Liberalizmin Kıyılarında Siyaset Farklılık Popülizm Devrim ve Ajitasyon, (Çeviren: Emine Ayhan), Metis Yayınları, İstanbul 2010.

Brubaker, Roger, “Why Populism?”, Theory and Society, C:46, S:5, ss. 357 – 385.

Butler, Judith, Cinsiyet Belası Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi, Metis Yayınları, Çev. Başak Ertür, İstanbul 2014.

Evrans Topuzkanamış, Şafak, Halka Ait Anayasacılık, On İki Levha Yayıncılık, 2.Baskı, İzmir 2021.

Evrans Topuzkanamış, Şafak, “1982 Anayasasında ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında “Kadın””, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:84, Sayı:1, Ocak 2019, ss. 47-82.

Fassin, Eric, Popülizm: Büyük Hınç, (Çeviren: Güleener Kırnalı, İlker Kocael), Heretik Yayıncılık, Ankara 2018.

Finchelstein, Federico, Faşizmden Popülizme, (Çeviren: Ali Karatay), İletişim Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2021.

Geva, Dorit, “Daughter, Mother, Captain: Marine Le Pen, Gender, and Populism in the French National Front”, *Social Politics*, C: 27, S:1, ss. 1-26.

Graff, Agnieszka / Korolzcuk, Elzbieta, *Anti – Gender Politics in the Populist Moments*, Routledge, New York 2022.

Kalaycıoğlu, Ersin, *Halk Yönetimi: Demokrasi ve Popülizm Çatışmasında Dünya*, Efil Yayınevi Yayınları, Ankara 2021.

Kaltwasser, Cristobal Rovira, “The Ambivalence of Populism: Threat and Corrective for Democracy”, *Democratization*, C:19, S:2, ss. 184 – 208.

Laclau, Ernesto, *Politics and Ideology in Marxist Theory*, New Left Books, London 1977.

Laclau, Ernesto, *Popülist Akıl Üzerine*, (Çeviren: Nur Betül Çelik), Epos Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2018.

Moffit, Benjamin, *The Global Rise of Populism: Performance, Political Styles, Representation*, Stanford University Press, Stanford 2016.

Moffit, Benjamin / Tormey, Simon, “Rethinking Populism: Politics, Mediatization and Political Style”, *Political Studies*, C:62, S:2, ss. 381 -397.

Mojab, Shahrazad, *Marksizm ve Feminizm*, Çev. Funda Hülagü, Yordam Kitap, İstanbul 2018.

Muller, Jan – Wernner, *Popülizm Nedir?*, (Çeviren: Onur Yıldız), İletişim Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2020.

Mudde, Cas, “*The Populist Zeitgeist*”, *Government and Opposition*, C:39, S:4, s. 541 – 563.

Mudde, Cas / Kaltwasser, Cristobal R., Popülizm: Kısa Bir Giriş, (Çeviren: S. Erdem Türközü), Nika Yayınevi, Ankara 2019.

Orhan, Salim, “Popülizm, Liberal Demokrasi ve Faşizm Denklemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:68, S:4, ss. 795 – 840.

Özdemir, Nadire/Ekinci, Bezar Eylem, “Kadın Bir Anayasa Mahkemesi Yargıcının Karşı Oylarını Hikaye ve Anlatı Etiği Gözlüğünden Okumak”, Hukukta Anlatı – Hukukun Anlatısı, Ed: Gülriz Uygur-Zeynep İspir, Seçkin Hukuk, Ankara 2021.

Rodriguez – Garaviato, Cesar / Gomez, Krizna, Responding to the Populist Challenge: “a New Playbook for the Human Rights Fields”, (Editörler : Rodriguez – Garaviato, Cesar / Gomez, Krizna) İçinde: Rising to the Populist Challenge: A New Playbook for the Human Rights, Colombia 2018.

Sankır, Hasan, “Toplumsal Cinsiyet Rollerinin Anlamlandırılış Biçiminin Kadın Sanatçı Kimliğinin Oluşum Sürecinde Etkileri” Hacettepe Üniversitesi Sosyolojik Araştırmalar E-Dergisi, ss. 1 – 26.

Sayan Cengiz, Feyda, “Popülist Siyasette Hegemonik Erkeklik ve Kadınlık: Marine Le Pen ve Popülist Radikal Sağın Cinsiyeti”, Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi, C:8, S:1, ss. 269 – 288.

Scales, Ann, Hukuki Feminizm Aktivizm, Savunma ve Hukuk Kuramı, Çev. F. Ceren Akçabay, Dost Kitabevi, Ankara 2019.

Topuzkanamış, Engin, Hukuk ve Disiplin- Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları, Zoe Kitap, 3. Basım, İstanbul, 2019.

Ümit Atılgan, Eylem, Türkiye’deki İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo – Kültürel Bir Araştırma, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Yabancı, Bilge, “Popülizm, Otoriterleşme ve Kadın Politikaları”,
İstanbul Politik Araştırmalar Enstitüsü, s. 1-25.

Dr. Özgecan GÖK

SOSYAL İÇERİK ÜRETİCİLERİNİN VERGİLENDİRİLMESİ*

TAXATION OF SOCIAL CONTENT CREATORS

ÖZET

Hayatımıza influencer ya da fenomen gibi sıfatlarla giren kişilerin sosyal medya araçları üzerinden elde ettikleri kazançlar 7338 sayılı Kanun ile 1 Ocak 2022 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, bir takvim yılı içerisinde, tarifenin dördüncü gelir dilimi tutarına kadar elde edilenler gelir vergisinden; bu kapsamdaki teslim ve hizmetler ise, katma değer vergisinden istisna tutulmaktadır. Çalışmada, öncelikle sosyal içerik üreticilerinin gelir elde etme yöntemleri, bu gelirlerin mahiyeti ele alınmaktadır. Sosyal içerik üretim faaliyetinin gerçekleştiği yer gelir ve katma değer vergisi açısından belirleyici olduğundan konu, uluslararası vergi hukuku ve çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları bakımından da ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İçerik üreticiliği, sosyal içerik üretici, gelir vergisi, ticari kazanç, dijital reklam geliri, işyeri, katma değer vergisi.

ABSTRACT

Earnings obtained through social media tools of people who enter our lives as influencers or phenomena, with the Law No. 7338 effective from 1 January 2022, within a calendar year, up to the amount of the fourth income segment of the tariff income tax; Deliveries and services within this scope are exempted from value added tax. In the study, first the income generation methods of social content producers and the nature of these incomes are discussed. Since the place where the social content production activity takes place is decisive in terms of income and value added tax, the issue is also discussed in terms of international tax law and double taxation agreements.

Keywords: Content production, social content producer, income tax, commercial income, digital advertising income, workplace, value added tax.

*Bu makalenin çekirdeğini İstanbul Medeniyet Üniversitesi ile Bilişim ve Teknoloji Hukuku Derneği'nin ev sahipliğinde 3-4-5 Aralık 2021 tarihlerinde gerçekleştirilen Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu'nda sunulan "Dijital İçerik Üreticilerin Gelir Vergisi Karşısındaki Konumu" başlıklı tebliğde tartışılan konular oluşturmaktadır. Bu makalede ayrıca konunun katma değer vergisi yönü de ele alınmaktadır. Tebliğ metni için bkz. Gök, Özgecan, "Dijital İçerik Üreticilerinin Gelir Vergisi Karşısındaki Konumu", (Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, ss. 537-558).

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 16.03.2023 Kabul Tarihi: 24.07.2023

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3296-2098>

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, ozgecangok@hotmail.com

GİRİŞ

İnternet platformları üzerinde içerik üretimi öncelikle insanların tanınır, bilinir olma ihtiyacının tatmini açısından büyük bir önem taşımaktadır. Öte yandan bu yolla büyük kazançlar elde edilebiliyor olması, sosyal ağlar için içerik üretimini bir meslek haline getirmiştir. Gelir vergisi ve katma değer vergisi açısından, YouTube, Patreon, Instagram, Pinterest, Twitch gibi sosyal medya araçları üzerinden elde edilen kazançların nasıl nitelendirileceği; ne zamandan itibaren vergilendirilebilir hale geleceği, bu platformlarda içerik üreticilerinin işyerinin tespiti ve vergilendirme yetkisini haiz ülkenin neresi olacağı, son zamanların güncel tartışma konularından biridir. 7338 sayılı Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹ 2'nci maddesinde 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na² eklenen "Mükerrer Madde 20/B" ile "**sosyal içerik üreticiliği**" (ve mobil cihazlar için uygulama geliştiriciliği) bakımından özel bir istisna düzenlemesi getirilmektedir. Yine faaliyet Katma Değer Vergisi Kanunu'nun³ 17'nci maddesine eklenen düzenlemeyle katma değer vergisinden de istisna edilmiştir.

Konunun vergilendirme boyutunun ele alındığı çalışma, dört ana başlıktan oluşmaktadır. İlk bölümde 7338 sayılı Kanun ile kanunî temeli bulan ve dijital bir üretim olan "sosyal içerik üretimi" gibi faaliyetler kavram bakımından değerlendirilmekte ve çalışmanın kapsam yönünden çerçevesi çizilmektedir.

İkinci bölümde sosyal içerik üreticilerinin hangi yollarla gelir elde edebildikleri ortaya konmakta ve bu kazanç türlerinin gelir vergisi açısından niteliği değerlendirilmektedir. Sosyal içerik üreticiliği vasıtasıyla gelir elde etme modelleri çeşitlilik arz etmektedir. Bunların hepsi birbirinden farklı gibi görünse de gelir vergisine tabi olmak bakımından aralarında bir fark bulunmamaktadır. Bu bakımdan çalışmada her bir

¹ 14.10.2021 tarih ve 7338 sayılı Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 31640 26.10.2021).

² 31.12.1960 tarih ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (RG. 6. 1. 1961 -10700).

³ 25.10.1984 tarih ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu (RG. 2.11.1984-18563).

kazancın mahiyeti ortaya konmakta; bunların hangi kapsamda ve neden gelir vergisine tabi olacağı konusu irdelenmektedir. Verginin konusu bakımından yapılan nitelendirmelerden sonra, içerik üreticiliği nedeniyle doğacak gelir vergisi mükellefiyeti 7338 sayılı kanun ile getirilen düzenleme milat kabul edilerek, öncesi ve sonrası ayırımında değerlendirilmektedir.

Gelir vergilelendirmesini gerçekleştirecek olan vergi dairesinin takip, kontrol ve denetim faaliyetlerini yerine getirebilmesi bakımından işyeri belirlemesi önem arz etmektedir. Dijital içerik üretim faaliyeti bakımından işyeri ve bununla bağlantılı olarak üretimin gerçekleştirildiği yer uluslararası vergi hukuku bakımından hangi ülkenin vergilelendirme yetkisinin doğacağı yönünden de önem arz etmektedir. Bu bağlamda çalışmanın üçüncü bölümünde faaliyetin gerçekleştiği yer ile bağlantılı olarak öncelikle işyerinin tespiti konusu ele alınmaktadır. Sosyal içerik üretiminin sınır aşan bir ekonomik faaliyet olması nedeniyle konunun çifte vergilelendirmeyi önleme anlaşmaları ve uluslararası vergi hukuku yönü de üçüncü bölümde ele alınmaktadır.

Son olarak konunun katma değer vergisi bakımından yönü ele alınmakta; ulaşılan sonuç ve değerlendirmelere yer verilerek çalışma sonlandırılmaktadır.

I. KAVRAM VE KAPSAM

İçerik; sözcükler, görseller, sesler ve (geleneksel ya da teknolojik tüm) medya araçlarının sunduğu her şeyi kapsayan, iletişim diline özgü bir kavramdır. Teknolojik gelişmelere paralel bir şekilde oluşan dijital kültürün en güçlü araçları “yeni medya” olarak da ifade edilen, sosyal medya araçlarıdır. Sosyal medya araçları, sundukları içerik, içerik biçimi ve içerik üretim süreci gibi özellikleri itibarıyla geleneksel medya araçlarından ayrılmakta; içeriğin sayısallaştırılarak internet ağı üzerinde bir noktadan başka bir noktaya iletilebildiği ve tüm bu sürecin veriye dönüştüğü bir siber alanı oluşturmaktadır⁴.

⁴ Duran, Kübra Nur/Yeniceler, İrem; “Gelenekselden Yeni Medyaya Geçiş Sürecinde İçerik Üretimi Sürecinin Dönüşümü: Cüneyt Özdemir Youtube Kanalı”, (Yeni Medya Elektronik Dergisi, Y. 2019, C. 3, S.3, ss. 200-212), s. 203, 204.

Bilgi ve teknolojinin hammadde olarak kullanıldığı; sanal veri girişi ve sanal ürün çıktısına dayalı olarak yapılan üretim genel olarak “dijital içerik üretimi” olarak ifade edilmektedir⁵. Dijital içerik üretiminde sermaye, emek ve toprak gibi klasik üretim faktörleri değil; bilgi, fikrî mülkiyet hakları ve teknolojik donanım gibi hususlar “dijital üretim faktörleri” olarak karşımıza çıkmaktadır⁶. İnternet kullanıcısı olarak kişiler, hâkimiyet alanları itibariyle dijital üretim faktörlerinin merkezinde yer almakta; kaynak olarak hem üretici hem tüketici (üretketicisi- İng. Producer) pozisyonunda konumlanmaktadır⁷. Üretilen içerik -tür ve nitelik olarak her ne olursa olsun- o içeriği oluşturan ve internet aracılığıyla diğer kullanıcılara/ağa servis eden kişiler, geniş anlamda birer dijital içerik üreticisidir⁸. Bu anlamda, dijital platformlar ya da sosyal medya platformları için içerik üretimi; doğrudan bir web sitesinin oluşturulması ya da mobil cihazlar için uygulama geliştirilmesi gibi faaliyetler, dijital içerik üretimi kapsamında değerlendirilebilecek konulardır.

Bu çalışmanın kapsamını, ürettiği dijital içeriği sosyal medya platformları üzerinden paylaşarak izleyicilere sunan ve bu suretle gelir elde eden gerçek kişilerin vergi mükellefiyeti oluşturmaktadır. Yakın bir geçmişte 7338 sayılı kanunla getirilen düzenlemede ele alınan kitle “**sosyal içerik üreticisi**” olarak ifade edilmektedir (GVK mük m. 20/B). Bu terimin, içinde dijitaliği barındırmıyor olması nedeniyle ne kadar isabetli

⁵ Bkz. Uslu, Yasin; Sanal Reklam Faaliyetlerinin Vergilendirilmesi (Yetkin Yayınları), Ankara 2021, s. 35.

⁶ Bkz. Uslu, s. 37. Dijital ekonominin/platformların iktisadi özellikleri hakkında bkz. Kılıçer, Erkan /Peker, İmren; Dijital ekonomide Vergilendirme –Örnek Ülke Uygulamaları-, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2020, s. 37 vd.; Doğan, Cihan; Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında Dijital Platformlar, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2021, s. 23 vd. Durdu, Muhammet, Türkiye’de sosyal Medya İşletmelerinin Vergilendirilmesi, (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, S. 10(2), ss.470-488), s.471, 472. Gelirin, üretim faktörlerinin üretime katılma karşılığında fonksiyonel bölüşüm sonunda hasıladan aldıkları pay olarak tanımlanması hakkında bkz. Taylar, Yıldırım; Vergi Hukukunda Vergiyi Doğuran Olay, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul, 2021, s. 171. Ayrıca bkz. Şenyüz, Doğan /Yüce, Mehmet /Gerçek, Adnan; Türk Vergi Sistemi, 15. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2018, s. 3,4; Öner, Erdoğan; Türk Vergi Sistemi, (Seçkin Yayıncılık), Ankara, 2017, s. 37; Oktar, S. Ateş; Türk Vergi Sistemi, (Türkmen Kitabevi), İstanbul 2016, s. 3, 4.

⁷ Üretici ve tüketici bütünleşmesi hakkında bkz. Kılıçer/Peker, s. 36, 37. Ayrıca bkz. Duran/Yeniciler, s. 203.

⁸ Katılımcı ağa bağlı platformlar/katılıma dayalı ağ platformları üzerinden içerik üretiminin dijital ekonomi içerisinde bir iş modeli olarak konumlanmasına yönelik açıklamalar için bkz. Budak, Tamer; Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul, 2018, s. 42, 43; Artar, s. 20.

olduğu ayrı bir tartışmanın konusudur. Öte yandan “dijital içerik üretimi” kavramının sosyal medya araçlarına içerik sunma faaliyetini aşan bir anlam taşıdığı da tartışmasızdır.

Sosyal içerik üretimi ile kazanç elde edilmesi, “dijital ekonomi” olarak ifade edilen vergilendirilebilir gelir kaynağının bir parçasını oluşturmaktadır. İnternetin iletişim teknolojileri içerisindeki alanının genişlemesi, reklamcılık faaliyetlerinin de yer bakımından internete konumlanmasına sebep vermiş, bu anlamda internet ortamlarında gerçekleştirilen içerik üretimi gelir getirisi yüksek bir faaliyet alanına dönüşmüştür⁹. Bu itibarla çalışmada ele alınan sosyal içerik üreticileri, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikamet eden ve tam mükellef statüsünde olabilecek gerçek kişilerdir. Çalışmanın maddî vergi hukuku bakımından sınırını da bu anlamda Gelir Vergisi Kanunu ve Katma Değer Vergisi Kanunu oluşturmaktadır.

II. SOSYAL MEDYA PLATFORMLARI ARACILIĞI İLE GELİR ELDE ETME YÖNTEMLERİ

A. Genel Esaslar

Gerçek kişilerin gelirleri, tam ve dar mükellefiyet esasları çerçevesinde 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’na göre vergilendirilmektedir (GVK m. 1). Dijital ortamlarda içerik üretenler, izleyici ve platforma bir hizmet/katma değer sunmakta ve karşılığında belirli değerleri gelir olarak elde etmektedir. Sosyal içerik üretimi yoluyla elde edilen kazançlarda gelir vergisi mükellefiyeti tartışılırken öncelikle elde edilen gelirin ne tür bir gelir olduğunun tespiti gerekmektedir. Bu başlıkta sosyal ağ sağlayıcıları aracılığıyla elde edilen gelir türleri ele alınmakta; daha sonra, bu gelirlerin niteliği irdelenmektedir.

⁹ Aynı yönde bkz. Turan, Metin; Bilişim Vergi Hukuku, (Adalet Yayınevi), Ankara, 2018, s. 69, 70. Demirel, Şeyma/ Arslaner, Hakan; “Türkiye’de İnternet Reklamcılığının Vergisel Boyutu”, (Maliye Çalışmaları Dergisi, Y. 2021, S. 65, ss. 25-48], s. 28. Artun, Emine Sevcan; “İnternet Ortamında Reklam Verenlerin Vergi Kesintisi Yapma Yükümlülükleri”, [Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, (Adalet Yayınevi), Ankara, 2021, ss. 475-494], s. 477.

B. Sosyal İçerik Üreterek Elde Edilen Gelir Türleri

1 Genel Olarak

Sosyal medya aracı ya da kanunda “sosyal ağ sağlayıcı” olarak ifade edilen her bir platformun içerik üreticisine kendine özgü gelir elde etme modelleri sunmaktadır¹⁰. Sosyal içerik üreticisinin bu yolla elde ettiği gelirler ana hatları ile reklâm gelirinden verilen paylar; izleyici tarafından yapılan bağışlar, işletmelerin yaptığı nakdî ve aynî ödemeler ile bağlantı linki aracılığıyla gelir paylaşımı çerçevesinde incelenebilir.

2. Sosyal Ağ Sağlayıcı Aracılığıyla Kazanç Paylaşımı

Sosyal medya platformlarının en temel gelirini reklam gelirleri oluşturmaktadır¹¹. İçerik üretimi vasıtasıyla kazanılan en temel gelir türünü de sosyal medya platformlarının reklam kazançlarından içerik üreticisine aktardığı pay oluşturmaktadır. İçerik üretici platforma (örneğin YouTube’a) bir içerik yerleştirmekte; bu içerik vasıtasıyla (Google Ad-Sense üzerinden) gelir elde edilmektedir. Platform/Ağ sağlayıcı elde ettiği reklam gelirinin bir kısmını önceden belirlediği, takipçi sayısı, beğenilme oranı, izlenme süresi gibi parametreler ve kriterler çerçevesinde içerik üreticisine aktarmaktadır¹². Reklam geliri, gelir vergisi açısından

¹⁰ Örneğin YouTube’da izlenme sayısı üzerinden reklam gelirinden pay aktarımı ağırlıkta iken Twitch uygulamasında diğerlerinin yanı sıra kullanıcılardan “bağış” adı altında gelen ödemelerin; Instagram, Tik Tok, Pinterest gibi uygulamalarda ise işletmelerle aralarında yapılan anlaşma gereği elde edilen gelirin ağırlık kazandığı görülmektedir. Örneğin YouTube üzerinden gelir elde etme yöntemleri için bkz. (<https://support.google.com/youtube/answer/72857?hl=tr> E.T. 27.10.2021.); Instagram üzerinden gelir elde etme yöntemleri için bkz. (<https://business.instagram.com/creators/earn-money?locale=tr> TR E. T. 27.10.2021); Patreon üzerinden gelir elde etme yöntemleri için bkz. (<https://www.patreon.com/pricing> E.T. 27.10.2021). Yeni bir iş modeli olarak sosyal ağlara içerik üretimi vasıtasıyla reklam gelirinin elde edilmesine ilişkin açıklamalar hakkında ayrıca bkz. Ferhatoğlu, Emrah; “BEPS Eylem 1: Dijital Ekonomi”, [Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kâr Kaydırma (Editör, Prof. Dr. Billur Yaltı), (Beta Yayıncılık), İstanbul, 2018, ss.211-228], s. 214.

¹¹ Ertaş, Bilal Levent; “Dijital Ekonomide Yurt Dışından Alınan Hizmetler Bakımından KDV Mevzuatındaki Sorunlar”, (Vergi Raporu, S. 2019, 2017, ss. 131-140), s.134; Durdu, s. 480 vd.

¹² Pekşen, Fatih; “Dijital Tanıtım ve Pazarlamada Sosyal Medyanın Rolü ve Vergilendirilmesi”, [Bilişim Çağında Vergi Hukuku, (Editörler: Dr. Mustafa Göktuğ Kaya, Prof. Dr. Ersan Öz), (Ekin Yayınevi), Bursa, 2020, ss. 23-78], s. 34. Bu kriterlerin fiyatlama algoritmaları dâhilinde yapılmasına ilişkin açıklamalar hakkında bkz. Doğan, s. 160.

ticarî kazanç olarak nitelendirilmektedir¹³. Burada içerik üreticisinin pastadaki payı, platform aracılığı ile alıyor olması gelirin reklam geliri olma niteliğini etkilememektedir.

3. İzleyici (Sosyal İçerik Tüketicisi) Tarafından Yapılan Bağışlar (Donate)

Sosyal içerik üreticisinin izleyicileri tarafından, kendi belirleyecekleri bir tutarı “donate” adı altında göndermeleri neticesinde de bir gelir elde edilmektedir. Burada kullanıcı ya da izleyicilerin gönderdikleri paranın miktarı kendi isteklerine bağlıdır. Sosyal medya jargonuna “donate” olarak giren; izleyici bakımından ödeme, içerik üretici bakımından gelir elde etme şekli günlük Türkçe’ye “bağış” olarak çevrilmektedir. Ancak bunun hukukî niteliğinin bağış olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Çünkü hukukî bir işlem olarak bağışta, karşılığında bir şey beklenmeden bir şeyin ya da paranın verilmesi söz konusudur. Sosyal içerik üreticisine bağış adı altında ödenen değerlerin vergilendirme boyutunu ele aldığımızda karşılıksız bir ödemeden bahsedilemez. İzleyiciler, tükettikleri içerik karşılığında kendi belirledikleri bir bedeli ödemek istemektedirler. Bu çerçevede “kanal üyelikleri”, “süper chat”, “süper etiket” gibi uygulamalar vasıtasıyla izleyicilerin elde ettiği bazı avantajlar karşılığında da bir defalık ya da düzenli ödemeler gerçekleştirilmektedir. Bu tür ödemelerin zorunlu olmaması ve miktarının kullanıcı tarafından belirleniyor olması ilişkiye bağış niteliği kazandırmayacağı gibi, vergisel sonuç olarak da yine karşılıksız bir intikal olarak veraset ve intikal vergisi çerçevesinde değerlendirme yapılmasını gerektirmeyecektir. Sosyal içerik tüketicilerinin bu türde yaptığı ödemeler, hukuki nitelik olarak bağıştan ziyade bahşişe benzemektedir.

¹³ Elektronik ticarete web sitelerinde yayınlanmak üzere verilen reklam faaliyeti karşılığında elde edilen gelirin ticarî kazanç niteliğinde olması hakkında bkz. Yaltı, Billur; Elektronik Ticarete Vergilendirme, (Der Yayınları), İstanbul, 2003, s.172. Google AdSense reklam gelirinin ticarî nitelikte olduğu hakkında bkz. Dş. 4. D. 19.10.2020 tarih ve E. 2016/10735; K. 2020/3953 sayılı kararı (Özel Arşiv).

4. İşletmelerce Gerçekleştirilen Nakdî Ödemeler

Sosyal içerik üreticisinin, hazırladığı içeriğe ürün yerleştirmesi ya da bir işletmenin reklamını yapması karşılığında elde ettiği kazanç bu kapsamdadır¹⁴. Sosyal medya jargonunda bu tür gelirlerin “iş birliği” kapsamında edinildiği görülmektedir: Başka bir ifade ile işletmeler, sosyal içerikte yer almaları karşılığında para ile ifade edilebilen ödemeler yapmaktadırlar. Söz konusu iş birliğinin temelinde bir reklam ya da sponsorluk sözleşmesi olabilmektedir. Konu sponsor veren ya da reklam verenin vergi yükümlülüğü bakımından farklı sonuçlar doğursa da¹⁵ sosyal içerik üreticisi açısından her iki durumda da gelir elde etme sonucu doğmaktadır. Burada nakdî ödemenin hangi ödeme aracı ile yapıldığının (havale, online ödeme sistemi vb.) bir önemi bulunmamaktadır. Para ile ifade edilen tüm ödemeler bu kapsamda sosyal içerik üreticinin gelirini ifade etmektedir.

5. İşletmelerce Gerçekleştirilen Aynı Ödemeler

Aynı formda gerçekleştirilen ödemeler/edimler de bir kazanç olarak değerlendirilebilmektedir. Bu durum diğer gelir elde etme yöntemlerine göre bir miktar belirsizlik içermektedir. Sosyal içerik üreticilerinin reklamını yapması karşılığında veyahut da “iyi iş çıkarma” karşılığında ürüne sahip olması/ ürünü elinde tutması ya da ürünü veren işletmenin bir hizmetinden yararlanması bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu tür uygulamaların yapılmış olduğunu, sosyal medya üzerinde paylaşılan içeriğin “hediye” ya da “gift” etiketi ile paylaşılmış olmasından anlayabilmekteyiz. Burada içerik üreticisinin elinde bulunan ürünün firmalarca gönderilen bir hediye olduğu bir an için düşünülse de bu yaklaşım vergi

¹⁴ Pekşen, s. 36, 37.

¹⁵ Reklamın, insanları gönüllü olarak belli bir davranışta bulunmaya ikna etmek, belirli bir düşünceye yönlendirmek, dikkatlerini bir ürüne, hizmete, fikir ve kuruluşa çekmeye çalışmak, onunla ilgili bilgi vermek, ona ilişkin görüş ve tutumlarını değiştirmeleri veya belirli bir görüşü ya da tutumu benimsemelerini sağlamak amacıyla oluşturulan; iletişim araçlarından yer ya da süre satın almak yoluyla sergilenen ya da başka biçimlerde çoğaltılıp dağıtılan ve bir ücret karşılığı oluşturulduğu belli olan duyurular; sponsorluğun ise, bir kuruluşun belirlemiş olduğu hedeflere ulaşmak için spor, sanat, kültür ve sosyal olaylar ile çeşitli kişi ve kuruluşlara nakdî veya başka türlü desteklerle yapılan tüm faaliyetlerin planlanması, uygulanması ve kontrol edilmesi süreçlerini kapsayan taraflar arasında karşılıklı olarak birbirlerine fayda sağlamaya yönelik yapılan yazılı iş anlaşmaları olarak değerlendirilmesi hakkında bkz. Dş. 4. D. 9. 10.2017 tarih ve E. 2013/4011; K. 2017/6706 sayılı kararı (Özel Arşiv).

hukuku açısından doğru görülmemektedir. Çünkü nihayetinde sosyal içerik üreticisi, tanıtımını yaptığı ürüne (örneğin lüks markalı bir saate) sahip olmak için bir şey yapmış olmaktadır. Dolayısıyla bu, yapılan hizmet karşılığında elde edilen aynı kazançtır. Aynı ödemelerin de Vergi Usul Kanunu'nun 258'inci ve devamı maddelerinde yer alan değerlendirme hükümleri çerçevesinde gelir vergisi matrahına dahil edilebilmesi mümkündür¹⁶. Bununla birlikte firmalarca gönderilen ögenin emsal ya da olağan fiyatı bilinir değilse değerlemenin yapılabilmesi de güçlük arz edebilecektir.

6. Bağlantı Linki Aracılığı ile Gelir Paylaşımı

Sosyal içerik üreticilerinin gelir elde ettiği yöntemlerden bir diğeri de bağlantı linki (*İng. affiliate link*) paylaşımıdır. Bu suretle üçüncü bir işletmenin mal ya da hizmet satışına aracılık etme karşılığında bu satışı-
tan pay (komisyon) almak şeklinde gelir elde edilmesi de mümkündür. Satıştan alınan pay ya da yüzdenin yanı sıra satış birimi başına belirlenen maktu bir bedel de gelir olarak elde edilebilmekte, somut olaya göre ödemenin şekli farklılık gösterebilmektedir.

C. Dijital (Sosyal) İçerik Üreterek Elde Edilen Gelirin Niteliği

Gelir Vergisi Kanunu, gelir türlerini; ticarî kazançlar, ziraî kazançlar, ücretler, serbest meslek kazançları, gayrimenkul sermaye iratları, menkul sermaye iratları ve diğer kazanç ve iratlar olmak üzere yedi başlık altında sınıflandırmaktadır. Sanal veriye dayalı olarak üretilen dijital içeriğin sosyal ağ sağlayıcı üzerinden yayınlanması suretiyle kazanç elde edilmesi, Gelir Vergisi Kanunu'nun 2'nci maddesinde sayılan bu gelir türleri arasında sınıflandırma yapmak bakımından belirsizlikler içermekte ve yorum gerektirmektedir¹⁷.

¹⁶ Emsal bedel kapsamında değerlemeye ilişkin açıklamalar hakkında bkz. Kaneti, Selim /Ekmeççi, Esra / Güneş, Gülsen /Kaşıkçı, Mahmut; Vergi Hukuku, (Filiz Kitabevi), İstanbul, 2019, s. 299, 300. Kuşkusuz içerik üreticinin herhangi bir kazanç elde etmeden sevdiği bazı ürünlerin tanıtımını yapması vergiye tabi bir faaliyet olarak değerlendirilmeyecektir. Bkz. Pekşen, s. 37. Ancak bu haller açısından da -gelir elde edilen hallerde olduğu gibi- 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen hükümlere uygun davranılması önem arz etmektedir.

¹⁷ Uslu, s. 33, 34 ve 36.

Sosyal medya platformları aracılığı ile elde edilen kazancın birbirinden farklı karakteristik özelliklerinin bulunması nedeniyle tek tek ele alındığında her birinin farklı bir gelir türü gibi nitelendirilmesi mümkündür. Öte yandan nitelendirme konusunda sosyal içerik üretici ile sosyal ağ sağlayıcı (medya) arasındaki hukukî ilişkinin ne olduğuna dikkat etmek gerekmektedir¹⁸. Sosyal içerik üretici 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun kapsamında *-internet ortamı üzerinden kullanıcılara bilgi ve belge üretimi sağlıyor olması itibarıyla- içerik sağlayıcıdır*¹⁹. Sosyal ağ sağlayıcılar ise, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten (gerçek veya tüzel) kişileri ifade etmekte ve bu özelliği ile *yer sağlayıcı* niteliğindedir²⁰. Başka bir deyişle sosyal içerik üretici bilgi veya veri üretmekte; sosyal ağ sağlayıcı ise üretilen bu bilgiyi veya veriyi barındıran sistemi (yeri) sağlamaktadır. Üçüncü kişilerden değişik şekil ve vesilelerle gelir elde etme amacına göre bir araya gelinen bu ilişkiyi Türk Borçlar Kanunu anlamında adi ortaklık olarak nitelendirmek gerekmektedir²¹. Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir (TBK m. 620). Sosyal içerik üreticisinin genel hatları ile emeğini ve kısmen mallarını; sosyal ağ sağlayıcının ise sermaye olarak içeriği barındıran sistemi ve mallarını gelir elde etme amacıyla birleştirdiği/bir araya getirdiği söylenebilir²².

¹⁸ Dayanak hukuk ilişkilerinin ticarî gelirin varlığının dayanağı olacağı hakkında bkz. Saban, Nihal; Vergi Hukuku, (Beta Yayıncılık), İstanbul, 2019, s. 207.

¹⁹ "Tanımlar

2- (1) Bu Kanunun uygulamasında; ...

f) İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri, ...

m) Yer sağlayıcı: Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek ve ya tüzel kişileri, ... ifade eder."

²⁰ Sosyal ağ sağlayıcıların, kapsamında kullanıcılar tarafından oluşturulan bir içeriğin geliştirilmesi, genişletilmesi, derecelendirilmesi, yorumlanması ve dağıtımında kullanıcılar arası işbirliği temeline katkıda bulunmasına olanak sağlayan katılımcı ağa bağlı platform olarak dijital ekonominin bir parçasını oluşturması hakkında bkz. Budak, s. 42. Ayrıca bkz. Artar, s. 20, 21.

²¹ Sosyal içerik üretici ile sosyal medya platformları arasındaki ilişkinin Borçlar Özel Hukuku yönüyle nitelendirilmesi konusunda görüş ve değerlendirmelerini benimle paylaşan, saygıdeğer hocam Doç. Dr. Nalan Kahveci'ye çok teşekkür ederim.

²² Nitekim YouTube ya da Instagram gibi sosyal medya platformları içerik üreticileri ile aralarındaki sözleşme ilişkisini iş ortaklığı ya da ortaklık programı olarak adlandırmaktadır.

Buradan hareketle vergilendirilebilir gelir açısından baktığımızda bir adi ortaklık ilişkisi içerisinde elde edilen kârı Gelir Vergisi Kanunu'nun 37'nci maddesinin 7'nci fıkrasındaki açık düzenleme gereğince “*şahsî ticarî kazanç*” olarak değerlendirmek zorunludur²³. Sosyal ağ sağlayıcı vasıtasıyla ticarî nitelikteki reklam kazancının paylaşımı konusunda bir duraksama yaşanmamaktadır. Diğer kazanç türlerinde ise, sosyal içerik sağlayıcının kazancını ağ sağlayıcı ile paylaşmıyor olması gelirin türü konusunda bir farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmez. Çünkü içerik üretici gelirini sosyal ağ sağlayıcının sağladığı imkânlar, izleyici kitlesi gibi unsurlar çerçevesinde elde etmektedir. Reklam veren veya aynı ya da nakdî menfaat sağlayan işletmeler sosyal ağ sağlayıcısının tüketici kitlesini göz önünde bulundurularak sosyal içerik üreticisini desteklemektedir²⁴. Dolayısıyla gelirin elde edilmesinde kurulan adi ortaklık ilişkisi doğrudan etkilidir ve gelir türünü değiştirici bir etki doğurmamaktadır.

Elde edilen gelir, sosyal medya platformu ile içinde bulunduğu hukukî ilişkiden bağımsız değerlendirildiğinde, sosyal içerik üreticisi açısından daha çok şahsî mesai harcanması sebebiyle serbest meslek kazancına da benzetilebilmektedir. Çünkü sosyal içerik üreticiliğini meslek edinen kişiler, bağımsız olarak (yani bir işverene bağımlı olmaksızın), sürekli ve kazanç elde etme amacıyla emek yoğun bir şekilde hareket etmektedir. Bu noktada faaliyetin icrasında verilen “nitelikli emek” serbest meslek kazancı olma yönündeki kanıyı güçlendirmektedir²⁵. Buna karşın kazancın adi ortaklık ilişkisi içerisinde elde edilen bir reklam geliri olması serbest meslek kazancı olarak değerlendirilmesine engel oluşturmaktadır.

²³ Ayrıca bkz. Öner E., s. 49; Oktar, s. 30; Taylar, s. 176.

²⁴ Nitekim tüketicilerin uygulama ve mobil cihazlardaki dijital içerik ve hizmetlerle daha fazla etkileşime giriyor olmaları nedeniyle, hangi uygulamaları kullandıklarının ve hangi web sayfalarını takip ettiklerinin reklam verenler tarafından sıkı takip altında olduğu hakkında bkz. Budak, s. 10. Ayrıca bkz. Ferhatoğlu, s. 223; Kılıçer/Peker, s. 168, 169.

²⁵ Nitelikli emek unsurunun yoğun olarak uygulanması sebebiyle, serbest meslek kazancının serbest olarak elde edilen diğer (ticarî ve zirai) kazançlardan ayrıldığı yönünde açıklamalar için bkz. Öncel, Muallâ / Kumrulu, Ahmet / Çağan, Nami / Göker, Cenker; Vergi Hukuku, 29. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara, 2020, s. 298, 299; Öner E., s. 86; Oktar, s. 86. Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü kapsamında elektronik ticarete serbest meslek kazancı ve ticarî kazanç tartışmaları hakkında bkz. Yaltı, s. 185 vd.

Ürettiği dijital içeriği bir sosyal medya platformu kullanmaksızın kendine ait web sitesi ya da uygulama üzerinde barındırıp işleten, yani hem içerik hem yer sağlayan pozisyonunda olan kişinin elde ettiği gelirin, serbest meslek kazancı olup olmayacağı tartışılabilir. Serbest meslek kazançları, ticarî kazançlarda olduğu gibi aslında emek ve sermayenin belirli oranlarda bir araya getirilmesi neticesinde elde edilen gelirlerdir. Somut olayın özelliğine göre bu durumda dijital içerik üretiminin bir an için serbest meslek kazancına benzetilebileceği düşünülebilir²⁶. Fakat bu durumda dahi elde edilen reklam gelirlerinin niteliği ticarîdir²⁷. Kaldı ki, bir gelir türü aynı anda ticarî kazanç ile başka bir gelir türünün özelliklerine de sahip olabilmektedir. Gelir Vergisi Kanunu'ndaki düzenlemeler doğrultusunda bu tür durumlarda, ilke olarak ticarî kazancın başka kazanç ya da iratlara önceliği olduğu belirtilmektedir²⁸.

Hukukî nitelik konusunda değinilmesi gereken bir diğer nokta, sosyal içerik üretiminin telif kazancı sayılıp sayılmayacağıdır. Dijital içerik üreticisinin hesabını bir sosyal medya ajansı vasıtasıyla yönetiyor olması ve ürettiği içeriği ajans üzerinden telif hakkı ödemesi olarak yayınlıyor

²⁶ Bu çerçevede hazırlanan bilgisayar, yazılım ve programlarının internet sitesi üzerinden yürütülen faaliyetin Gelir Vergisi Kanunu'nun 18'inci maddesinde tanımlanan serbest meslek kazancına ilişkin genel hükümlere göre gelir vergisine tabi tutularak istisna edilmesinin gerektiği hakkında bkz. Turan, s. 84, 85.

²⁷ Davacıya ait internet sitesi üzerinden yayınlanan reklamlardan dolayı yurtdışı mukimi... firması tarafından yapılan ödemelerin ticarî sayılabilmesi için gereken sermaye, sürekli yürütüldüğünün kabulü ile devamlılık ve gelir elde etme kastının bulunması unsurlarını ihtiva ettiğinden ticarî kazanç olarak kabul edilmesi hakkında bkz. D.Ş. 4. Dairesi'nin 19.10.2020 tarih ve E. 2016/10735; K.2020/3953 sayılı kararı, (Özel arşiv). (Söz konusu kararda ilk derece mahkemesi üniversite öğrencisi olan ve kendini geliştirmek için bilgisayar programcılığı ve web tasarımı üzerinde çalışmalar yapan davacının sermaye gücüne dayanmayıp kişisel emeğine ve ilmi bilgisine dayandığı ve ticari bir organizasyon dahilinde faaliyet göstermediği yaklaşımından hareketle ticarî kazanç sayılmayacağı yaklaşımından hareket etmektedir.) Yine Gelir İdaresi Başkanlığı da dijital içerik üretip yayınlama yoluyla elde edilen gelirin serbest meslek kazancı ya da arızî kazanç hükümlerine değil ticarî kazanç hükümlerine tâbi olması gerektiği görüşündedir. Dijital içeriğin yayımlandığı platformlar üzerinden reklam yapılarak veya izlenme sayısına göre kazanılan gelirler vergi idaresi tarafından "reklam geliri" olarak değerlendirilmekte ve ticarî kazanç olarak kabul edilmektedir. Aynı şekilde dijital içerik üreticisinin sponsor olarak da ifade edilebilecek başka işletmelerle anlaşarak ürettiği içerikte reklam yapması da reklam geliri olarak değerlendirilmektedir. Bkz. T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı Kayseri Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 13.11.2019 tarih ve 50426076-120[37-2019/20-727]-E. 129069 sayılı Özelgesi. Ayrıca bkz. Pekşen, s. 37.

²⁸ Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 268.

olması durumunda da gelirin niteliği serbest meslek kazancı olmaktadır (GVK. m. 18)²⁹.

Kanunen ticarî faaliyetin ya da serbest meslek faaliyetinin süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Faaliyetin devamlılık unsuru taşımadığı durumlarda arızî kazanç olarak değerlendirilebilmesi mümkündür³⁰. Arızî olarak yürütülen ticarî muamelelerin ve serbest meslek faaliyeti neticesinde elde edilen kazanç Gelir Vergisi Kanunu'nun 80 ve 82'nci maddeleri çerçevesinde, gelire giren diğer kazançlar arasında arızî kazanç olarak nitelendirilmektedir. Son olarak içerik üreten kişinin bir işyerine bağlı olarak, ürettiği içeriği yine işyerine ait sosyal medya hesabı üzerinden paylaşması durumunda ücret geliri formunda bir gelir elde edildiğinden bahsedilebilir³¹.

Ç. Dijital (Sosyal) İçerik Üreticisinin Gelir Vergisi Mükellefiyeti

1. Genel Olarak

Vergilendirilebilir bir gelirden bahsedebilmek için ortada bir kazancın olması; başka bir deyişle faaliyetin gerçekleştirilmesi ile bağlantılı olarak yapılan giderlerin kazançtan fazla olmaması gerekmektedir. Sosyal içerik üreticilerinin bu şekilde gelirlerinin faaliyeti gerçekleştirirken yaptıkları giderden fazla olmasının sonucu gelir vergisinin ödenmesidir³².

Sosyal içerik üreticilerinin gelir vergisi mükellefiyetini, zaman bakımından iki ayrı dönem itibariyle incelemek gerekmektedir. Bu sebeple konu, 7338 sayılı kanun ile getirilen düzenlemenin yürürlük tarihi olan

²⁹ İçerik hizmetleri ile ilgili olarak telif hakları üzerinde bir tasarrufta bulunulup bulunulmadığına bakılması gerektiği hakkında bkz. Yaltı, s. 182.

³⁰ Pekşen, s. 37.

³¹ Yapılan tespitler hakkında bkz. Erdoğan, Hüsnü; "İnternet Reklam Hizmetleri ve İçerik Üreticilerinin Vergilendirilmesi", (<https://istanbulymmo.org.tr/Data/pdf/20210120.pdf>, E.T. 30.09.2021).

³² İnternet üzerinden reklam, satış ve pazarlama faaliyetleri bakımından kazanç ile gider arasında nedensellik bağının bulunması; giderin, kazancın elde edilmesinde zorunlu olarak doğması gerektiği hakkında bkz. Turan, s. 83.

1 Ocak 2022³³ öncesi ve sonrası dönem bakımından ayrı başlıklar altında irdelenmektedir. Çünkü konu hakkında bir düzenleme mevcut bulunsa dahi bu düzenlemenin yürürlüğünden önceki dönem bakımından eski düzenlemeler çerçevesinde, tarh zamanaşımı süresi içerisinde vergilendirme işlemlerinin yapılabilmesi mümkündür.

2. 7338 Sayılı Kanun Öncesi Durum

Gelir Vergisi Kanunu'na 20/B maddesinin eklenmesinden önceki dönem bakımından sosyal içerik üreticilerinin gelirlerinin genel olarak ticarî kazanç olarak kabul edilmesi sebebiyle, bu şekilde gelir elde etmiş olan içerik üreticilerinin mükellefiyet kaydı açtırarak belge düzenine uyması ve Gelir Vergisi Kanunu'nun 85'inci maddesi çerçevesinde (ticarî) gelirini beyan etmesi gerekmektedir.

1 Ocak 2019 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, 476 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile yapılan düzenlemeler çerçevesinde, sosyal medya platformu/ağ sağlayıcı gerekse reklam veren işletmelerden reklam hizmeti karşılığında yapılan ödemelerden %15 oranında gelir vergisi kesintisi yapılması zorunlu hale getirilmiştir. Buna göre işleme taraf olan ve vergi kesintisi yapmakla yükümlü olan kişiler belirlenmekte, iş türü ve sektörler itibarıyla internet üzerinden reklam hizmetleri verilmesi ve buna aracılık edilmesi durumunda ödemenin yapıldığı kişinin mükellef kaydı olup olmadığına bakılmaksızın sanal reklam hizmetlerinden elde edilen gelirin kaynağa kesme yolu ile vergilendirileceği düzenlenmektedir³⁴. Bu anlamda reklam veren işletmeler (ya da sponsorlar) yaptıkları kesintiyi beyan ederken içerik üreticisinin bilgilerini de beyan etmektedir. Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde merkezi ya da temsilcisi bulunmayan kişilerden ya da sosyal ağ sağlayıcılar üzerinden (Örneğin Google Ireland Ltd. gibi) aktarılan reklam gelirinden alınan payın ise, içerik üreticisi tarafından beyan edilmesi gerekmektedir. Bu

³³ "Madde 62: Bu Kanunun; ...

...

b) 2 nci maddesi 1/1/2022 tarihinden itibaren elde edilen kazançlara uygulanmak üzere yayımı tarihinde, ... yürürlüğe girer" (7338 s.K.)

³⁴ Açıklamalar için bkz. Uslu, s. 63-65; Kılıçer/Peker, s. 169 vd.; Pekşen, s. 36.

dönem açısından vergi tutarı, artan oranlı gelir vergisi tarifesi (esas tarife) üzerinden hesaplanmakta, içerik üreticisi tarafından verilen beyannameye göre hesaplanan vergiden, kesinti yoluyla ödenmiş olan vergiler mahsup edilerek ödenmesi gereken nihaî vergi tutarına ulaşılmaktadır³⁵. Bununla birlikte söz konusu düzenleme ile getirilen düzenleme verginin kanuniliği bakımından ilkesi bakımından tartışmalıdır. Vergi sorumluluğunun ve vergi mükellefiyetinin kanunla düzenlenmiş olması gerekmektedir. Cumhurbaşkanı kararıyla bir sorumluluk ya da yükümlülük getirilmesinin vergilerin kanuniliği ilkesine aykırı olduğuna işaret edilmektedir³⁶.

7338 sayılı kanun öncesindeki dönem bakımından Gelir Vergisi Kanunu Mükerrer Madde 20’de düzenlenen genç girişimci istisnasının, şartların varlığı halinde uygulanabilmesi mümkündür. Bununla birlikte içerik üreticisi genç girişimci istisnasından yararlanmış olsa bile kendisine yapılan ödemelerden %15 kesintiye muhatap olacağı için kesinti yoluyla ödenen vergiler diğer gelir vergisi istisnası uygulamalarında olduğu gibi nihaî vergiye dönüşecektir³⁷.

3. 7338 Sayılı Kanun Sonrası Durum

7338 sayılı kanun ile getirilen düzenlemede sosyal içerik üreticiliği ile mobil cihazlar için uygulama geliştiriciliği konusunda, Gelir Vergisi Kanunu’na eklenen “Mükerrer Madde 20/B” ile 1 Ocak 2022 tarihinden itibaren elde edilen kazançlara uygulanmak üzere bir istisna getirilmektedir. Bu istisnadan faydalanılabilmesi için Türkiye’de kurulu bankalarda bir hesap açılması ve bu faaliyetlere ilişkin tüm hasılatın münhasıran bu hesap aracılığıyla tahsil edilmesi gerekmektedir. Gelir Vergisi Kanunu’nda kabul edilen diğer pek çok istisnada olduğu gibi

³⁵ Erdoğan, (https://istanbulymmo.org.tr/Data/pdf/20210120.pdf, E.T. 30.09.2021).

³⁶ İlgili açıklamalar ve buna karşın Katma Değer Vergisinin 9’uncu maddesinde yer alan düzenlemenin verdiği yetki çerçevesinde, internet ortamında reklam verenlere, katma değer vergisi kesintisi yapma yükümlülüğü getirilmesinin kanunilik ilkesi bakımından sorun teşkil etmediği hakkında bkz. Artun, s. 488 ve 492. Buna karşın söz konusu düzenleme vergi güvenliğinin sağlanması bakımından önemli bir gelişme olarak görülmesi hakkında bkz. Demirel/Arslaner, s. 37.

³⁷ Erdoğan, (https://istanbulymmo.org.tr/Data/pdf/20210120.pdf, E.T. 30.09.2021).

sosyal içerik üretimi bakımından da tevkifat uygulaması kabul edilmektedir. Gelirin münhasıran tahsil edildiği bankalar, bu kapsamda açılan hesaplara aktarılan hâsılat tutarı üzerinden, aktarım tarihi itibarıyla %15 oranında gelir vergisi tevkifatı yapmak ve Gelir Vergisi Kanunu'nun 98 ve 119'uncu maddelerindeki esaslar çerçevesinde beyan edip ödemekle yükümlüdür. Her ne kadar istisna hali söz konusu ise de bankalarca ke-sinti yoluyla ödenen vergiler kanunî sınırın altındaki kazançlar bakımın-dan nihaî vergiye dönüşmektedir.

Sosyal içerik üreticisi 2021 yılı için 650.000-TL sınırına kadar ka-zançları dolayısıyla dolaylı olarak maddî vergi ödevini yerine getirmek zorunda ise de, beyanda bulunma ödevini yerine getirmekten kurtul-muş olmaktadır. Sınırın aşıp aşılmadığı ilgili takvim yılının sonu itiba-ryıyla belirlenecek ve 20/B maddesi kapsamında elde edilen kazançlar toplamının istisna sınırını aşması halinde, kazançların tamamı yıllık ge-lir vergisi beyannamesi ile sosyal içerik üreticisi tarafından beyan edi-lecektir. İstisnadan faydalanıp faydalanılmayacağı yılsonu itibarıyla belirleneceğinden, istisnadan faydalanamayan mükelleflerin geçici vergi beyannamesi verme yükümlülükleri de olmayacaktır. Ayrıca bu miktara kadar elde edilen kazançları sebebiyle artan oranlı tarifeye tâbi olunma-makta; vergilendirme tek oran üzerinden gerçekleştirilmektedir. Kazan-cının devamlı veya bir defaya mahsus (arızı) nitelikte olmasının istisna bakımından ya da bankaların uygulayacağı tevkifat bakımından herhan-gi bir önemi bulunmamaktadır. İstisnaya tâbi olmak bakımından şartla-rın sağlanmadığının tespiti halinde eksik tahakkuk eden vergi, vergi zıyaı cezası ve gecikme faizi ile tahsil edilecektir (GVK mük. m. 20/B-6).

D. Ara Değerlendirme

Gelir Vergisi Kanunu'nun 20/B maddesi ile getirilen düzenleme ile aynı kanunun 18'inci maddesinde yer alan telif kazançları istisnasına benzer bir şablon getirildiği görülmektedir. Sosyal içerik üreticisinin ka-zanç toplamının gelir vergisinin 4'üncü dilimine kadar istisna tutulma-sı, verginin tevkifat yoluyla ödenmesi ve mükellefin beyanda bulunma ödevinden de kurtarılıyor olması vergilendirmenin usûl yönünden ko-

lay ve ekonomik, tahsilatın da güvenli yapılmasına hizmet etmektedir. Bununla birlikte konu anayasal vergilendirme ilkeleri yönünden eleştiriyeye açıktır.

Sosyal ağlar vasıtasıyla gelir elde edilmesinin, artan oranlı tarifeye tâbi tutulan diğer gelir türlerinden farklı bir şekilde ve tek oranlı vergilendiriliyor olmasının haklı gerekçelerle temellendirilebilmesi gerekmektedir. Diğer gelir türleri bakımından kural olarak artan oranlı tarifenin uygulanması söz konusu iken, tarifenin 4'üncü dilimine kadar elde ettikleri kazançlar yönünden istisna getirilen sosyal içerik üreticileri, stopaj yoluyla %15 üzerinden tek oranlı bir şekilde vergilendirilmektedir. Öte yandan malî güce göre vergilendirme ilkesinin ve vergilendirmede eşitliğin sağlanabilmesi için malî güç göstergelerinden biri olan gelir unsurunu elde eden kişilerin aynı oranda vergilendirilmesi gerekmektedir. Bu bakış açısıyla getirilen istisna düzenlemesi, sosyal içerik üreticiler açısından bir vergi avantajı olarak değerlendirilebilir. Ancak böyle bir avantajın sağlanmasının Anayasa'ya uygun olma yönünden haklı bir gerekçesinin olmadığı düşünülmektedir. Buna karşın vergi oranı düşük tutarak vergiye gönüllü uyumunu arttırma amacına hizmet edildiği argümanı da ileri sürülebilir. Bu sayede sosyal içerik üreticiliğini meslek edinmek isteyen kitle bazında vergi bilincinin artacağı düşünülebilir.

Toplam gelirin, IV' üncü gelir vergisi dilimine kadar olan tutarı bakımından istisna sayılması ve bu tutarın 1 TL dahi aşılması durumunda maddi ve şekli vergi ödevinin mahiyetinin değişecek olması da konunun vergi adaleti bakımından tartışılması gereken değişik bir yönünü oluşturmaktadır. Bu tutara kadar gelir elde edenler vergisini kesinti yoluyla dolaylı olarak tek oran üzerinden ödemiş bulunurlarken tutarın aşılması halinde hem beyanda bulunma zorunluluğu, hem de artan oranlı tarife üzerinden gelir vergisinin ödenme mecburiyeti baş göstermektedir. Bu bakımdan sosyal içerik üreticileri arasındaki adaletin sağlanması bakımından olması gereken, istisna sınırının tüm mükellefler bakımından muhafaza edilmesi, istisna sınırını aşan gelirler bakımından beyanda bulunma ve genel tarifeye tabi tutulma yönünde düzenleme yapılmasıdır³⁸.

³⁸ Telif kazançları istisnası bakımından aynı yönde getirilen eleştiri için bkz. Doğrusöz, Bumin; "Telif Kazançları ve Yükümlülükler", (<https://www.dunya.com/kose-yazisi/telif-kazanclari-ve-yukumlulukler/476335> , E.T. 29.10.2021).

Aksi takdirde vergilendirmede eşitlik ilkesinin zedelenmesinin yanı sıra, geliri istisna sınırına yakın olan içerik üreticilerinin, gider gösterme çabasına girme, vergi matrahını azaltıcı faaliyetlere yönelme ve vergiden kaçınma yönünde karşılık verilmesi sorunu gündeme gelebilecektir.

III. DİJİTAL İÇERİK ÜRETİMİNDE FAALİYETİN GERÇEKLEŞTİRİLDİĞİ YER VE İŞYERİNİN TESBİTİ

A. Genel Olarak

Sosyal içerik üretiminin gerçekleştirildiği yer gelir vergilendirmesi açısından ayrı bir önemi haizdir. Sonucunda elde edilen geliri ticarî kazanç olarak değerlendirdiğimizde işyerinin tespiti, vergilendirmeyi ve bununla bağlantılı olarak vergi denetimini gerçekleştirecek vergi dairesinin belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır³⁹. Dijital ortamda gerçekleştirilen faaliyetler neticesinde elde edilen kazançlar konusunda hangi devletin vergilendirme yetkisine sahip olduğu noktasında bir belirlilik ya da görüş birliği bulunmamaktadır⁴⁰. Sosyal içerik üretimi faaliyetinin gerçekleştirildiği yer esasen hangi ülkenin vergilendirme yetkisinin doğacağını da belirlemektedir. Bu başlık altında önce işyeri kavramı; daha sonra dar mükellefiyet ve çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları çerçevesinde işyeri konusu ele alınmaktadır.

B. Dijital İçerik Üretiminde İşyeri

Yazılım ve elektronik verilerden oluşan sosyal medya platformlarının maddî bir varlık oluşturmaması sebebiyle dijital içerik üreticisi açısından işyeri olarak nitelendirilebilmesi konusunda tereddütler bulunmaktadır. Çünkü Vergi Usul Kanunu'nun 156'ncı maddesinde işyeri "*Ticari, sınai, zirai ve mesleki faaliyette iş yeri; mağaza, yazıhane, idarehane, muayenehane, imalathane, şube, depo, otel, kahvehane, eğlen-*

³⁹ Konu hakkında açıklamalar için bkz. Çavdar, Fatih; "Elektronik Ticaretin Vergi Denetimi Üzerindeki Etkileri", (Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, C. 9, S. 1, 2017, ss. 13-27 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/440074>, E.T. 30.09.2021), s. 14.

⁴⁰ "Sabit bir işyerinin olmayışı" konusunun dijital ekonominin vergilendirilmesi konusunda güçlüklerle sebebiyet vermesi hakkında bkz. Durdu, s. 473 vd.; Demirel/Arslaner, s. 29 vd.

ce ve spor yerleri, tarla, bağ, bahçe, çiftlik, hayvancılık tesisleri, dalyan ve voli mahalleri, madenler, taş ocakları, inşaat şantiyeleri, vapur büfeleri gibi ticari, sınai zirai veya mesleki bir faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yerdir” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu maddede yer alan klasik/fizikî anlamda işyeri tanımının genel olarak dijital içerik üretim faaliyetlerinde işyerini belirleme bakımından yeterli olmadığı ileri sürülmektedir⁴¹. Öte yandan tanımda “gibi” edatının kullanılması düzenlemenin genişletici yoruma tabi tutulabileceği şeklinde yorumlanmakta; kanun koyucu tarafından bilinçli şekilde faaliyetin icrasına tahsis edilen yahut faaliyette kullanılan yerin işyeri sayılabileceği düşünülmektedir. Nitekim Danıştay da Google (Adsense) gelirlerinin niteliğini irdelediği kararında bu yaklaşımı benimsemektedir⁴². Aynı şekilde gelir getirici faaliyetler bakımından işyerinin belirlenmesi konusunda işyerinin muhakkak fizikî varlığının aranmadığı, faaliyetin icra edildiği ya da icrasına tahsis edil yerin işyeri olarak değerlendirilebileceği anlayışı hakimdir. Bu yaklaşımla bağlantılı olarak faaliyetin sürdürüldüğü yerin işyeri özelliğini taşıyabilmesi için sosyal içerik üretimine elverişli olması yeterli sayılacaktır. Bu bakımdan sosyal içeriğin üretildiği yer, içeriği sosyal ağlara yükleyen bilgisayar ve internet ortamı işyeri olarak kabul edilmelidir. Sayılan unsurların hepsinin aynı yerde buluşması gelir vergisinde tam mükellefiyet durumu ve vergilendirme bakımından sorun teşkil etmemektedir. Görüldüğü üzere, yerel düzeyde işyeri tanımı coğrafi veya fizikî temelde aranmamakta; tam mükellefiyet esasında ticarî faaliyetlerin tespitinde işe başlama sayılan emareler vergi matrahını kavramayı kolaylaştırmakta ve sorun alanını daraltmaktadır⁴³. Bununla birlikte içerik üreticisinin ikametinin farklı bir ülkede olması durumunda

⁴¹ Erdoğmuş, (<https://istanbulymmo.org.tr/Data/pdf/20210120.pdf>, E.T. 30.09.2021).

⁴² Dş. 4. D. 19.10.2020 tarih ve E. 2016/10735; K. 2020/3953 sayılı kararı (Özel Arşiv). Danıştay’ın işyeri konusundaki yaklaşımının eleştirisi için bkz. Rençber, Altan; Uluslararası Gelişmeler Işığında Vergi Hukukunda İşyeri, (Filiz Kitabevi), İstanbul, 2021, s. 317.

⁴³ Çolak, Mustafa; Elektronik Vergileme Hukuku, (Seçkin Yayıncılık), Ankara, 2020, s. 118. Ayrıca vergi dairelerinin iş alanları bakımından işyeri gerekli olmayan faaliyetleri yürütenlerin Vergi Usul Kanunu İç Genelgesi Sıra No: 2002/3 kapsamında ikametgâhlarının işyeri olarak kabul görülüp mükellefiyet kaydının yapılması gerektiği hakkında bkz. Turan, s. 82.

ve/veya bu unsurların farklı yerlerde tecelli etmesi dar mükellefiyet durumunu ilgilendirmekte ve ayrıca uluslararası vergi hukukunun konusunu oluşturmaktadır⁴⁴.

C. Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Çerçevesinde Dijital (Sosyal) İçerik Üreticiliği

Uluslararası vergi hukukunda gelir unsurlarının kaynak ülkede ve mukim ülkede vergilendirme yetkisi, gelir türleri itibariyle farklı şekillerde belirlenmektedir. Bu bakımdan dijital içerik üretim faaliyeti neticesinde elde edilen ticarî kazançların, kaynak ülke ve mukim ülkede ne şekilde vergilendirileceği vergi ve dış ticaret politikalarının da konusunu oluşturmaktadır⁴⁵.

Taraf olunan çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında ticarî kazançları vergilendirme hakkının/yetkisinin ticarî gelire kaynaklık eden ülkeye ait olması noktasında işyeri prensibinin uygulanmasını kabul etmekte; bu işyeri de genellikle sabit bir yer olarak tanımlanmaktadır⁴⁶. İşyeri kavramı, kaynak devletin, ülkesinde gerçekleştirilen ve yabancı teşebbüslerce elde edilen ticarî kazançların vergilendirilebilmesi için en önemli koşuldur⁴⁷. Dijital ekonominin fiziki bağımlılığı ortadan kaldırması, sosyal içerik üreticisinin gelir getirici faaliyette bulunurken fizikî bir işyerine ihtiyaç duymaması, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında ticarî kazançlar bakımından benimsenen daimî işyeri kuralını (ne-

⁴⁴ Çolak, s. 329.

⁴⁵ Bkz. Ekmekçi, Esra; Küreselleşme ve Vergilendirmede Yeni Eğilimler, (Kazancı Yayınları), İstanbul, 2001, s. 103, 104; Uslu, s. 37; Çolak, s. 75, 112. Ticarî faaliyetler bağlamında vergilendirme yetkisine ilişkin ayrıca bkz. Yılmaz, Öznur; Ticari Faaliyetler Bağlamında Çifte Vergilendirme, (Legal Yayıncılık), Ankara, 2019, s. 14, 15.

⁴⁶ Artar, s. 85; Çolak, s. 85.; Akçaoğlu, Ertuğrul; "BEPS Eylem 7: İşyeri Statüsünden Yapay Yollarla Kaçınmanın Önlenmesi", [Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kâr Kaydırma, (Editör, Prof. Dr. Billur Yaltı), (Beta Yayıncılık), İstanbul, 2018, ss.327-347], s. 330; Durdu, s. 474. Ayrıca web sitesinin maddî bir varlık olmadığı hakkında bkz. Öner, Cihat; Vergi Hukukunda İşyeri, (İmaj Yayınevi), Ankara, 2016, s. 227.

⁴⁷ Öner C., s. 12. Kabul edilebilir fizikî bir işyerinin varlığı halinde ise, devletin sadece işyerine atfedilebilen kazançlar üzerine vergi salma hakkının doğabileceği hakkında bkz. Öner C., s. 52; Akçaoğlu, 329.

xus) işlevsiz bırakabilmektedir⁴⁸. Sosyal içerik üreticisinin sınırlar arası hareketliliği de isteyerek ya da istemeden işyerinin gizlenmesine neden olabilmektedir. Bu durum ticarî kazançların vergilendirilmesi konusunda bağlama noktasını kurmak bakımından güçlülere neden olmaktadır⁴⁹. Bu noktada gelirin elde edildiği ülkede vergilendirme hakkının doğup doğmadığının nasıl tespit edileceği hususu belirsizdir⁵⁰. Tamamı elektronik kanallar üzerinden sonuçlanan ticarî faaliyetler bakımından işyeri konusundaki tartışmalar uluslararası alanda devam etmektedir⁵¹. Bu bakımdan bu çalışma kapsamında bu soruya cevap verebilmek mümkün değildir.

Gelir Vergisi Kanunu kapsamında elde edilen kazançların tam ve dar mükellef ayrımı çerçevesinde vergiye tabi olup olmadığının belirlenmesi prensibi kabul edilmektedir⁵². Tam mükellef statüsünde olan bir dijital hizmet üreticisinin faaliyetini Türkiye'nin çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasının olmadığı bir ülkede gerçekleştirmesi sonucunda şahsî gelir vergisi ödenmesi halinde bu vergilerin kanunda belirtilen şekilde tevsik edilmesi şartıyla beyanname üzerinden hesaplanan vergiden mahsubu söz konusu olabilmektedir (GVK m. 123)⁵³.

⁴⁸ Uslu, s. 34. Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları kapsamında işyerinin bulunduğu devletin vergilendirme yetkisi hakkında ayrıca bkz. Işık, Uluslararası Vergilendirme, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul, 2014, s. 133.

⁴⁹ Bkz. Uslu, s. 34. Dijital ekonomide doğrudan vergiler açısından bağ kurulacak yerin sorun teşkil etmesi hakkında ayrıca bkz. Artar, s. 83; Çolak, s. 76, 81; Ferhatoğlu, s. 216, 218; Kılıçer/Peker, s. 55, 56; Rençber, s. 332.

⁵⁰ Devletlerin vergilendirme yetkisinin belirlenmesinde mevcut kuralların yetersizliği; hakkında bkz. Artar, s. 83, 85; Çolak, s. 76; Demirel/Arslaner, s. 31.

⁵¹ Sanal ortam ve işyeri tartışmaları hakkında bkz. Ekmekçi, s. 104. Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Teşkilatı ve Birleşmiş Milletler düzeyinde tartışmaların devam ettiği; gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler bakımından kesin, bağlayıcı ve adil bir sistem üzerinde varılacak çözüm konusunda beklentinin mevcudiyetini koruduğu hakkında yönelik açıklamalar için bkz. Çolak, s. 118, 119, 310. Ayrıca bkz. Yaltı, s. 142, 143. Daimi işyerine ilişkin yapılan çalışmalar ve dijital ekonomi bakımından varılan sonuçlara ilişkin açıklamalar hakkında bkz. Yılmaz, s. 109-117; Kılıçer/Peker, s. 80 vd. Rençber, s. 322 vd.

⁵² Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 258; Karakoç, Yusuf; Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara, 2014, s. 134; Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 10; Öner E., s. 44 vd.; Oktar, s. 8; Saban, s. 186.

⁵³ Ayrıca bkz. Turan, s. 83.

Dijital reklam geliri elde eden dar mükelleflerin Türkiye’de elde ettikleri reklam gelirleri bakımından da ulusal ve uluslararası vergi hukukunda ticarî kazançların vergilendirilmesi ve işyeri kavramına ilişkin hükümleri hassasiyetle göz önünde bulundurmak gerekmektedir⁵⁴. İkametgâh ilkesinin sağlanamadığı dar mükellefiyete tâbi kişilerin ticarî kazançları bakımından benimsenen kaynak ilkesi gereğince, kazanç sahibinin Türkiye’de işyerinin olması veya daimî temsilci bulundurması ve kazancın bu yerlerde veya bu temsilciler vasıtası ile sağlanması şartı aranmaktadır (GVK m. 7)⁵⁵. Bu anlamda kazanç sahibinin işyerinin Vergi Usul Kanunu’nun 156’ncı maddesinde yer verilen bir işyeri niteliğinde olması OECD Model Vergi Anlaşmasındaki daimî işyeri (*fixed place of business*) tanımı ile uyumlu olması gerekmektedir⁵⁶. Bu nedenle dar mükellef statüsünde olabilecek kişilerin, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları hükümlerine dayanarak sanal ortamda verilen hizmetlerin bir işyeri üzerinden verilmediği ya da atfedilebilir kârın Türkiye’de gerçekleşmediğini iddia edebilme ihtimali⁵⁷ bir risk olarak mevcudiyetini korumaktadır.

IV. SOSYAL İÇERİK ÜRETİMİNDE KATMA DEĞER VERGİSİ

A. Genel Olarak

Tüketime dayalı alınan bir dolaylı vergi türü olarak katma değer vergisi, ülkelerin vergi gelirleri içerisinde en önemli kaynaklardan birini oluşturmaktadır. Katma Değer Vergisi Kanunu’na göre verginin konusunu mal ve hizmetler oluşturmaktadır. Bir kişinin Türkiye’de ticarî, ziraî, sınaî veya meslekî faaliyet çerçevesinde yaptığı mal teslimleri, hiz-

⁵⁴ Uslu, s. 87.

⁵⁵ (Bu şartları haiz olsalar dahi iş merkezi Türkiye’de bulunmayanlardan, ihraç edilmek üzere Türkiye’de satın aldıkları veya imal ettikleri malları Türkiye’de satmaksızın yabancı memleketlere gönderenlerin bu işlerden doğan kazançları Türkiye’de elde edilmiş sayılmaz.) GVK. m. 7/1-1. Ayrıca bkz. Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 264; Karakoç, s. 134, 135; Öner E., s. 75; Saban, s. 283.

⁵⁶ Bu anlamda tam mükellefiyet bakımından yeter ki görülen işe başlama emarelerinin dar mükellefiyet bakımından geçici bir süreç olduğu, ana hedefin “vergi kanunlarının mantığını oluşturan sabit bir işyerine sahip olunması” olduğu yönünde açıklamalar için bkz. Çolak, s. 113. Ayrıca bkz. Işık, s. 131, 132; Yılmaz, s. 146; Çavdar, s. 17.

⁵⁷ Uslu, s. 87, 88.

met ifaları ile her türlü mal veya hizmet ithalatı durumunda katma değer vergisi borcu doğmakta, bu teslimi gerçekleştiren veya hizmeti yerine getiren kişiye vergi borcu isnad edilmektedir⁵⁸. Sosyal içerik üretimi, başlı başına katma değer yaratan bir faaliyettir ve Katma Değer Vergisi Kanunu anlamında bir hizmet sayılabilecek niteliktedir⁵⁹.

Katma değer vergisi, mal ve hizmet teslimlerinde doğmakla birlikte; bağlama noktası, kural olarak malın tüketildiği ya da hizmetten faydalandığı yer olarak belirlenmektedir. Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde gerçekleştirilen reklam hizmetleri katma değer vergisine tabidir. Sosyal içerik üretimi söz konusu olduğunda ise, içerik üreticinin faaliyet göstermekte olduğu ülkenin ve sosyal ağ sağlayıcılara yüklenen içeriğin nerede tüketildiği önemli hale gelmektedir. Çünkü katma değer vergisi borcunun Türkiye’de ödenmesi için hizmetin Türkiye’de yapılması ya da hizmetten Türkiye’de faydalanılması gerekmektedir (KDVK. m. 6/b)⁶⁰. Nitekim dijital ekonomik faaliyetlerin katma değer vergisi açısından değerlendirilmesinde kabul edilen kural, tüketimin yapıldığı yer vergilendirme yetkisine sahip olduğudur⁶¹.

Sosyal içerik üretiminde katma değer vergisi borcunu gündeme getirebilecek iki ihtimal/durum bulunmaktadır. Bunlardan biri sosyal içerik üreticisinin sosyal ağ sağlayıcısı vasıtasıyla reklam hizmeti vermesi; diğeri ise sosyal ağ sağlayıcıyı aracı kılmadan-doğrudan- reklam hizmeti verdiği üçüncü kişiler/işletmelere reklam hizmeti vermesidir. Ancak bu noktada büyük sosyal medya platformlarının merkezinin yurtdışında bulunması ve bu nedenle içerik üreticilerinin ülkelerinde yalnız kalmış olmaları ya da sosyal ağ sağlayıcıların içerik üreticilerine katma değer vergisi ödenmiş bir reklam payı göndermeleri gibi hususlar katma değer

⁵⁸ Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 1’inci maddesinde düzenlenen konu unsuru ile 10’uncu maddesinde düzenlenen vergiyi doğuran olay kapsamında açıklamalar için bkz. Taylar, s. 201; Karakaya, s. 20, 23.

⁵⁹ Katma değer vergisi anlamında hizmet kavramı için bkz. Yaltı Soydan, Şişman, Gülden; Katma Değer Vergisinde Vergiyi Doğuran Olay, (Seçkin Yayınları), Ankara 2014, s. 232 vd. Şişman, Gülden; Katma Değer Vergisinde Vergiyi Doğuran Olay, (Seçkin Yayınları), Ankara 2014, s.150 vd.

⁶⁰ Pekşen, s. 34, 35; Ertaş, s. 135; Demirel/Arslaner, s. 40. Çevrimiçi ticarete hizmetten Türkiye’de faydalanılması kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. Yaltı, s. 235; Döner, s. 77-78 .

⁶¹ Tartışmalar için bkz. Ekmekçi, s. 109, 110. Durdu, s. 476.

vergisi uygulamasında belirsizliklere sebep olmaktadır. Söz konusu belirsizlik, ele alınan faaliyetin gelir vergisine paralel olarak 1.1.2022 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde katma değer vergisinden de istisna tutulmasına yönelik düzenleme⁶² ile iç hukuk açısından bir miktar giderilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte çalışmanın bu kısmında gerek -gelir vergisinde olduğu gibi- zamanaşımı süresi içinde geçmişe dönük vergilendirme söz konusu olabileceğinden gerekse sosyal içerik üreticilerin girdiği hukuki ilişkilerin nitelendirilmesi önem arz ettiğinden, bu iki durumun birbirinden ayrılarak ele alınması tercih edilmektedir.

B. Sosyal İçerik Üreticinin Sosyal Ağ Sağlayıcı ile İlişkisi Bakımından

Sosyal içerik üreticilerinin vergilendirilebilir ekonomik değerler elde ettikleri sosyal ağ sağlayıcı firmaların merkezî çoğunlukla yurtdışında bulunmaktadır. Aslında kendilerini birer reklam şirketi olarak nitelleyen sosyal ağ sağlayıcılar, sosyal içerik üreticisinin yüklemiş olduğu içeriği kullanmak suretiyle reklam hizmetlerini vermektedir. Elde edilen gelir sosyal içerik üreticisine katma değer vergisi ödenmiş bir şekilde gönderilebilmektedir. Örneğin Youtube üzerinden faaliyet gösteren içerik üreticiler bakımından Google, hizmetin üretilme/ hizmetten yararlanma yerinin Google Ireland Ltd.'in merkezinin bulunduğu İrlanda olduğunu kabul etmekte ve sosyal içerik üreticisine aslında katma değer vergisi ödenmiş bir reklam geliri payı göndermektedir. Bu uygulamanın dayanağını 2006/112/EC sayılı ve 28 Kasım 2006 tarihli Ortak Katma Değer Vergisi Sistemi Konsey Direktifi'nin 196'ncı maddesinde düzenlenen tersine vergilendirme (reverse charge) oluşturmaktadır⁶³. Başka

⁶² 7338 Sayılı Kanun

"MADDE 55 – 25/10/1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 17 nci maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan "basit usulde vergilendirilen" ibaresi "kazançları basit usulde tespit edilen" şeklinde değiştirilmiş ve bende "aynı Kanunun mükerrer 20/B maddesi kapsamında vergilendirilen kazançlara konu teslim ve hizmetler," ibaresi eklenmiştir."

⁶³ Tersine vergilendirme ilkesinin büyük sosyal medya platformları tarafından uygulandığı bilinmektedir. Nitekim Google, yönergesinde, "Ödemelerinizi yerel para biriminizde alabilmenize rağmen, tüm ödemeler, İrlanda yasaları çerçevesinde kurulan bir şirket olan Google Ireland tarafından, Google ile yaptığımız anlaşmanın şartlarına uygun olarak yapılır. Sağlanan hizmetler karşı tarafın ödemesine tabi olduğundan, 2006/112/EC Konsey Direktifi'nin 196. Maddesine göre KDV, alıcı şirket olan Google Ireland tarafından karşılanacaktır. Posta adresi İrlanda'da bulunan yayıncılar, Google'dan İrlanda'da

bir ifade ile sosyal içerik üretici katma değer vergisini aslında İrlanda'da ödemiş olmaktadır.

Gelir İdaresi ise, istisna düzenlemesi öncesinde hazırlanan içeriğin platforma yüklenmesi sebebiyle verilen hizmetin, söz konusu hizmetten Türkiye'de yararlanılıyor olması sebebiyle katma değer vergisine tabi olduğu; dolayısıyla içerik üreticinin Google Ireland Ltd. E-fatura düzenleyip katma değer vergisi ödemesi gerektiği yaklaşımından hareket etmekteydi⁶⁴. Ancak bu dönem açısından sosyal içerik üreticisine aktarılan reklam gelirinde katma değer vergisinin ödenip ödenmediği; ödeniyse ne kadarının ödendiğinin belirlenmiş olması önem arz etmektedir. Sosyal ağ sağlayıcıdan (analiz ekranlarından) içeriğin izlendiği yer gibi tüketime/faydalanmaya ilişkin bilgilerin alınabildiği durumlarda, içeriğin yurtiçinde izlenme sayısının genel izlenme sayısına oranına göre fatura edilerek katma değer vergisinin Türkiye'de ödenmesi iç hukuk normları açısından makul görülebilirdi⁶⁵. Nitekim içerik üreticinin gelir elde etmek üzere kullandığı platformun reklam gelirini katma değer vergisini ödemediği paylaşılmış olması durumunda bundan içerik üreticinin sorumlu olması gerekecektir⁶⁶.

Son olarak, sosyal içerik üreticisinin sosyal ağ sağlayıcı ile kurmuş olduğu adi ortaklık ilişkisinin katma değer vergisi yönünden gözden kaçırılan bir anlamı da bulunmaktadır. Çünkü adi ortaklık, katma de-

geçerli KDV'yi tahsil etme yükümlülüğü altında olabileceğinden, söz konusu kuralın tek istisnası bu yayıncılardır." şeklinde belirtmektedir. [<https://support.google.com/adsense/answer/142362?hl=tr> (E.T. 28.2.2023)]. 2006/112/EC sayılı ve 28 Kasım 2006 tarihli Ortak Katma Değer Vergisi Sistemi Konsey Direktifi'nin mahiyeti ve içeriği ve 196'ncı maddesi hakkında açıklamalar için bkz. Akdemir, s. 25 vd., 122.

⁶⁴ Açıklama ve örnekler için bkz. Pekşen, s. 35.

⁶⁵ OECD'nin reklamın muhatabı olan tüketicilerin bulunduğu ülkenin vergilendirme konusunda yetkili olması gerektiği; zaten sosyal medya sitelerinin reklamların hangi ülkede kaç kez görüntülediğini tespit edebildikleri yönünde görüşü hakkında 2018 tarihli Dijital Ekonominin Vergilendirilmesinde Karşılaşılan Güçlükler (OECD, Tax Challenges Arising from Digitalisation –Interim Report 2018, <https://www.oecd.org/ctp/tax-challenges-arising-from-digitalisation-interim-report-9789264293083-en.htm> , E.T. 28.2.2023) konusunda hazırlanan ara rapora istinaden açıklamalar için bkz. Durdu, s. 480. Ayrıca "internet protokolü coğrafi konumlama" teknolojisi sayesinde işlemlerin hangi ülkede gerçekleştiğinin tespitinin imkan dâhilinde olmasına ilişkin bkz. Döner, s. 27.

⁶⁶ Pekşen, s. 35.

ğer vergisi açısından ayrı bir ekonomik birim olarak kabul edilmekte ve ortaklarından bağımsız olarak mükellef sayılmaktadır⁶⁷. Ancak büyük sosyal ağ sağlayıcıların vergilendirme işlemine muhatap olacak şekilde Türkiye’de temsilci bulundurmadığı durumlarda, içerik üreticiler vergi idaresi karşısında tek başına hareket etmek durumunda kalmışlardır. Neticede faaliyetin katma değer vergisi yönünden istisna kapsamına alınması, bu sorunu acil yüzleşilmesi gereken bir sorun olmaktan çıkarılmıştır.

C. Sosyal İçerik Üreticinin Üçüncü Kişilere Verdiği Reklam Hizmeti Bakımından

Sosyal içerik üreticiler, sosyal ağ sağlayıcıdan bağımsız olarak üçüncü kişilerle doğrudan iletişime geçmek suretiyle reklam hizmeti verebilmektedir. Nitekim bu suretle aynî ya da nakdî ödemeler alabildikleri, elde ettikleri gelir türleri arasında değerlendirilmiştir. 1.1.2022 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde 7338 sayılı Kanun ile getirilen istisna hükümleri üçüncü kişilere verilen reklam hizmeti açısından da geçerli

⁶⁷ “7. Adi Ortaklıklarda Vergileme

KDV uygulamasında adi ortaklıklar, bağımsız işletme birimleri olarak ayrı vergi mükellefiyetine sahiptir. Buna göre; adi ortaklıklarca defter tutma, belge düzenleme, muhafaza ve ibraz gibi vergi ödevleri ile beyanname verme ve vergi ödeme gibi mükellefiyetlerinin ortaklarından ayrı olarak yerine getirilmesi, ortaklığın KDV ile ilgili hesaplarının, ortakların varsa şahsi işletmelerindeki işlemlerden ayrı yapılması gerekir.

Adi ortaklıklarda, ortaklığın sona ermesi sonucunu doğurmayan hisse devri işlemleri KDV’ye tabi değildir. Ortaklığın sona ermesi sonucunu doğuran devir işlemlerinde ise vergi uygulanır.

Buna göre bir adi ortaklıkta, ortaklardan biri veya birkaçının hisselerini diğer ortaklara veya üçüncü şahıslara devretmesi, bu şekilde ortaklıktan bazı ortakların ayrılması veya ortaklığa yeni ortakların alınması halinde, mevcut adi ortaklık, ortak sayısındaki değişiklik dışında aynen devam ediyorsa, bu hisse devri işlemlerinde vergi uygulanmaz.

Hisse devri işlemleri adi ortaklığın sona ermesi sonucunu doğuruyor veya ortaklık, ortakların kararı ile feshediliyorsa, bu devir işlemlerine vergi uygulanması gerekir. Vergi uygulaması aşağıdaki şekilde yapılır.

Ortaklardan biri veya birkaçının hisselerinin diğer ortak veya ortaklara devredilmesi suretiyle ortaklığın sona ermesi halinde; devralan ortak veya ortakların kendi hisseleri ile satın aldıkları hisseler dikkate alınmaksızın, ortaklıkça, devralan ortak veya ortaklara teslim edilen toplam mal bedeli üzerinden KDV hesaplanır. Ortaklık tarafından düzenlenecek olan faturada ayrıca gösterilecek olan bu vergi, ilgili dönem işlemleri ile birlikte adi ortaklığın son beyannamesine dahil edilerek beyan edilir. Devralan ortak veya ortaklar tarafından ise genel hükümler çerçevesinde indirim konusu yapılabilir.

KDV yönünden işletme bazında değerlendirilen adi ortaklıklarda, KDV beyanamesi ortaklık adına düzenlenir ve ortaklardan birisi tarafından imzalanmak suretiyle ilgili vergi dairesine verilir. Ortakların verginin ödenmesi bakımından müteselsil sorumluluk taşımaları nedeniyle, ortakların adı, soyadı, adresleri ve bağlı oldukları vergi dairelerini gösteren bir liste vergi dairesine verilir. Listede yer alan bilgilerde değişiklik olması halinde bu değişiklikler de vergi dairesine bildirilir.”(Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği)

dir. Ancak istisna dışında kalan dönem ve üçüncü kişiler açısından katma değer vergisi yükümlülüğünün ele alınması gerekmektedir.

Reklam hizmeti verilen işletmenin Türkiye’de bulunması durumunda kural olarak sosyal içerik üreticinin teslim ettiği hizmetle ilgili fatura kesmesi gerekmektedir. Reklamın yapıldığı kitlenin Türkiye’de bulunması, reklamın Türkçe olması ve Türkiye’ye özgü olması gibi durumlarda hizmetin Türkiye’de yapıldığından ya da Türkiye’de faydalandığından bahsedilebilir. Buna karşın reklam veren işletmenin yurtdışında mukim bir firma olması durumunda Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 11/1-a maddesinde yer alan *yurt dışındaki müşteriler için yapılan hizmetler* kapsamında değerlendirilebilecek ve buna göre vergiden istisna tutulması gerekecektir⁶⁸.

Sosyal içerik üreticinin hizmetin karşılığını “reklamını yaptığı ürüne sahip olma” örneğinde olduğu gibi bir mal teslimi veya diğer bir hizmet olarak alması halinde bunların her biri Katma Değer Vergisi Kanunu’na göre ayrı işlem olarak değerlendirilmekte, hizmet veya teslim hükümlerine göre ayrı ayrı vergilendirilmektedir (KDVK. m. 4/2)⁶⁹. Kuşkusuz bu husus reklam veren üçüncü kişi konumundaki işletmeyi ilgilendirmektedir. Ayrıca üçüncü kişilerin sosyal içerik üreticisiyle girdikleri hukukî ilişkinin reklam ya da sponsorluk sözleşmesi olmasına göre katma değer vergisi yönünden farklı sonuçları olabilmektedir. Bu durum sosyal içerik üreticisinden ziyade üçüncü kişi konumunda bulunan işletmelerin vergi planlamaları çerçevesinde göz önünde bulundurulması gereken bir husustur.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER

Sosyal içerik üretimi üzerinden gelir elde edilmesi ve bu gelirin vergilendirilmesi üzerine yapılan tartışmalar ulusal ve uluslararası vergi hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Gelişen teknolojinin, bununla

⁶⁸ Ayrıca bkz. Demirel/Arslaner, s. 41.

⁶⁹ Hizmet karşılığının mal ya da bir başka hizmet olması halinde katma değer vergisi için bkz. Şişman, s. 62, 63.

bağlantılı olarak yaşanacak uluslararası gelişmelerin ve akademik tartışmaların yakın bir gelecekte konuya farklı sonuçlar bağlaması kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla Türk Gelir Vergisi Mevzuatı açısından yeni düzenlemeler getirilmiş olsa da konu dinamizmini muhafaza etmektedir. Bu çalışma kapsamında ulaşılan sonuçlar da mevzu hukuk bakımından konunun yorumlanması; gelir vergisi ve kısmen katma değer vergisi objektifiyle günün fotoğrafının çekilmesi mahiyetindedir.

Sosyal içerik üretimi, dijital içerik üretiminin bir türünü oluşturmaktadır. Dijital platformlar, sosyal medya platformları için içerik üretimi; doğrudan bir web sitesinin oluşturulması ya da mobil cihazlar için uygulama geliştirilmesi gibi faaliyetler birer dijital içerik üretim faaliyetidir. Bu anlamda dijital içerik üretimi, sosyal ağ sağlayıcıları için içerik üretim faaliyetini aşan bir kapsama sahiptir.

Sosyal içerik üretimi vasıtasıyla değişik şekillerde gelir elde edilmesi mümkündür. Sosyal ağ sağlayıcısı, izleyiciler ve reklam veren işletmeler gelire kaynaklık etmektedir. Kazanılan gelir aynı ya da nakdi olabilmektedir. Her ne şekilde olursa olsun üretilen içeriğin bir sosyal ağ sağlayıcı üzerinden paylaşımı neticesinde elde edilen (reklam) gelir(i), bir adı ortaklık ilişkisi içerisinde ve bu ilişkinin sağladığı imkânlar dâhilinde elde edildiği için Gelir Vergisi Kanunu'ndaki açık düzenleme nedeniyle şahsî ticarî kazanç hükmündedir.

Gelir Vergisi Kanunu'na 7338 Sayılı Kanun ile getirilen 20/B maddesindeki düzenleme gereğince sosyal içerik üreticilerinin 4'üncü gelir vergisi dilimine kadar elde ettikleri gelirler gelir vergisinden; yine bu kapsamda vergilendirilen kazançlara konu teslim ve hizmetler katma değer vergisinden istisna tutulmaktadır. Gelirlerini tahsil ettikleri banka tarafından tevkifat yoluyla tek oran (%15) üzerinden kesilen gelir vergisi ise nihai vergiye dönüşmüş olmakta; mükellef gelir vergisi için beyanda bulunma ödevinden kurtarılmış bulunmaktadır. Bu tür bir vergi avantajı yaratılması diğer gelir türleri ile kıyaslandığında mali güce göre vergilendirme ilkesine ve vergilendirmede eşitlik ilkesine aykırılık taşımaktadır. Ayrıca istisna sınırının üstünde kalan gelirler bakımından esas

tarifeye göre işlem yapılması da vergi adaletinin sağlanmasından uzak olduğu gibi sosyal içerik üreticisinin matrahı azaltıcı faaliyetlere girişerek vergiden kaçınma yönünde tepkiler vermesine sebebiyet verebilecek bir uygulamadır.

Dijital ekonominin fiziki bağımlılığı ortadan kaldırması, sosyal içerik üreticisinin gelir getirici faaliyette bulunurken fizikî bir işyerine ihtiyaç duymaması, işyerinin tespiti ve vergilendirmenin hangi devlet tarafından gerçekleştirileceği konusunda belirsizliklere neden olabilmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde gelir getirici faaliyetlerin vergilendirilmesi bakımından işyerinin belirlenmesi konusunda işyerinin muhakkak fizikî varlığı aranmamakta; faaliyetin icra edildiği ya da icrasına tahsis edilen yer işyeri olarak değerlendirilebilmektedir.

Sosyal içerik faaliyeti bakımından uluslararası vergi hukukunda ticarî kazançların vergilendirilmesi ve işyeri kavramına ilişkin hükümleri hassasiyetle göz önünde bulundurmak gerekmektedir. İkametgâh ilkesinin sağlanamadığı dar mükellefiyete tâbi kişilerin ticarî kazançları bakımından benimsenen kaynak ilkesi gereğince, fiziki bir işyerine sahip olma zorunluluğu ve kazancın bizzat veya temsilciler vasıtasıyla elde edilmesi zorunludur. Bu anlamda işyerinin Vergi Usul Kanunu'nun 156'ncı maddesinde yer verilen bir işyeri niteliğinde olması OECD Model Vergi Anlaşmasındaki daimî işyeri tanımı ile uyumlu olması gerekmektedir. Bu uyumun sağlanamadığı durumlarda sosyal içerik üretimi vasıtasıyla elde edilen kazançların uluslararası vergi hukuku bakımından vergilendirilmesi, bir sorun olarak mevcudiyetini korumaktadır.

KAYNAKÇA

Akçaoğlu, Ertuğrul; “BEPS Eylem 7: İşyeri Statüsünden Yapay Yollarla Kaçınmanın Önlenmesi”, [Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kâr Kaydırma, (Editör, Prof. Dr. Billur Yaltı), (Beta Yayıncılık), İstanbul, 2018, ss.327-347].

Akdemir, Tuğçe; Katma Değer Vergisinde Reverse Charge-Tersine Vergilendirme Mekanizması: Avrupa Birliği ile Türkiye Üzerine Karşılaştırmalı Analiz, (On İki Levha Yayınları), İstanbul 2019.

Artun, Emine Sevcan; “İnternet Ortamında Reklam Verenlerin Vergi Kesintisi Yapma Yükümlülükleri”, [Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, (Adalet Yayınevi), Ankara, 2021, ss. 475-494].

Budak, Tamer; Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul, 2018.

Çavdar, Fatih; “Elektronik Ticaretin Vergi Denetimi Üzerindeki Etkileri”, (Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, C. 9, S. 1, 2017, ss. 13-27 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/440074> , E.T. 30.09.2021).

Çolak, Mustafa; Elektronik Vergileme Hukuku, (Seçkin Yayıncılık), Ankara, 2020.

Demirel, Şeyma/ Arslaner, Hakan; “Türkiye’de İnternet Reklamcılığının Vergisel Boyutu”, (Maliye Çalışmaları Dergisi, Y. 2021, S. 65, ss. 25-48].

Doğan, Cihan; Rekabet Hukuku ve İktisadı Bağlamında Dijital Platformlar, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2021.

Doğrusöz, Bumin; “Telif Kazançları ve Yükümlülükler”, (<https://www.dunya.com/kose-yazisi/telif-kazanclari-ve-yukumlulukler/476335>, E.T. 29.10.2021).

Döner, Buğra Vehbi; Doğrudan E-ticarette Katma Değer Vergisinin Sınır Ötesi Uygulaması (Çevrimiçi Ticarette Katma Değer Vergisi Uygulaması), (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2022.

Duran, Kübra Nur/ Yeniceler, İrem; “Gelenekselden Yeni Medyaya Geçiş Sürecinde İçerik Üretimi Sürecinin Dönüşümü: Cüneyt Özdemir Youtube Kanalı”, (Yeni Medya Elektronik Dergisi, Y. 2019, C. 3, S.3, ss. 200-212).

Durdu, Muhammet; “Türkiye’de Sosyal Medya İşletmelerinin Vergilendirilmesi”, [İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, S. 10(2), ss. 470-488].

Ekmekçi, Esra; Küreselleşme ve Vergilendirmede Yeni Eğilimler, (Kazancı Yayınları), İstanbul, 2001.

Erdoğan, Hüsnü; “İnternet Reklam Hizmetleri ve İçerik Üreticilerinin Vergilendirilmesi” (<https://istanbulymmo.org.tr/Data/pdf/20210120.pdf>, E.T. 30.09.2021).

Ertaş, Bilal Levent; “Dijital Ekonomide Yurt Dışından Alınan Hizmetler Bakımından KDV Mevzuatındaki Sorunlar”, (Vergi Raporu, S. 2019, 2017, ss. 131-140).

Ferhatoğlu, Emrah; “BEPS Eylem 1: Dijital Ekonomi”, [Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kâr Kaydırma (Editör, Prof. Dr. Billur Yaltı), (Beta Yayıncılık), İstanbul, 2018, ss.211-228].

Gök, Özgecan; “Dijital İçerik Üreticilerin Gelir Vergisi Karşısında Konumu”, [Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, (Adalet Yayınevi), Ankara, 2021, ss. 537-558].

Işık, Hüseyin; Uluslararası Vergilendirme, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul, 2014.

Kaneti, Selim/ Ekmekçi, Esra/ Güneş, Gülsen/ Kaşıkçı, Mahmut, Vergi Hukuku, (Filiz Kitabevi), İstanbul, 2019.

Karakaya, Süheyl; Tüketicie Doğrudan Sunulan Dijital Hizmetlerin KDV Açısından Vergilendirilmesi, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2021.

Karakoç, Yusuf; Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara, 2014.

Kılıçer, Erkan/ Peker, İmren; Dijital ekonomide Vergilendirme –Örnek Ülke Uygulamaları-, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2020.

Oktar, S. Ateş; Türk Vergi Sistemi, (Türkmen Kitabevi), İstanbul 2016.

Öncel, Muallâ/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami/ Göker, Cenker; Vergi Hukuku, 29. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara, 2020.

Öner, Cihat; Vergi Hukukunda İşyeri, (İmaj Yayınevi), Ankara 2016.

Öner, Erdoğan; Türk Vergi Sistemi, (Seçkin Yayıncılık), Ankara, 2017.

Pekşen, Fatih; “Dijital Tanıtım ve Pazarlamada Sosyal Medyanın Rolü ve Vergilendirilmesi”, [Bilişim Çağında Vergi Hukuku, (Editörler: Dr. Mustafa Göktuğ Kaya, Prof. Dr. Ersan Öz), (Ekin Yayınevi), Bursa, 2020, ss. 23-78].

Rençber, Altan; Uluslararası Gelişmeler Işığında Vergi Hukukunda İşyeri, (Filiz Kitabevi), İstanbul, 2021.

Saban, Nihal; Vergi Hukuku, (Beta Yayıncılık), İstanbul, 2019.

Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/ Gerçek, Adnan; Türk Vergi Sistemi, 15. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2018.

Şişman, Gülden; Katma Değer Vergisinde Vergiyi Doğuran Olay, (Seçkin Yayınları), Ankara 2014.

Uslu, Yasin; Sanal Reklam Faaliyetlerinin Vergilendirilmesi (Yetkin Yayınları), Ankara 2021.

Taylar, Yıldırım; Vergi Hukukunda Vergiyi Doğuran Olay, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul, 2021.

Turan, Metin; Bilişim Vergi Hukuku, (Adalet Yayınevi), Ankara, 2018.

Yaltı, Billur; Elektronik Ticarete Vergilendirme, (Der Yayınları), İstanbul, 2003.

Yaltı Soydan, Billur; Hizmet İşlemlerinde Katma Değer Vergisi (Bir Karşılaştırmalı Hukuk Denemesi), (Beta Yayınları), İstanbul, 1998.

Yılmaz, Öznur; Ticari Faaliyetler Bağlamında Çifte Vergilendirme, (Legal Yayıncılık), Ankara, 2019.

■ Av. Sinan SÜRÜCÜ ■

CEZA İNFAZ KURUMLARINDA TUTUKLU VE HÜKÜMLÜLERDEN ALINAN ELEKTRİK ÜCRETLERİNİN DAYANAĞI VE MEVZUAT İLE İNSAN HAKLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

THE BASIS OF THE ELECTRICITY AMOUNT COLLECTED FROM THE PRISONERS AND ITS
EVALUATION IN TERMS OF BOTH LEGISLATION AND HUMAN RIGHTS

ÖZET

Bilindiği üzere ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülerden buldukları koşunun aydınlatma haricindeki elektrik kullanım ücretleri tahsil edilmektedir. Bu durumun kanuni bir dayanağı bulunmama ile birlikte yönetmelik ile getirilen bir düzenleme söz konusudur. Çalışma kapsamında tutuklu ve hükümlülerden koşunun elektrik kullanımı için ücret alınmasının hukukiliği tartışılmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda konu öncelikle mevzuat açısından değerlendirilecek sonrasında ise insan hakları hukuku açısından irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Hükümlülerin insan hakları, elektrik ücreti, mülkiyet hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı, işkence yasağı.

ABSTRACT

As is known, the electricity expenses of the prisons are charged from the prisoners with the exception of lighting expenses of dormitories. Although there is no legal basis for this situation, there is a regulation which established by the administration. In this study, legality of charging prisoners for electricity use in wards will be discussed. Within this scope, the subject will be evaluated firstly in terms of legislation, then in terms of human rights law.

Keywords: Human rights of the convicted, electricity expenses, protection of property, right to respect for private and family life, prohibition of torture.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 11.04.2023 Kabul Tarihi: 06.08.2023

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0029-9036>

İzmir Barosu, sinansurucu@hotmail.com

Giriş

Cezalandırmanın kökeninin insanlığın ortaya çıkışı kadar eskiye dayandığı söylenebilecektir¹. Zira birlikte yaşamının kurallarına uygun hareket etmeyen, mevcut düzeni zorlayan üyelerin cezalandırılması her dönem insan toplulukları açısından bir gereklilik olarak görülmüştür. Bu kapsamda tarih boyunca son derece farklı şekillerde cezalar uygulanmıştır.

İlkel toplumlardaki cezalandırmanın çoğu zaman fiziksel ceza şeklinde olduğu görülmektedir. Bununla birlikte fiziksel cezalar sadece ilkel toplumlarda uygulanmamış ve yüzyıllar boyunca temel cezalandırma yöntemi olarak uygulanmaya devam edilmiştir².

Ancak infaz hukukunun önce ortaya çıkması sonra da gelişme göstermesi ve filizlenen insan hakları hukukunun etkisiyle eziyet çektirme, fiziksel cezalandırma ortadan kalkmıştır. Böylece Foucault'nun deyişiyle "ceza yavaş yavaş sahne olmaktan çıkmıştır"³. Ancak fiziksel cezalandırmanın tam olarak ortadan kalkmadığı dönemde, bugünkü haline benzer şekilde ilk cezaevleri Amsterdam'da oluşturulan cezaevleri olarak tarihteki yerini almıştır⁴. Sonrasında da Aydınlanma Çağı'nın etkisi

¹ Bilinen ilk kanunların ortaya çıkmasından önce de kimi toplumsal kurallar ve yaptırımlar geliştirildiği yönünde bilgi için bkz. Mitchel P. Roth, "Göze Göz Suç ve Cezanın Küresel Tarihi", Çev.: Barışhan Erdoğan, Can Yayınları, 1. Baskı, 2017, s:16, 17. Daha çok kişisel öç, intikam niteliğinde olarak cezalandırmanın bireysel tepki şeklinde M.Ö. 5000 yıllarından itibaren başladığına dair bilgi için bkz. Harry Elmer Barnes, Negley K. Teeters, "İlkel Cezalar ve Fiziksel Cezanın Başlıca Türleri", Çev.: Devrim Aydın, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s:163.

² Zaman içerisinde törensel niteliğini kaybetmiş olsa da fiziksel cezaların uzun bir süre uygulandığına dair bilgi için bkz. Veli Özer Özbek, "İnfaz Hukuku", Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, 2021, s:32; Ramadan Sanıvar, "Modern İnfaz Hukuku ve Koşullu Salıverilme (Şartlı Tahliye) Kurumu", Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2020, s:27.

³ Michel Foucault, "Hapishanenin Doğuşu", Çev.: Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, 8. Baskı, s:40. Cezanın eziyet veren bir gösteri şeklinde uygulanmasının bırakıldığına dair bilgi için bkz. Fahrettin Kıdıl, "Cezalandırmanın Amacı ve "Umut Hakkı" Bağlamında Koşullu Salıverilme Yasakları", TBB Dergisi, Yıl:31, Sayı:138, 2018, s:48.

⁴ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, "Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku", Seçkin Yayıncılık, 21. Baskı, Ekim 2021, s:491; Pınar Bacaksız, "Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s:4920.

ile⁵ özgürlüğü bağlayıcı cezalar, bir başka deyişle hapis cezası temel cezalandırma yöntemi haline gelmiştir⁶.

Bugün ülkemizde uygulanabilecek olan cezalar da TCK'nın 45. maddesi uyarınca; *“suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır”*. Görüleceği üzere günümüzde cezalar ya hükümlünün özgürlüğüne ya da malvarlığına yönelik olmaktadır⁷.

Ancak cezaevlerinin tüm sorunlarının çözüldüğü ya da hapis cezasına ilişkin tüm tartışmaların tüketilerek bir sonuca ulaşılabildiğini söyleyebilmek zordur. Nitekim 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un⁸ 3. maddesi ile infazda temel amaç şu şekilde açıklanmıştır⁹; *“Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır”*. Bununla birlikte günümüzde halen hükümlüye bedel ödetmek, kefaret amacı infaz alanını terk etmemiştir¹⁰. Ancak özgürlüğü bağlayıcı cezaların niteliği gereği

⁵ Hapis cezasının Aydınlanma Çağı düşüncelerine uygun bir ceza olduğu yönünde bilgi için bkz. Cumhuriyet Ertekin, *“Zulmün Tarihi”*, Sia Kitap, 2. Baskı, 2021, s:24,25. Cezalandırmanın günümüzdeki haline gelmesinde Aydınlanma Çağı düşünürlerinin önemli payı olduğuna dair bilgi için bkz. Bacaksız, s:4919.

⁶ Fransız İhtilali sonrasında özgürlüğün insan için vazgeçilemeyecek bir değer olarak kabul edilmesi ile hapis cezasının temel cezalandırma yöntemi haline dönüştüğüne dair bilgi için bkz. Mehmet Emin Artuk, Mehmet Emin Alşahin, *“Hapis Cezalarının ve Cezaevlerinin Tarihi Gelişimi”*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl:2015, C:21, S:2, s:154, Ahmet Gökçen, *“Hürriyeti Bağlayıcı Cezaın Amacı ve İnfazı Sistemleri”*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:8, Yıl:2000, Sayı:1-2, s:205.

⁷ Berrin Akbulut, Neslihan Demirkol, Taha Yasin Turan, *“İnfaz Hukuku”*, Adalet Yayınevi, 2021, s:77; Özbek, s:97.

⁸ Bundan sonra CvGTİHK olarak anılacaktır.

⁹ CvGTİHK'nun 3. maddesinde infaz ile genel ve özel önlemenin amaçladığı yönünde bilgi için bkz. Bahattin Aras, Sezgin Güverçin, *“İnfaz Hukuku”*, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2021, Ankara, s:37. Alman İnfaz Kanunu'nda da failin yeniden sosyalleşmesi ve diğer suçlardan toplumun korunması şeklinde iki amacın bulunduğu dair bilgi için bkz. Timur Demirbaş, *“İnfaz Hukuku”*, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, 2021, s:198.

¹⁰ A. Vedat Dilberoğlu, *“Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği”*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, 2016, s:1534,1535.

kimi haklar açısından kısıtlamalar söz konusu olabilirse de hükümlüler de temel hak ve özgürlüklere sahiptir. Bu nedenle kendilerine uygulanan kısıtlamalar Anayasa başta olmak üzere İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi¹¹ ve kanunlara uygun olmak durumundadır.

Bu kapsamda çalışmanın konusunu; ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülerden¹² kaldıkları koğuşa ilişkin elektrik giderlerinin tahsil edilmesi oluşturmaktadır. Anılan tahsilatın hukuken mümkün olup olmadığı, mümkün ise ne kapsam ve tutarda mümkün olduğunun açıklanması için konunun birçok açıdan incelenmesi zorunludur. Bu nedenle konunun ilk olarak mevzuattaki dayanağı ve hukukilik açısından incelenmesi gerekmektedir. Sonrasında ise konu insan hakları hukuku kapsamında ele alınacaktır.

1. Mahpuslardan Elektrik Gideri Alınmasının Dayanağı ve Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi

Mahpuslardan elektrik gideri tahsil edilmesinin kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Zira CvGTİHK içerisinde bu yönde idareye bir yetki tanınmamıştır¹³. Bu durumda öncelikle üzerinde durulması gereken husus; idarenin kanun ile kendisine tanınmayan bir yetkiyi kullanıp kullanamayacağıdır. Zira idarenin yetkisizliği asıldır ve idare, kanun ile tanınmamış bir yetkiyi kullanamayacaktır. Bu durum doktrinde; idarenin belirli konularda faaliyette bulunabilmesi için kanuni bir yetkiye sahip olması ve Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğinden idareye kanun ile bir yetki tanınmadıkça, idarenin temel hak ve hürriyetlere dokunacak davranışlarda bulu-

¹¹ Bundan sonra İHAS olarak anılacaktır.

¹² Bundan sonra tutuklu ve hükümlüler birlikte mahpus olarak anılacaktır.

¹³ Kanun koyucunun konu hakkında düzenleme getirmek istediğinde bu durumu kanun ile düzenlediği de görülmektedir. Zira 1934 tarihli 2548 sayılı Ceza Evleriyle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkumlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanun ile hükümlülerden cezaevinde buldukları süreye ilişkin yiyecek bedelinin tahsil edileceği kabul edilmiştir. Bu düzenleme olması gereken hukuk ve insan hakları açısından son derece tartışmalı olmakla birlikte en azından kanuni bir dayanak teşkil etmesi açısından önemlidir. Bununla birlikte kanunlarda elektrik giderinin tahsiline ilişkin benzer bir düzenlemenin bulunmuyor oluşunun yukarıdaki açıklamalarımızı destekler nitelikte olduğunu düşünmekteyiz.

namayacağı belirtilmek suretiyle açıklanmaktadır¹⁴. Buna göre; yürütmenin düzenleme yetkisini kullanabilmesi için öncelikle yasama tarafından kanun ile genel çerçevenin belirlenerek yürütmenin görevlendirilmesi gerekmektedir¹⁵. Bir başka deyişle yürütme organının düzenleme yapma yetkisi yasama organının çizmiş olduğu sınırlar içerisinde ve kanuna uygun olmak koşuluyla kullanılabilir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi¹⁶ içtihatlarında da mülkiyet hakkına yönelen müdahalelerin hukuki bir dayanağının bulunması ve bu dayanağın erişilebilir, öngörülebilir, kesin olması gerektiği belirtilmektedir¹⁷. Görüleceği üzere, ülkemizde kanuni bir dayanağı olmadığından mahpuslardan elektrik ücreti tahsili İHAM kararları ile uyumluluk göstermemektedir.

CvGTİHK'un 1. maddesinde de; *"Bu Kanunun amacı, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir"* denilmek suretiyle infazın usul ve esaslarına ilişkin kuralların, sùjelerin hak ve yetkilerinin CvGTİHK ile belirleneceği ortaya konulmuştur. Böylece infaz sürecine ilişkin keyfi usul ve kurallar getirilemeyeceği de açıkça belirtilmiş olmaktadır.

CvGTİHK incelendiğinde; uygun görüldüğü takdirde kanun koyucu tarafından giderlerin mahpuslardan tahsil edilmesi yönünde düzenlemelere mevzuatta yer verildiği de görülmektedir. Bu kapsamda CvGTİHK'un 54/1-b bendi ile hükümlülerin kendi istekleri ile buldukları kurumdan başka bir kuruma nakledilebilmesi için *"nakil giderlerini peşin olarak ödemeyi kabul etmeleri"* şart koşulmuştur. Görüleceği üzere kanun koyucunun iradesi giderlerin tahsil edilmesine yönelik olduğunda bu durum kanuna yansıtılmıştır. Oysa CvGTİHK içerisinde

¹⁴ Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan, Serkan Seyhan, *"İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı"*, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Eylül 2019, s:50.

¹⁵ Seçkin Yavuzdoğan, *"Anayasa Mahkemesinin Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisine Yaklaşımı"*, AÜEHFD, C. VIII. S.3-4 (2004), s:237.

¹⁶ Bundan sonra İHAM olarak anılacaktır.

¹⁷ Birçok karar içerisinde Beyeler / İtalya, Başvuru No: 33202/96, 05.01.2000, §108-110.

ceza infaz kurumlarında kullanılan elektriğe ilişkin ücretin mahpuslardan tahsil edileceğine dair bir düzenleme yer almamaktadır. Bir başka deyişle mahpuslardan tahsil edilen elektrik giderlerinin kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle kanımızca bu yönde bir tahsilat yapılabilmesi öncelikle ve sadece bu nedenle dahi mümkün değildir.

Belirtilenlerle birlikte kanun ile olmasa da mevzuatta elektrik giderlerinin mahpuslardan tahsiline yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik'in 9. maddesinde¹⁸; *“Aydınlatma dışındaki elektrik giderleri ... hükümlü tarafından karşılanır”* düzenlemesine yer verilmiştir. Nitekim Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü'nce de mahpuslardan alınan elektrik giderleri anılan düzenlemeye dayandırılmaktadır¹⁹. Böylece kanun içerisinde yer almayan bir yetkinin yönetmelik ile idareye tanındığı görülmektedir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere kanun ile tanınmamış bir yetkinin idare tarafından yönetmeliğe dayanılarak kullanılabilmesi mümkün değildir.

Üstelik CvGTİHK'un 35. maddesinde yönetmelik ile düzenleme getirilebileceğine dair hüküm *“hükümlülerin oda ve eklentilerinde bulundurulabilecekleri veya bulunduramayacakları kişisel eşya, gıda, tıbbi malzeme ve diğer ihtiyaç maddeleri”* ile sınırlı olup mahpuslardan elektrik gideri tahsil edilmesine ilişkin bir düzenleme yapma yetkisi tanınmamıştır. Bu nedenle mahpusların yanlarında bulundurulabilecekleri eşyaların yönetmelik ile düzenlenmesi kanuna uygun olmasına karşın bu eşyaların kul-

¹⁸ Yönetmelik'in 9. maddesi 31.01.2023 tarihinde 32090 sayısı ile Resmi Gazete'de yayınlanan Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile değiştirilmiş olmakla birlikte *“Aydınlatma dışındaki elektrik giderleri, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından mesken abonelikleri için belirlenen ücret tarifesi esas alınarak ceza infaz kurumunca hesaplanan bedel üzerinden hükümlü tarafından karşılanır”* şeklindeki yeni düzenlemede de aydınlatma dışındaki giderlerin hükümlüler tarafından karşılanacağı kabul edildiği görülmektedir.

¹⁹ Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü'nün internet sitesinde konuya ilişkin; *“Ceza İnfaz Kurumlarına Bulundurulacak Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelikte “Aydınlatma dışındaki elektrik giderleri hükümlü tarafından karşılanır.” hükmü yer almaktadır. Bu nedenle hükümlü ve tutuklulardan kurumun genel aydınlatma gideri değil, sadece oda ve eklentilerinde aydınlatma dışında kullandıkları elektrik bedeli tahsil edilmektedir. Söz konusu mevzuatlar gereğince sadece hükümlü ve tutukluların kurum izni ve kendi istekleri doğrultusunda kantinden temin ettikleri eşyalar ile oda ve eklentilerinde kişisel ihtiyaçları için aydınlatma dışında kullandıkları elektriğin bedeli (televizyon ve vantilatör gibi elektrikli eşyalar için) alınmaktadır.”* şeklinde açıklama yer almaktadır (<https://cte.adalet.gov.tr/Home/SSSorularDetay/7> Erişim: 04.01.2023).

lanımı için gerekli olan elektrik ücretinin mahpuslardan tahsil edilmesi hiçbir şekilde kanuna uygun değildir.

Konu hakkında mevzuata ilişkin son değerlendirme Türk Ceza Kanunu²⁰ ve Kabahatler Kanunu²¹ açısından gerçekleştirilecektir. Zira idarenin aksine sivil kişilerin özgürlüğü asıldır ve TCK, KK ya da özel kanunlar ile bir eylem yasaklanmadıkça sivil kişilerin eylemleri sınırlandırılmayacaktır.

Hükümlü ve tutuklular açısından da değişen bir durum yoktur. Bir başka deyişle hükümlü ve tutukluların da özgürlüğü asıl kuraldır ve kişi özgürlüğü hakkı başta olmak üzere kısıtlamaların tümü kanun ile getirilmek durumundadır. Nitekim mahpuslar CvGTİHK'un 35. maddesi uyarınca koşullarında kişisel eşya bulundurabileceklerdir. Anılan maddenin atfı ile getirilen Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik de mahpusların otuz yedi ekran televizyon, elektrikli su ısıtıcısı, saç kurutma makinesi, büro tipi buzdolabı, iklim koşullarına göre vantilatör gibi elektrikli aletler bulundurabileceklerini düzenlemektedir. Öyleyse bulundurulmasına imkan ve hak tanınan bu aletlerin kullanılması kanun ile yönetmelik hükümlerine dayanmaktadır.

Bu durumda iki hususun dikkate alınması gerekmektedir. Bunlardan ilki kanun ile tanınmayan ve yönetmelik ile getirilen bir hakkın mahpuslar tarafından kullanılıp kullanılmayacağıdır. Normlar hiyerarşisi uyarınca kanun ile tanınan temel bir hak ve özgürlük yönetmelik ile kısıtlanamayacaktır²².

Bununla birlikte yönetmeliğin kanun ile tanınan hakkı genişletmesi mümkündür. Mahpusların dış dünya ile iletişimi kısıtlanabilir ise de

²⁰ Bundan sonra TCK olarak anılacaktır.

²¹ Bundan sonra KK olarak anılacaktır.

²² Doktrinde de "temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması kanun ile yapılabilir (m. 13). Yasal bir düzenleme olmaksızın, yürütme ve idare bir hak ve hürriyeti ilk elden düzenleyici işlemlerle sınırlayamaz" denilmektedir (Erdoğan Teziç, "Anayasa Hukuku", Beta Yayınları, S. Basi, İstanbul 1998, s:13).

tamamen ortadan kaldırılamaz²³. Bu kapsamda mahpusların dış dünyadaki gelişmelerden haberdar olma, televizyon izleme, radyo dinleme gibi birçok hakkı bulunmaktadır. Nitekim mülkiyet hakkı da hem Anayasa'nın 35. maddesi hem de İHAS'ın 1 sayılı Ek Protokolü'nün 1. maddesi ile koruma altına alınmıştır²⁴. Anayasa'nın 90/son fıkrası uyarınca ulusal mevzuat ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde uluslararası hükümler esas alınacaktır.

Görüleceği üzere hem Kanun ile bu yönde hak tanınması hem de yönetmelik ile hak ve özgürlüklerin genişletilmesi mümkün olduğundan Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik ile bulundurulmasına imkan tanınan elektrikli eşyaların mahpuslar tarafından bulundurulması ve kullanılması mümkündür.

Ayrıca belirtmelidir ki mahpuslardan elektrik ücreti alınması Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru konusu yapılmış ise de Mahkeme; birçok konuya ilişkin başvuruda başvurucudan elektrik ücreti alınmasını diğer ihlal iddiaları kapsamında değerlendirmiş, konuya özel bir tartışma getirmemiştir. Başvuru kapsamında; açıkça dayanaktan yoksun bulunan başvuruların kabul edilmezliğine karar verilebileceği; bu kapsamda karmaşık veya zorlama şikayetler, kanun yolu şikayeti niteliğinde şikayetler, başvurucuların ihlal iddialarını temellendirmediği şikayetler ile temel haklara yönelik bir ihlalin olmadığı açık olan şikayetlerin açıkça dayanaktan yoksun kabul edileceği belirtilmiştir. Anılan ilkeler uyarınca başvuru kapsamında, başvurucunun hangi temel hak ve özgürlüklerinin hangi nedenle ihlal edildiğinin açıklanmadığı, idari süreç hakkında ayrıntılı açıklamalar getirilmediği, soyut ve genel ifadelerle ihlal iddiasında

²³ Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında da dış dünya ve diğer mahpuslardan tamamen bir tecritin İHAS'ın 3. maddesini ihlal edeceği belirtilmektedir (Ilaşcu ve diğerleri / Moldova ve Rusya, Başvuru No: 48787/99, 08.07.2004, §432, 438, 444-447).

²⁴ Mülkiyet hakkının hem her türlü taşınır ve taşınmaz mal, hem fikri haklar hem de malvarlığına dahil her türlü ekonomik değeri kapsayan geniş bir alanı kapsadığına dair bilgi için bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, "İnsan Hakları El Kitabı", Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, 2019, s:645,646.

bulunulduğu belirtilerek başvuru açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur²⁵.

Üzerinde durulması gereken ikinci husus; bulundurulmasına imkan tanınan bu elektrikli aletlerin mahpuslarca kullanılmasının TCK, KK ve özel kanunlar ile de sınırlandırılmamış olmasıdır. Zira TCK'nın 163. maddesi ile suç olarak kabul edilen eylem “*Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi*” halidir. Oysa mahpusların mevzuata uygun olarak bulundurmakta oldukları eşyaların kullanılması bu kapsamda kabul edilemeyecektir. Sonuçta bu açıdan mahpuslara yasaklanmış bir eylem de söz konusu değildir.

Görüleceği üzere yasaklanmamış, aksine mevzuat ile tanınmış bir hakkın kullanımı nedeniyle kişilere kanuna dayanmayan bir külfet yüklenmesi mümkün değildir.

2. Mahpuslardan Elektrik Gideri Alınmasının Hukukiliği ve İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi

Kanımızca konu hakkında sorulacak ilk soru hükümlü ve tutuklu olmayan, özgürlüğü kısıtlanmamış kişilerin evlerinde ya da kendilerine ait diğer alanlarda kullanmakta oldukları elektriğin ücreti kendilerinden tahsil edilirken mahpuslardan elektrik tahsilatı yapılmamasının eşitlik ilkesine uygun olup olmayacağı ve olması gereken hukuk açısından sorun teşkil edip etmediğidir.

Bilindiği üzere devletlerin güç kullanma yetkisi, bir başka deyimle “şiddet tekeli” toplum halinde yaşamı devam ettirebilmeyi sağlamak adına devletlere verilmiş bir yetkidir²⁶. Şiddet tekeli; ceza hukuku so-

²⁵ Ali Yıldırım, Başvuru No: 2018/19004, 03.11.2022, §62-70.

²⁶ Aynı yönde bilgi için bkz. Esmâ Nalbant Arabacı, “*Norbert Elias’ın Uygarlık Kuramı Üzerine Bir İnceleme*”, Cilt:12, Sayı:3, Eylül 2019, s:82. Devletlerin, şiddet tekeli eline geçirmesi ile ortaya çıktığına dair görüş için bkz. Sıla Nazlı Kelce, Halil İbrahim Aktay, “*Devletin Şiddet Tekeli – Meşruiyet Sorgusu*”, <http://www.umut.org.tr/userfiles/files/PDFler/S%C4%B1la%20Nazl%C4%B1%20Kelce%2C%20Halil%20>

nucunda hükmolunan yaptırımları da kapsamakta olan bir yetkidir. Bununla birlikte ceza hukuku “ultima ratio” yani son çaredir. Bir başka deyişle diğer tüm alanlar çaresiz kaldığında ceza hukuku devreye girmeli ve kişiler yaptırım uygulanmak suretiyle yeniden topluma kazandırılmaktadır.

Ancak ceza hukuku kapsamında da yaptırımlar ölçülülük, amaç ve önleme gibi kriterler dikkate alınarak uygulanır. Bu kapsamda da adli para cezasından ölüm cezasına kadar birçok yaptırım söz konusu olabilmektedir. Bununla birlikte Türkiye İHAS'ın 6 ve 13 sayılı Ek Protokollerini imzalamak ve kanunlarda değişiklik yapmak suretiyle ölüm cezasını mevzuatından çıkartmıştır²⁷. Böylece mevzuatımızdaki en ağır ceza hapis cezası haline gelmiştir.

Bu durum aynı zamanda son çare olan ceza hukukunun en son başvurulacak olan yaptırım türünün hapis cezası olduğunu da ortaya koymaktadır. Bir başka deyişle hapis cezaları son çarenin de en son başvurulacak yoludur.

1%CC%87brahim%20Aktay.pdf (Erişim:08.01.2023), şiddet tekelinin modern devletin en belirleyici özelliği olduğuna dair bilgi için bkz. Emek Bayrak, “Şiddet Tekelinin Tarihsel Gelişimi ve Bugüne Dair Notlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:68 (1), 2019, s:59. Devlet tarafından uygulanan şiddetin “meşru şiddet” olarak isimlendirilmesine ilişkin bkz. Jean-Claude Paye, “Hukuk Devletinin Sonu”, İmge Kitabevi, 1. Baskı, 2009, s:11. Yasa ile kamusal zor veya meşru şiddetin birbirlerinin zorunlu koşulu olduğuna dair görüşü için bkz. Özkan Ağa, “Ceza ve Adalet”, Metis Yayıncılık, 2. Baskı, 2017, s:56.

²⁷ Türkiye, ölüm cezasını oldukça sınırlayan ve anılan cezaya ilişkin askıya alma ile çekince koyma yasağı getiren İHAS'ın 6 sayılı Ek Protokolü'nü 15.01.2003 tarihinde, yine askıya alma ile çekince koyma yasağını içerir ve ölüm cezasını istisnası bulunmayan bir şekilde kaldıran 13 sayılı Ek Protokolü ise 09.01.2004 tarihinde imzalamıştır. Türkiye ayrıca Birleşmiş Milletler kapsamında imzalanan Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İkinci İhtiyari Protokolü de 06.04.2004 tarihinde imzalamış ve 5415 sayılı Kanun ile anılan protokolün onaylanması da uygun bulunmuştur. Bu süreçte ölüm cezasına ilişkin düzenlemeler ülkemiz mevzuatından da, henüz 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu süreçte, kaldırılmıştır (14.07.2004 tarihli 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile ölüm cezasına ilişkin son düzenlemeler de mevzuatımızdan çıkartılmıştır). Anılan düzenlemeler ve ölüm cezasının kaldırılması kanımızca oldukça yerindedir zira çağdaş infaz hukukunun temel amacı hükümlünün rehabilitasyonu ve topluma yeniden kazandırılmasıdır. Buna karşın ölüm cezası bu amaca hizmet edebilecek nitelikte bir ceza değildir (Öztürk, Erdem, s:488,489). Bu nedenle de çağdaş infaz hukukunun bir parçası olamayacak ölüm cezasının kaldırılması insan hakları hukuku açısından bir zorunluluktur (Özbek, s:97).

Bununla birlikte hakkında hapis cezasına hükmolunan bir hükümlü ile ülkemizde gerçek anlamda bir tutukevi bulunmadığından CvGTİHK'un 111. maddesi uyarınca ceza infaz kurumlarında tutulan tutukluların bu en son çare kapsamında dahi tüm haklarının ellerinden alınması söz konusu değildir. Mahpusların kişi özgürlüğü hakkının kısıtlanması ile seyahat özgürlüğü gibi birçok diğer hakkını ya doğrudan ya da dolaylı olarak kullanamayacağı açıktır²⁸. Bununla birlikte hükümlüler, kişi özgürlüklerinin kısıtlanması neticesinde tüm haklarını kaybetmemektedirler²⁹. Nitekim insancılıktan uzaklaşan hukuk, yaptırım ve cezalar kaba kuvvetten ibaret olacaktır. Bu nedenle de mahpusların üzerlerine kapanan kapılar insan haklarını dışarıda bırakmamaktadır.

Nitekim bu durum CvGTİHK'un 6/1-b bendinde; *"Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddi ve manevi koşullar altında çektirilir"* şeklinde ifade edilmiştir. Konu hakkındaki İHAM kararlarına bakıldığında da benzer kabullere gidildiği görülecektir. İHAM birçok kararında mahpusların, özgürlük kısıtlamasının kaçınılmaz olarak doğasında bulunan ızdırap düzeyini aşan şekillerde bulundurulmasının İHAS'a aykırı olacağını ortaya koymuştur³⁰.

Mahpuslardan koğuşa ilişkin elektrik gideri tahsilatı yapılması da Anayasa'nın 17, 20, 22 ve İHAS'ın 8. maddesi ile koruma altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkı, Anayasa'nın 25, 26 ve İHAS'ın 10. maddesi ile koruma altına alınan ifade özgürlüğü³¹ ve Anayasa'nın 35 ve

28 Demirbaş, s:51; Monica Macovei, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 91, 1. Bası, Eylül 2005, s:6; A. Sinan Sürücü, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türkiye'de Tutuklama", Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2010, s:15.

29 Dickson / Birleşik Krallık, Başvuru No: 44362/04, 04.12.2007, §67,68. Hükümlülerin de birçok hakka sahip olduğunun ilk defa Wahlberg tarafından ortaya konulduğuna dair bilgi için bkz. Demirbaş, s:53.

30 Birçok karar içerisinden Ghavtadze / Gürcistan, Başvuru No: 23204/07, 03.03.2009, §76. Anayasa Mahkemesi kararlarında da bu içtihat takip edilmekte ve kararlarda bu noktaya vurgu yapılmaktadır (Birçok karar içerisinden Mehmet Hanifi Bakı, Başvuru No: 2017/36197, 27.06.2018, §23).

31 İHAM içtihatlarında belirtildiği üzere medyanın haber yayma ve bilgi iletme yükümlülüğü kadar halkın bu bilgileri alma hakkı da vardır (News Verglags GmbH & Co. KG / Avusturya, Başvuru No: 31457/96, 11.01.2000, §56).

İHAM'ın 1 sayılı Ek Protokolü'nün 1. maddesi ile koruma altına alınan mülkiyet hakkıyla doğrudan ilgilidir.

Belirtilen genel ilkelerin, konu hakkındaki akla gelen; “hükümlü ve tutuklu olmayan kişilerin evlerinde ya da kendilerine ait diğer alanlarda kullanmakta oldukları elektriğin ücreti kendilerinden tahsil edilirken mahpuslardan elektrik tahsilatı yapılmamasının eşitlik ilkesi başta olmak üzere sorun teşkil edip etmediği” şeklindeki soruya uygulanmasına dönecek olursa; mahpuslar devletlere tanınmış yetki kapsamında kendi rızaları hilafına ceza infaz kurumları ile tutukevlerinde bulundurulmaktadır. Bu nedenle sivil kişilere nazaran kişi özgürlüğü gibi haklar açısından daha olumsuz şartlarda bulunmaları söz konusu iken bazı açılardan özgür kişilere nazaran daha fazla pozitif yükümlülük tanınması gereken durumdadırlar. Bir örnek ile açıklamak gerekirse devletler, vatandaşlarını kendilerine zarar verme riskine karşı da korumakla mükelleftir. Bununla birlikte özgürlüğü kısıtlanan kişiler açısından bu yükümlülüğün sınırı artmakta ve devletlere, öngörülebilir tüm risklere karşı koruma yükümlülüğü getirilmektedir³². Öyle ki İHAM; özgürlüğü kısıtlanan kişinin kendisine zarar verme riskinin bilinmesinin söz konusu olmadığı durumlarda dahi sözleşmeci devletlerin, kişileri öngörülebilir tehlikelere karşı koruma yükümlülüğü altında olduğuna ve bu yönde makul ve yeterli önlemleri almaları gerektiğine karar vermektedir³³.

Devletlerin sahip olduğu, kişilerin özgürlüğünü kısıtlama yetkisi önemli bir yetki olduğundan anılan yetkinin bir sonucu olarak mahpusların tüm temel ihtiyaçlarının ilgili devlet tarafından giderilmesi de bir zorunluluktur. Özellikle de bu ihtiyaçları ekonomik koşulları nedeniyle karşılayamayacak durumda olanların ihtiyaçlarının giderilmesi elzemdir³⁴. Sonuçta sivil kişilerden bedeli tahsil edilen elektrik kullanımının özgürlüğü kısıtlanan kişilerden tahsil edilmemesi eşitlik ilkesini ihlal

³² Birçok karar içerisinde Çoşelav / Türkiye, Başvuru No:1413/07, 09.10.2012.

³³ Keller / Rusya, Başvuru No: 26824/04, 17.10.2013, §75-91.

³⁴ Bu durumda olan mahpusların, ihtiyaçları devlet tarafından giderilmediği takdirde herhangi bir gelire de sahip olmamaları nedeniyle ailelerinden ekonomik destek almak zorunda kalacağı, bu nedenle de itibarlarının erozyona uğrayacağı ve kişide mahcubiyet yaratacağı açıktır.

etmediği gibi kanımızca olması gereken hukuk açısından da bir sorun barındırmamaktadır³⁵.

Konu hakkında üzerinde durulması gereken bir diğer husus sivil kişilerin bulundurabilecekleri elektrikli eşyalarda bir sınırlama söz konusu olmadığından elektrik kullanım miktarının çok üst düzeye çıkabilecek olmasına karşın mahpuslar açısından bulundurulabilecek elektrikli eşyalar sınırlandırılmış olduğundan mahpusların aşırı bir elektrik tüketimine yol açması da mümkün olamayacaktır. Nitekim Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik'in 9. maddesi incelendiğinde bulundurulmasına izin verilen elektrikli eşyalardan sadece saç kurutma makinesinin yüksek miktarda elektrik harcamasına neden olduğu söylenebilecektir³⁶. Bu nedenle ortaya çıkacak olan giderler büyük miktarlara karşılık gelmediğinden insan haklarına uygun hareket etmemenin çok büyük bir kazanç sağlamayacağı da görülmektedir.

Ulaşılan bu sonucun mülkiyet hakkı çerçevesinde de değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere mülkiyet hakkı mutlak bir hak niteliğinde olmayıp, kimi koşullar altında müdahale edilebilir bir hak niteliğindedir. İHAM bu yönde bir müdahalenin, mülkiyet hakkı sahibine aşırı bir yük getirmemesini, müdahalenin "adil bir denge" ve meşru amaç taşıması gerektiğini belirtmektedir. Yine Mahkeme içtihatlarında mülkiyet hakkına yönelen müdahalenin adil denge kuralı kapsamında bireyin hakları ile kamusal faydanın sağlanması açısından dengede olması, müdahalenin ulusal hukukta bir dayanağı olması ve bireyi müdahalenin orantısız etkilerine karşı koruma içermesi gerektiği belirtilmek-

³⁵ Nitekim Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik'in 9. maddesine 31.01.2023 tarihli değişiklik ile "Çocuk ve kadın hükümlülerin tüm elektrik giderleri kurum bütçesinden ödenir" şeklindeki son fıkraya eklenmiştir.

³⁶ Her ne kadar Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik'in 9. maddesi ile çocuk ve kadın hükümlülerin bulunduğu odalarda çamaşır makinesi ve kurutma makinesi gibi yüksek elektrik kullanımına neden olabilecek makineler bulundurulmasına izin verilmesi nedeniyle tarafımızdan aksi kanaate ulaşılabılır ise de yukarıda belirtildiği üzere 9. madde aynı zamanda "çocuk ve kadın hükümlülerin tüm elektrik giderleri kurum bütçesinden ödenir" fıkrasını ihtiva etmekte olduğundan maddenin düşüncemizi çürütmediği aksine destek olduğu kanaatindeyiz.

tedir³⁷. Görüleceği üzere ülkemizde mahpuslardan elektrik ücretlerinin tahsil edilmesi henüz İHAM'ın ilk değerlendirme aşaması olan kanunilik unsuruna takılmaktadır. Ancak kanun ile bu yönde bir yükümlülük ve yükümlülüğe ilişkin koruma mekanizmaları getirildiği takdirde de mülkiyet hakkına yönelen bu yükümlülük kanımızca; kamuya ciddi bir fayda sağlamadığı gibi bireylere yük getirmekte olduğundan adil bir denge sağlanamayacaktır.

Hapis cezasının infaz edildiği kurumların insan onuruna uygun koşulları barındırır nitelikte olması da zorunludur. Nitekim bu zorunluluk İHAS'ın 3, Anayasa'nın 17. maddelerinin doğal bir sonucu olduğu gibi aynı zamanda CvGTİHK'un 2/2. fıkrasında da; *"ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz"* denilmek suretiyle ortaya konulmuştur. Bu nedenle mahpusların içerisinde bulunduruldukları durum insan onuruna zarar verici nitelikte olamayacaktır³⁸. Hükümlülerin içerisinde buldukları koşullar kendilerinin yeniden sosyalleşmesini sağlayacak nitelikte olması ve hapis cezasının doğasında bulunan ızdırap düzeyini aşan nitelikte olmamalıdır. Bu kapsamda mahpusların barınma ve yaşam alanlarının fiziki koşulları, temizlik, sağlık, beslenme hizmetleri ve diğer her alanda insan onuruna uygun koşullar taşıması; aynı zamanda ilaç, aydınlatma, beslenme, barınma, ısınma ve benzeri temel giderlerinin devlet tarafından karşılanması gerekmektedir. Anılan koşulların sağlanması büyük ölçüde veya tamamen elektrik kullanımına bağlıdır.

Elektrik kullanımının ücrete bağlanması ile ekonomik olarak zor durumda olan mahpuslar tarafından anılan ücretler ödenemeyecek, bu nedenle de hapis cezasının doğasında var olan elemin ötesine geçilmiş olacaktır. Bu durumda da yukarıda açıklandığı üzere İHAM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarına aykırı hareket edilmiş olacaktır. Zira Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında

³⁷ David John Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, Carla Buckley, *"Harris, O'Boyle & Warbrick Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku"*, Çev.: Ulaş Karan, Mehveş Bingöllü Kılıç, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, 2021, İstanbul, s:834-837.

³⁸ Konu hakkında İHAM'ın birçok kararı bulunmakla birlikte Kalashnikov / Rusya, Başvuru No: 47095/99, 15.11.2002 kararında temel ilkeler ortaya konulmuştur.

Yönetmelik ile koğuştta bulundurulmasına izin verilen elektrikli eşyalar hayatın asgari şartlarda devamını sağlayabilmek adına bulundurulması zorunlu olan eşyalardır. Ekonomik durumu, özellikle de uzun hapis süreleri nedeniyle, anılan eşyaların elektrik harcamasını karşılayabilecek düzeyde olmayan mahpuslar asgari hayat şartlarını sağlayamaz hale geleceklerdir. Böylece ekonomik açıdan dezavantajlı kişilerden elektrik gideri istenilmesi aslen kendilerini insan onuruna uygun bir hayat sürmekten uzak tutacaktır. Bu durum da insan hakları açısından kabul edilebilir olmayacaktır.

Nitekim CvGTİHK'un "Hükümlünün Barındırılması ve Yatırılması" başlığını taşıyan 63. maddesinin son fıkrası da bu hakkı koruma altına alır şekilde; "Oda ve kısımlarda iklim koşulları göz önüne alınarak yeterli yer, ışık, ısınma, havalandırma ve hijyen sağlanır" düzenlemesini içermektedir. Benzer şekilde Avrupa Cezaevi Kurallarına Dair Üye Devletlere Rec (2006) 2-rev Sayılı Tavsiye Kararı'nın 18.1. maddesinde de; "Mahpuslara sağlanan barınma yerleri ve özellikle bütün yatakhane bölümleri, insan onuruna ve mümkün olabildiğince özel yaşama saygı gösterecek biçimde olmalı, iklim koşulları ve özellikle zemin alanı, havanın metreküp miktarı, aydınlatma, ısıtma ve havalandırma dikkate alınarak, sağlık ve temizlik gereklerini karşılamalıdır." denilmek suretiyle aydınlatma, iklim koşullarına uygun ısıtma ve havalandırma gerekliliklerinin karşılanması aranmıştır³⁹.

Bu noktada belirtmelidir ki Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik'in 9. maddesi ile bulundurulmasına izin verilen vantilatörün giderinin mahpus tarafından karşılanacağı düzenlenmiştir. Kanun ile sağlanması zorunlu tutulan ısınma ve havalandırmayı sağlayabilecek nitelikte olan vantilatöre ilişkin elektrik giderinin yönetmelik ile mahpuslardan tahsil edilmesinin kabul edilmiş olması da kanımızca uygun değildir.

³⁹ Nitekim İHAM kararlarında da, birçok diğer kötü koşulun yanı sıra, havalandırmanın kötülüğü de İHAS'ın 3. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir (Kalashnikov / Rusya, Başvuru No: 47095/99, 15.11.2002; Constantin Modarca / Moldova, Başvuru No: 37829/08, 13.11.2012).

Ayrıca belirtmek gerekir ki mahpuslardan tahsil edilen elektrik giderleri kişiselleştirilmiş veya daha doğru bir tabir ile “koşuşlaştırılmış” bir gider değildir. Zira bu giderler gerçek anlamda mahpusların kullanmış oldukları elektriğin karşılığı olmayıp, ceza infaz kurumunda kullanılan elektriğin koğuş başına bۆlünmesi suretiyle hesaplanmaktadır⁴⁰.

Anılan hesaplama yönteminin ortaya çıkarttığı tek sorun hesaplanmanın koğuşlaştırılmamış olması da değildir. Zira kimi ceza infaz kurumlarında yüksek miktarda enerji harcayan; ekmek fırını, imalathane, aydınlatma jeneratörleri, üretilenleri serin tutabilmek için güçlü klima ve soğutma sistemleri ile elektrik tüketen atölyeler bulunmaktadır. Bu nedenle de anılan ceza infaz kurumlarının elektrik tüketimi yüksek oranda gerçekleşmektedir. Elektrik tüketiminin yüksekliği nedeniyle ücretlendirme sırasında kilovatsaat hesaplaması da yüksek oran üzerinden gerçekleştirilmektedir. Böylece mahpusların harcamış oldukları elektrik üzerinden bir hesaplama yapılarak kendilerinden tahsilata gidilmemekte, ceza infaz kurumunda harcanan toplam elektrik miktarı nedeniyle yüksek oran üzerinden tahsilat gerçekleştirilmektedir. Bu durumun da hukuka uygun olmadığı ve mülkiyet hakkını zedeler nitelikte olduğu açıktır⁴¹.

Üstelik elektrik harcamasına ilişkin tahsilat sırasında kişiselleştirilme de söz konusu değildir. Örneğin koğuşta bulundurulmasına Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik ile izin verilen elektrikli su ısıtıcısının elektrik giderleri de mahpuslardan ortak olarak tahsil edilmektedir. Oysa kimi durumlarda bu uygulama da hakkaniyeti zedeler sonuçlara yol açabilecektir. Örne-

⁴⁰ Aslen bu durum Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik’de uygun değildir.

⁴¹ Belirtilmelidir ki 31.01.2023 tarihli değişiklik ile Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik’in 9. maddesine; “Aydınlatma dışındaki elektrik giderleri, Enerji Piyasası Düzeneleme Kurumu tarafından mesken abonelikleri için belirlenen ücret tarifesi esas alınarak ceza infaz kurumunca hesaplanan bedel üzerinden hükümlü tarafından karşılanır. Ancak; hükümlü tarafından karşılanacak elektrik gideri, bulunduğu ceza infaz kurumunca gerçekleştirilen elektrik tedarik ihalesi veya işlemi sonucunda belirlenen elektrik birim fiyatının mesken aboneliğinden daha düşük olması halinde düşük olan birim fiyat üzerinden hesaplanır” şeklinde fıkra eklenmiş, bu suretle ortaya çıkan haksızlığın kısmen de olsa azaltılmasına çalışılmıştır. Ancak bu değişiklik ile başarıya ulaşılabildiğini söylemek kolay değildir.

ğin koğuştta bulunan dört kişiden üçünün her gün çok sayıda çay tükettiği, bu nedenle elektrikli su ısıtıcıyı sıklıkla kullanarak çok fazla elektrik giderine neden olduğu düşünöldüğünde, aynı koğuştta kaldığından anılan gidere ortak olmak durumunda kalacak olup hiç çay içmeyerek bu yönde herhangi bir elektrik giderine neden olmayan diğere mahpusun durumuna ilişkin bir çözüme de bulunmamaktadır.

Elektrik giderinin ödenmemesi veya ödenememesi durumunda ne olacağına da tartışılması gereklidir. Elektrik giderinin ödenmemesi halinde koğuştun aydınlatma gibi aydınlatma dışındaki elektriğinin kesilemeyeceği de açıktır⁴². Bu durumda Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik ile bulundurulmasına izin verilen elektrikli eşyaların kullanımına izin verilmeyeceği, toplatılabileceği ileri sürülebilir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere Yönetmelik ile bulundurulmasına izin verilen elektrikli eşyalar lüks tüketim maddesi olmayıp temel ihtiyaç niteliğinde olduğundan kanımızca eşyaların kullanılmasının engellenmesi ya da geri alınması söz konusu olamayacaktır.

Konu hakkında son olarak belirtilmelidir ki Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik'in 18 ve 9. maddeleri birlikte değerlendirilerek tutuklulardan da elektrik giderine ilişkin tahsilat gerçekleştirilmektedir. Oysa henüz haklarında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunmayan tutuklular masumdur ve kendilerinin özgürlüğü hiçbir şekilde kefarete amacıyla değil koruma tedbiri olarak kısıtlanmaktadır. Yine ölkemizde tutukevi bulunmadığından tutuklular ceza infaz kurumlarına yerleştirilmektedirler. Her ne kadar CvGTİHK'un 111. maddesi bu uygulamaya izin verir görünmekteyse de bu uygulamanın hukukiliği de tartışmalıdır. Sonuçta bir koruma tedbiri olması uyarınca; muhakemenin sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilebilmesini, delil elde edilmesini sağlama veya elde edilmiş delilin koruma

42 Bununla birlikte elektrik giderini ödemeyen mahpusların elektriklerinin kesildiğine dair haberlere rastlanılmaktadır (<https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/260882-hapishanede-de-faturasini-odemeyenin-elektrigi-kesiliyor> (Erişim:08.04.2023), <https://www.gazeteduvar.com.tr/zamlar-cez-aevlerini-de-etkiledi-3-gun-beklemeden-elektrigi-kestiler-haber-1553264> (Erişim:08.04.2023)).

altına alınması amacıyla⁴³ uygulanan tutuklamanın neden olduğu tüm giderler de devlet tarafından karşılanmalıdır. Bu nedenle de tutuklulardan da elektrik ücreti tahsil edilmesinin hukuka uygun olmadığı kanaatindeyiz.

Tutuklulardan tahsil edilmekte olan elektrik giderlerinin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun⁴⁴ 141. maddesi kapsamında da değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira CMK'nın 141. maddesi uyarınca; *"tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen, mahkum olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezaıyla cezalandırılan"* kişiler, maddi ve manevi her türlü zararını devletten isteyebileceklerdir.

Ancak anılan şartları taşıyan kişiler tarafından tutukluluk sürecinde kendilerinden tahsil edilmiş bulunan elektrik giderleri CMK'nın 141. maddesi kapsamında talep edildiğinde bu talepler kabul edilmemekte ve iadesine karar verilmemektedir⁴⁵. Bu durum da mülkiyet hakkı ile İHAS'ın 5/5. fıkrasını ihlal eder nitelikte olduğunu düşünmekteyiz.

Sonuç

Çalışma kapsamında açıklanmaya çalışıldığı üzere mahpuslardan elektrik giderlerinin tahsilinin kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle de bu yönde bir tahsilat hukuka uygun değildir.

⁴³ Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı, Sesim Soyer Güleç, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri", Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2019, s:26.

⁴⁴ Bundan sonra CMK olarak anılacaktır.

⁴⁵ Sinan Sürücü, Doğukan Algan, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları", İzmir Barosu Dergisi, Yıl:79, Sayı:2, Mayıs 2014, s:59,60. Bu yöndeki birçok karar arasından örnek olarak İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2017/211 esas, 2018/385 karar sayılı 12.11.2018 tarihli kararı gösterilebilir. Anılan karar içerisinde mahkemece; *"cezaevinde hayatını idame ettirmek için harcadığı, gözaltında ve tutuklu olmasaydı da yapacağı harcamaların kendisine maddi tazminat kapsamında ödenmesinin mükerrer maddi tazminat ödemesine yol açacağı"* denilmiştir. Ancak ilgili kişi tutuklanmamış olsaydı kimi giderleri yapmış olmayacağı açıktır. Örneğin kişi tutuklanmamış olsaydı, çalışma konusu kapsamındaki; cezaevinde kalması olduğu koşunun elektrik ve benzeri giderlerine ortak olmak zorunda kalmayacağı açıktır.

İnsan haklarının ulaştığı nokta ve Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik ile ceza infaz kurumlarında yer alan koşullarda bulundurulmasına izin verilen elektrikli eşyalar dikkate alındığında anılan eşyaların bulundurulması ve kullanılması engellenemeyecektir. Zira aksi halde kişilerin en temel ihtiyaçlarından bazısının karşılanmaması söz konusu olacak, bu durum da özgürlük kısıtlamasının doğasında yer alan ızdırap düzeyini aşan sonuçlara yol açacaktır. Bu durum İHAM içtihatlarında İHAS'ın ihlali olarak kabul edilmekte olduğundan olası bir engelleme halinde ülkemiz aleyhine bir ihlal kararı verilmesi söz konusu olacaktır.

Nitekim çağdaş ceza infaz sistemlerinde temel amaç kefarete değil rehabilitasyon ve topluma yeniden kazandırma haline gelmiştir. Hükümlülerin elektrik kullanımının temel ihtiyaçların kullanılmasını engelleyecek şekilde kısıtlanması ya da bu kullanımı engeller nitelikte ücret talep edilmesi infazın amacına da uygun olmayacaktır.

Tüm bunlardan bağımsız olarak elektrik giderlerinin gerçek anlamda kişiselleştirilmiyor oluşu da mülkiyet hakkını zedeler niteliktedir. Oysa mülkiyet hakkı hem Anayasa hem de uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınmış bir insan hakkıdır.

Sonuçta mahpuslardan elektrik gideri tahsil edilmesinin hukuka uygun olmadığını ve bu duruma son verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Kaynakça

Ağtaş Özkan, “Ceza ve Adalet”, Metis Yayıncılık, 2. Baskı, 2017

Akbulut Berrin, Demirkol Neslihan, Turan Taha Yasin, “İnfaz Hukuku”, Adalet Yayınevi, 2021

Arabacı Esmâ Nalbant, “Norbert Elias’ın Uygarlık Kuramı Üzerine Bir İnceleme”, Cilt:12, Sayı:3, Eylül 2019

Aras Bahattin, Güverçin Sezgin, “İnfaz Hukuku”, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2021, Ankara

Artuk Mehmet Emin, Alşahin Mehmet Emin, “Hapis Cezalarının ve Cezaevlerinin Tarihi Gelişimi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl:2015, C:21, S:2

Bacaksız Pınar, “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan

Barnes Harry Elmer, Teeters Negley K., “İlkel Cezalar ve Fiziksel Cezanın Başlıca Türleri”, Çev.: Devrim Aydın, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4

Bayrak Emek, “Şiddet Tekelinin Tarihsel Gelişimi ve Bugüne Dair Notlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:68 (1), 2019

Demirbaş Timur, “İnfaz Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, 2021

Dilberoğlu A. Vedat, “Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, 2016

Ertekin Cumhuri, “Zulmün Tarihi”, Sia Kitap, 2. Baskı, 2021

Foucault Michel, “*Hapishanenin Doğuşu*”, Çev.: Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, 8. Baskı

Gökcen Ahmet, “*Hürriyeti Bağlayıcı Cezanın Amacı ve İnfazı Sistemleri*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:8, Yıl:2000, Sayı:1-2

Harris David John, O’Boyle Michael, Bates Ed, Buckley Carla, “*Harris, O’Boyle & Warbrick Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*”, Çev.: Ulaş Karan, Mehveş Bingöllü Kılıcı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, 2021, İstanbul

Kelce Sıla Nazlı, Aktay Halil İbrahim, “*Devletin Şiddet Tekeli – Meşruiyet Sorgusu*”, <http://www.umut.org.tr/userfiles/files/PDFler/S%C4%B1la%20Nazlı%C4%B1%20Kelce%2C%20Halil%20I%CC%87brahim%20Aktay.pdf>

Kıdıl Fahrettin, “*Cezalandırmanın Amacı ve “Umut Hakkı” Bağlamında Koşullu Salıverilme Yasakları*”, TBB Dergisi, Yıl:31, Sayı:138, 2018

Macovei Monica, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 91, 1. Bası, Eylül 2005

Özbek Veli Özer, “*İnfaz Hukuku*”, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, 2021

Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, “*Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*”, Seçkin Yayıncılık, 21. Baskı, Ekim 2021

Öztürk Bahri, Kazancı Behiye Eker, Güleç Sesim Soyer, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*”, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2019

Paye Jean-Claude, “*Hukuk Devletin Sonu*”, İmge Kitabevi, 1. Baskı, 2009

Roth Mitchel P., “Göze Göz Suç ve Cezanın Küresel Tarihi”, Çev.: Barışhan Erdoğan, Can Yayınları, 1. Baskı, 2017

Sancakdar Oğuz, Önüt Lale Burcu, Doğan Eser Us, Turhan Mine Kasapoğlu, Seyhan Serkan, “İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı”, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Eylül 2019

Sanıvar Ramadan, “Modern İnfaz Hukuku ve Koşullu Salıverilme (Şartlı Tahliye) Kurumu”, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2020

Sürücü A. Sinan, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türkiye’de Tutuklama”, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2010

Sürücü Sinan, Algan Doğukan, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:79, Sayı:2, Mayıs 2014

Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sancakdar Oğuz, Önok Rifat Murat, “İnsan Hakları El Kitabı”, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, 2019

Teziç Erdoğan, “Anayasa Hukuku”, Beta Yayınları, 5. Bası, İstanbul 1998

Yavuzdoğan Seçkin, “Anayasa Mahkemesinin Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisine Yaklaşımı”, AÜEHFD, C. VIII. S.3-4 (2004)

Diğer Kaynaklar

<https://cte.adalet.gov.tr/Home/SSSorularDetay/7>

<https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/260882-hapishanedede-faturasini-odeyemeyenin-elektrigi-kesiliyor>

<https://www.gazeteduvar.com.tr/zamlar-cezaevlerini-de-etkiledi-3-gun-beklemeden-elektrigi-kestiler-haber-1553264>

■ Arş. Gör. Dr. Sevda BORA ÇINAR* ■

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA HÂKİM TEŞEBBÜS

DOMINANT UNDERTAKING IN GROUP COMPANIES

ÖZET

Şirketler hukukunda, her bir şirketin bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olduğu kabulü, ekonomik gerçeklik temelinde tekrar gözden geçirilerek, şirketler topluluğuna ilişkin çeşitli düzenlemeler öngörülmüştür. Bu düzenlemelerden en dikkat çekenleri ise topluluk hâkiminin “teşebbüs” olması halinde de şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin uygulanacağını öngören, Türk Ticaret Kanunu m. 195/5 hükmü ve bu çerçevede getirilmiş ilgili diğer hükümlerdir. Şirketler topluluğu hâkiminin teşebbüs olması durumunu ele alan bu çalışmada, öncelikle teşebbüs kavramı ele alınarak, bu kavramının şirketler topluluğu hukuku içerisindeki yeri incelenmektedir. Sonrasında hâkim teşebbüsün, şirketler topluluğu hukuku çerçevesindeki hak ve yükümlülükleri açıklanarak, topluluk hukukundan doğan sorumlulukları, çeşitli olasılıklar göz önünde bulundurulularak ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Şirketler Topluluğu, Hâkim Teşebbüs, Hâkim Şirket, Bağlı Şirket.

ABSTRACT

In company law, the assumption that each company has an independent legal personality has been reconsidered on the basis of economic reality, and various regulations regarding the group of companies have been envisaged. The most noteworthy of these regulations is the provision of Article 195/5 of the Turkish Commercial Code, which stipulates that the regulations regarding the group of companies shall also be applied in the event that the dominant company of the group is an “undertaking”, and other relevant provisions introduced within this framework. In this study, which deals with the situation where the dominant company is an undertaking, firstly, the concept of undertaking is discussed and the place of this concept in the law of group of companies is analysed. Subsequently, the rights and obligations of the dominant undertaking within the framework of the law of the group of companies are explained, and its liabilities arising from the law of the group of companies are discussed by considering various possibilities.

Keywords: Group of Companies, Dominant Undertaking, Dominant Company, Affiliated Company.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 08.06.2023 Kabul Tarihi: 24.08.2023

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1425-8227>

Akdeniz Üni. Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,

sevdabora@akdeniz.edu.tr, av.sevdabora@gmail.com

GİRİŞ

Şirketler hukuku, ayrı tüzel kişilik, bağımsız bir yönetim organı ve şirketin menfaatinin gözetileceği kabulü ile şirket yapılarını düzenlemektedir. Ancak uygulamada, şirketler ekonomik gerekçelerle birlik oluşturabilmekte, her ne kadar ayrı tüzel kişilik, yönetim organı ve organizasyon yapıları olsa da topluluk halinde hareket ederek, kendi zararlarına ancak topluluk menfaatine olacak şekilde uyumlu eylemlerde bulunabilmektedir¹. Uygulamadaki bu ekonomik gerçeklik, topluluğun ya da topluluk üzerinde hâkimiyet kuranların menfaatlerinin üstün tutulmasıyla birlikte, topluluğu oluşturan diğer bağlı şirketlerin menfaatlerinin göz ardı edilmesi riskini ortaya çıkarmaktadır². Dolayısıyla bu tür topluluklarda her ne kadar bağlı şirketler zarara uğrasa da topluluk ya da yalnızca topluluk hâkimi kâr elde etmekte, bağlı şirketin yöneticileri sorumluluğu taşımaktayken, şirketler topluluğundaki diğer şirketlerle sorumluluk paylaşamadığı gibi şirket alacaklıları ve pay sahipleri de zarara uğratılabilmektedir³. İşte bu ekonomik gerçeklik halini almış uygulamanın, adaletsiz sonuçlarının önüne geçilmesi amacıyla, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁴ (TTK)'nda Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG) m. 17-21 ve 291-337 hükümlerinden esinlenilerek ve Avrupa Konzern hukukuna ilişkin Forum Europeum önerileri dikkate alınarak şirketler topluluğuna ilişkin kapsamlı düzenlemeler yapılmıştır⁵. Böylelikle her ne kadar şirketler topluluğunun, kendisini oluşturanlardan ba-

¹ Topluluğu oluşturan şirketlerin ekonomik bir bütünlük oluşturduğu yönünde Gamze Aşçıoğlu Öz, *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu, 2000, s. 148; Muzaffer Eroğlu, *Multinational Enterprises and Tort Liabilities*, Edward Elgar Publishing, 2008, s. 11; Ekonomik bütünlüğün tespitine yönelik Amerikan Hukukundaki testlere ilişkin bilgi için bkz. Aytül Tokatlı, *Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı*, Ankara: Rekabet Kurumu, 2009, s. 21 vd.

² Gül Okutan Nilsson, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 13; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2015, §23, N 4.

³ Rekabet hukuku ve TTK açısından sermaye şirketlerinin sınırlı sorumluluk ilkesi ve bu ilkeye karşı geliştirilen sorumluluk uygulamaları hakkında bilgi için bkz. Muzaffer Eroğlu, "Yavru Şirket Tarafından İşlenen Rekabet İhlallerinden Dolayı Ana Şirkete Ceza Verilmesi", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VIII*, 2010, s. 273 ve 284 vd.

⁴ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.1.2011, RG 14.2.2011/27846.

⁵ TTK Şirketler Topluluğu, 195 ilâ 209'uncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar.

ğımsız olarak ayrı bir kişiliği veya mal varlığı bulunmasa da topluluğu oluşturanlar arasındaki ilişkilerin, şeffaf, hesap verilebilir ve tarafların menfaatleri gözetilerek kurallara bağlanması sağlanmıştır⁶.

Şirketler topluluğu hukuku, ilk olarak TTK'da kapsamlı şekilde ele alınmış, her bir şirketin bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olduğu kabulü, ekonomik gerçeklik temelinde tekrar gözden geçirilerek, topluluk oluşturan şirketlerin iç ve dış ilişkilerinde ortaya çıkabilecek çeşitli uyumsuzlukların giderilmesi amacıyla, bir takım sorumluluk düzenlemeleri öngörülmüştür. Şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerden en dikkat çekenlerinden biri ise şirketler topluluğunda hâkimiyet kuranın “teşebbüs” olması halinde de şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin uygulanacağını öngören TTK m. 195/5 hükmü ve bu çerçevede getirilmiş ilgili diğer hükümlerdir.

Çalışmamızda öncelikle teşebbüs kavramı ele alınmakta, bu çerçevede genel olarak şirketler topluluğuyla ilgili kavramlar üzerinde durularak, teşebbüs kavramının şirketler topluluğu hukuku içerisindeki yeri incelenmektedir. Sonrasında şirketler topluluğunda yer alan teşebbüsün, şirketler topluluğu hukuku çerçevesindeki hak ve yükümlülükleri üzerinde durulmaktadır. Hâkim teşebbüsün sorumluluğu incelenirken de öncelikle şirketler topluluğu hukukunun sorumluluk esasları genel olarak açıklanmakta, sonrasında ise hâkim teşebbüsün topluluk hukuksundan doğan sorumluluğu çeşitli olasılıklar göz önünde bulundurularak incelenmektedir.

I. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNUN HAKİMİ OLARAK TEŞEBBÜS KAVRAMI

A) GENEL OLARAK

Şirketler topluluğu düzenlemeleri, “hâkimiyet ve tek elden yönetim” ile “kontrol sistemi” olmak üzere temelde iki ölçütten hareket edilerek düzenleme alanı bulmaktadır⁷. Kontrol sistemini esas alan TTK

⁶ TTK Genel Gerekçe, N 115.

⁷ Sistem açıklamaları hakkında bilgi için bkz. TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin genel gerekçesi.

m. 195/1'e göre: "Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; 1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya 2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturmuş sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya 3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir⁸." Bu sayılan durumların hiçbirine girmemekle birlikte, "bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması" durumunda ilgili şirket üzerinde hâkimiyet kurduğu karine olarak kabul edilmektedir (TTK m. 195/2). Görüldüğü üzere oyların çoğunluğuna sahip bulunulması önemli görülmüş ancak bu durum hâkimiyet açısından aksi ispat edilebilir bir şekilde hüküm altına alınmıştır⁹.

Kanun çalışmaları sırasında, şirketler topluluğu düzenlenirken, başlangıçta yalnızca sermaye şirketleri esas alınmış, sonrasında ise şirketler topluluğu tanımlanırken ticaret şirketleri kavramı benimsenmiştir¹⁰. Ancak şirketler topluluğunda, ticaret şirketi olmayan herhangi bir özel veya kamu tüzel kişisi, gerçek kişi veya ticarî işletmenin bulunması, bunların merkezleri veya yerleşim yerlerinin yurt dışında bulunması gibi çeşitli olasılıkların şirketler topluluğuna ilişkin sorumluluk düzenlemelerinden kurtulmaya neden olacağı göz önüne alınmıştır¹¹. Bu yolu kapatmak amacıyla da TTK geniş bir istisna hükmü öngörmüş, ancak bu istisnayı

⁸ Bu şartlardan herhangi birinin varlığının, kanunen hâkim ve bağlı şirket ilişkisinin kurulması için yeterli olduğu yönünde TTK m. 195/1 gerekçesi.

⁹ Nitekim oyda imtiyaz hakları veya yönetim organındaki çoğunlukla, sermaye çoğunluğunun tamamen etkisiz duruma getirilebileceği, bu sebeple sermaye çoğunluğuna sahip olmanın tek başına hâkimiyet için yeterli olmadığı yönünde açıklamalar için bkz. TTK m. 195/2 gerekçesi.

¹⁰ Tasarı aşamasında, şirketler topluluğuna ilişkin Türk sistemini inceleyen bazı ünlü Alman hukukçularının, sermaye şirketi esas alınmasını eleştirdiği yönünde bkz. TTK şirketler topluluğuna ilişkin genel gerekçesi; Şirketler topluluğu hukukundaki gelişmeler, çoğunlukla sermaye şirketleri alanında yaşandığı için hükmün tüm şirket türlerini kapsamasının isabetli bir tercih olmadığı yönünde bkz. Kağan Susuz, "Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hâkim Teşebbüs Kavramı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 18, S. 2, 2013, s. 269, 278.

¹¹ TTK m. 195/5 gerekçesi.

da yalnızca topluluk hâkiminin teşebbüs olması olasılığına özgülemiştir. TTK m. 195/5'e göre: “Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tablolar hakkındaki hükümler saklıdır¹².”

TTK m. 195/1'e göre topluluğu oluşturan şirketlerden: “en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır.” Dolayısıyla topluluk hakiminin teşebbüs olması durumunda, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulması için hâkim teşebbüsün merkezi veya yerleşim yerinin yurt içinde bulunması; yurt dışında bulunması halinde ise bağlı şirketlerden en az birinin merkezinin Türkiye’de bulunması gerekmektedir. Aksi halde şirketler topluluğu kuralları uygulama alanı bulamayacaktır.

B) TEŞEBBÜS KAVRAMI

Ticari işletme kavramının benimsendiği Türk Ticaret Hukuku açısından, ilk olarak TTK ile ve şirketler topluluğu çerçevesinde ticaret hukukuna dahil edilen teşebbüs kavramı, daha çok rekabet hukuku alanında yerleşmiş bir kavramdır¹³. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun¹⁴ (RKHK) kapsamında teşebbüs; “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri” ifade etmektedir (RKHK m. 3). Bu tanımdan yola çıkıldığında, teşebbüs kabul

¹² Bu istisna hükmü, şahıs şirketlerini de kapsadığından, şirketler topluluğunu sermaye şirketlerini esas alarak düzenlemenin ve yalnızca teşebbüsü istisna sayarak dolaylı olarak şahıs şirketlerini de sisteme katmanın daha faydalı olacağı yönündeki eleştirisi için bkz. Susuz, s. 270; ancak kanaatimizce bu istisna hükmü yalnızca topluluk hâkiminin teşebbüs olmasını düzenlediğinden, bağlı şirket anlamında şahıs şirketlerinin de toplulukta yer almasını sağlayamayacaktır. Mümkün olduğunca uygulamadaki topluluk halinde hareket eden organizasyonları sorumluluk hukuku kapsamına dahil edilmek adına topluluğa dahil olabileceklerin kapsamını geniş tutmak faydalı olacaktır.

¹³ Özlem Karaman Coşgun, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 21, S. 1, 2015, s. 107, 109.

¹⁴ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4054, Kabul Tarihi: 7.12.1994, RG 13.12.1994/22140.

edilebilmek için, ekonomik faaliyeti yerine getirmek ve bağımsız olmak şeklinde iki temel unsuru karşılamak gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır¹⁵. Bunun yanında teşebbüsün, gerçek ya da tüzel kişi olabileceği gibi kişiliği olmayan adi ortaklık niteliğinde dahi olması mümkündür¹⁶. Bu sebeple teşebbüs, işletme kavramını da içerecek şekilde çok daha geniş kapsamlı bir kavramı ifade etmektedir¹⁷. Teşebbüsün ticaret şirketi olması zorunlu olmadığından, dernek, vakıf gibi özel hukuk kişileri ile kamu tüzel kişileri ya da gerçek kişilerin de teşebbüs olması mümkündür¹⁸. Nitekim TTK'da zaten ticaret şirketleri hâkim şirket olarak ifade edildiğinden, teşebbüs kavramıyla öncelikle ticaret şirketleri dışındaki kişi veya birliklerin de kapsama dahil edilmesinin hedeflendiğini söylemek mümkündür¹⁹.

Hâkim teşebbüs çerçevesinde hem TTK ve hem de RKHK ekonomik gücün sağladığı imkânların kötüye kullanılmasını önlemeyi hedeflediğinden, iki Kanun arasında benzerlikler olduğu gibi korunmasını hedefledikleri kitle sebebiyle birtakım farklılıklar da bulunmaktadır²⁰. Örneğin TTK anlamında bağımsızlık unsuru farklı yorumlanmaktayken, RKHK kapsamındaki bağımsızlık, emir, talimat alınmaması ve sözleşmesel bağıllık ilişkilerini de kapsayacak şekilde iktisadi birliğin

¹⁵ Aşçıoğlu Öz, s. 147; Oğuzkan Güzel, *Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri*, Rekabet Kurumu, 2003, s. 6; Metin Topçuoğlu, *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Rekabet Kurumu, 2001, s. 109 vd.; İsmail Kayar ve Özlem İlbasmış Hızlısoy, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- IX*, 2011, s. 55,75; Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. Basım, Ekin, 2001, s. 31; Fatma Betül Çakır Çelebi, "Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C. 4, S. 1, 2018, s. 25; Gönenç Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, Seçkin, 2022, s. 74.

¹⁶ Pelin Güven, *Rekabet Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2009, s. 52 vd.

¹⁷ Tekinalp, *Sermaye Ortaklığı*, §23, N 18; Rekabet hukukunda daha çok iktisadi gerçekliklerden hareket edildiği için kavramın kapsamının TTK'nın ticari işletme kavramından daha geniş olmasının isabetli olduğu yönünde Aşçıoğlu Öz, s. 147; Nurkut İnan ve Mehmet B. Piker, *Rekabet Hukuk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007, s. 10.

¹⁸ Topçuoğlu, s. 103; Oruç Hami Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 171 vd.; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Dora, 2013, s. 122; Güven, s. 53; Ebru Ekşioğlu, *Rekabet Hukuku*, Aristo, 2017, s. 16 vd.

¹⁹ Gül Okutan Nilsson, "Türk Ticaret Kanununda Şirketler Topluluğu Hukukunun Ana Hatları", *Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları*, 2015, s. 246.

²⁰ TTK ve RKHK karşılaştırması için bkz. Kayar ve İlbasmış Hızlısoy, s. 55-97.

tam anlamıyla bağımsız hareket etmesi anlamını taşımaktadır. Başka bir deyişle TTK hukuki bağımsızlıktan yola çıkarken, RKHK’da ekonomik bağımsızlık kriteri öne çıkmaktadır. Bu doğrultuda şirketler topluluğundaki bağlı şirketlerin RKHK açısından teşebbüs kavramını karşılamadığı, hatta hâkim (ana teşebbüs) ve bağlı şirketlerin bir bütün olarak RKHK açısından teşebbüs, başka bir deyişle ekonomik birlik olarak kabul edildiği sonucuna ulaşmak gerekmektedir²¹. Bununla birlikte RKHK uygulamasında da TTK’da olduğu gibi teşebbüslere çeşitli sorumluluklar yüklenmektedir. Örneğin RKHK kapsamında, teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar almaları (RKHK m. 4), hâkim durumlarını kötüye kullanmaları (RKHK m. 6) ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde diğer teşebbüslerle birleşmeleri ya da diğer teşebbüslerin payını devralmaları (RKHK m. 7) yasaklanan faaliyetler arasında yer almaktadır²².

C) TEŞEBBÜSÜN ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDAKİ YERİ

TTK, teşebbüsü yalnızca topluluk hâkimi olması durumunda şirketler topluluğuna dâhil kabul etmektedir²³. Nitekim bir ticaret şirketinin hâkimiyeti altında olan ve şirket kapsamına girmeyen ekonomik birlik, RKHK kapsamında bağımsızlık şartını sağlamadığından teşebbüs olarak kabul edilmediği gibi TTK anlamında da şirketler topluluğunun içerisinde bağlı “teşebbüs” olarak değerlendirilmesi mümkün olmamalıdır²⁴. Ayrıca TTK m. 195/1-3 hükümlerine lafzi olarak bakıldığında, bir hâkim ve yalnızca bir bağlı şirket olmak üzere iki şirketin bulunması du-

²¹ Güzel, s. 24 vd.; Benzer sebeplerle, TTK anlamında bağımsız tacir yardımcısı kabul edilen acentenin, müvekkilinin talimatları doğrultusunda hareket etmesi sebebiyle RKHK kapsamında bağımsızlık unsurunu karşılamadığından, teşebbüs olarak kabul edilemeyeceği yönünde Aşçıoğlu Öz, s. 148.

²² Rekabet hukukunda yasaklanan faaliyetlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Güzin Üçışık ve Nazmi Ocak, “Türk Rekabet Hukukunda Yasaklanan Faaliyetler ve Rekabet Kurulunun 9/12/2004 Tarih ve 04-78/1115-282 sayılı Telekom’a İlişkin Önaraştırma Kararının Düşündürdükleri”, *Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan*, 2006.

²³ Aynı yönde Şener, s. 171; Aksi yönde bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklığı*, §23, N 15.

²⁴ Topçuoğlu, s. 113; Teşebbüse bağlı olanların mutlaka ticaret şirketi olması gerektiği yönünde Şener, s. 172; Çakır Çelebi, s. 22; Rabia Üzümcü, “Kamu Tüzel Kişilerinin Tacir Sıfatı Alanında Yaşanan Gelişmeler”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Gaziantep Üniversitesi, 2019, s. 48; Aksi yönde bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklığı*, §23, N 17.

rumu, hâkim ve bağlı şirket olarak tanımlanmak için yeterli görünmektedir²⁵. Bu durumda, hâkim şirketin yerini bir teşebbüsün alması halinde ise yalnızca bir bağlı ticaret şirketi ile de topluluk oluşması mümkün olmalıdır²⁶. Bu olasılığın tek kişi sermaye şirketi özelinde gerçekleşmesi durumunda ise tek kişi şirketin tek pay sahibinin teşebbüs olması halinde dahi tam hakimiyetle kurulan şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulması gibi ilginç bir yaklaşım ortaya çıkabilmektedir²⁷. Alman hukukunda da şirket ortağının şirket dışında ekonomik faaliyetlerde bulunması ve bu faaliyetin şirketin dezavantajlı duruma geçmesine yol açacak kadar etkin güçte olması olasılığında, ortak ve şirketin birbirinden ayrı ele alınması gerektiği üzerinde içtihatlar bulunmaktadır²⁸. Ancak Türk hukukunda, hâkim ve bağlı şirket tanımlarında kavramlar tekil şekilde kullanılmaktayken, şirketler topluluğunu tanımlayan TTK m. 195/4 hükmünde “*Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır.*” şeklinde çoğul olarak “*şirketler*” kavramı kullanılması hem ikincil düzenlemelerde hem de öğretide çeşitli farklı yorumlara sebebiyet vermiştir²⁹. Hükmün, hâkim şirket bakımından da çoğul kullanımının lafzi yorumlanması ha-

²⁵ Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 67; Asuman Yılmaz, *Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk*, On İki Levha, 2010, s. 300; Rabia Eda Giray, “Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Şirketler Topluluğu” iç Sami Karahan (ed), *Şirketler Hukuku*, Mimoza Yayıncılık, 2013, s. 129; Kürşat Göktürk, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları*, Adalet Yayınevi, 2015, s. 13.

²⁶ Susuz, s. 278; Göktürk, s. 21; Fatih Aydoğan, *Tek Kişi Ortaklığı*, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 215; Çakır Çelebi, s. 23; Gündoğdu, s. 115; Muhammed Sulu, “Şirketler Topluluğunda Satın Alma Hakkı, Ayrılma Akçesi ve Anonim Şirketten Çıkarma Üzerine Düşünceler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 80, S. 1, 2022, s. 217; Alman hukuku işletmeyi esas aldığından iki teşebbüsle de topluluk oluşabileceğine yönelik Tekinalp, *Sermaye Ortaklığı*, §23, N 14; bu yorumun aile şirketlerini de şirketler topluluğu hükümlerine tabi kıldığı için sakıncalı olduğu yönünde Karaman Coşgun, s. 131.

²⁷ Böyle bir olasılığın ne kanunun mantığına ne de ekonomik gerçekliğe uygun olacağı yönünde eleştiriler için bkz. Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. I, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, §20, N 9.

²⁸ Ingo Theusinger, “Das deutsche Konzernrecht-Grundlagen und aktuelle praktische Fragestellungen-”, *Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları*, 2015, s. 274; Tekinalp, *Sermaye Ortaklığı*, §23, N 14; Yılmaz, s. 122.

²⁹ Bu hükmeye dayanarak topluluğun oluşması için bir hâkim şirket ve hâkim şirkete bağlı en az iki şirket olması gerektiği yönünde İrfan Akın, *Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku*, Seçkin, 2014, s. 31; Tekinalp, *Sermaye Ortaklığı*, §23, N 13; Karaman Coşgun, s. 131; Karşı görüşte Çakır Çelebi, s. 23; bu hükmün şirketler topluluğunun en az kaç şirketten oluşacağını değil, şirketler topluluğunun hangi şirketlerden oluşacağını düzenlediği yönünde bkz. Gündoğdu, s. 114.

linde, en az iki hâkim şirket şeklinde anlaşılması da gayet mümkünken, daha çok bağlı şirketler bakımından farklı yorumlara gidildiği görülmektedir. Öyle ki Ticaret Sicil Yönetmeliği³⁰ (TSY) m. 105'e göre topluluk oluşturmak için bir hâkim ve en az iki bağlı şirket olmak üzere toplamda üç şirket gerekmekte, topluluk hâkiminin teşebbüs olması halinde ise TTK m. 195/4 hükmündeki çoğul ifade yorumunu dahi aşacak şekilde teşebbüse bağlı en az üç ticaret şirketi bulunması gerektiği belirtilmektedir³¹. Teşebbüsün hâkimiyeti istisnai olarak düzenlendiğinden, normalde kurulan bir şirketler topluluğunun, TTK hükümlerinden kaçınmak amacıyla bir teşebbüs tarafından idare edilmesinin önüne geçilmek istendiği ve bu sebeple toplulukta en az üç şirketin arandığı ifade edilmektedir³². Ancak kanaatimizce TSY m. 105, açıkça TTK m. 195/4 hükmüne aykırılık taşıdığından, ilgili yönetmelik hükmünün TTK ile uyumlu hale getirilmesi, hâkimin teşebbüs olması halinde topluluk oluşumu için en az üç bağlı şirket olması isteniyorsa da bunun yönetmelikte değil açıkça TTK'da düzenlenmesi gerekmektedir³³. Özellikle şirketler topluluğunun oluşması için yönetmeliğin değil TTK'nın esas alınması ve şirketler topluluğu tanımındaki çoğul ifadelerden ziyade, bağlı ve hâkim şirket sayılmanın koşullarının esas alınması halinde, bir teşebbüsün bir sermaye şirketinin paylarının tamamını ele geçirmesiyle birlikte, somut olayda hem tek kişi ortaklığı ve hem de şirketler topluluğu hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkündür³⁴. Hükümler bu şekilde lafzıyla değil amacıyla yorumlandığında, mümkün olduğunca, şirket alacaklılarının sınırlı sorumluluk ve ayrı tüzel kişilik ilkesi öne sürülerek zarara uğratılmasının önüne geçilebilecektir.

³⁰ Ticaret Sicil Yönetmeliği, Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 19.12.2012, RG 27.01.2013/28541.

³¹ Alman hukukunda biri hâkim biri bağlı olmak üzere iki şirket yeterliyken, Türk hukukunda en az üç şirket aranmasının, yalnızca düzenlemenin kapsamını daraltmaya hizmet ettiği yönünde eleştiriler için bkz. Akın, s. 32.

³² Tekinalp, *Sermaye Ortaklığı*, §23, N 15.

³³ Aynı yönde bkz. Gündoğdu, s. 117; Yönetmelikteki düzenleme doğru sayılsa bile bu düzenlemenin yerinin yönetmelik değil Kanun olması gerektiği yönünde Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, Beta, 2015, s. 72; Yönetmelikle Kanun'a aykırı düzenleme getirilemeyeceğinden, bu hükmün uygulama alanı bulmayacağı yönünde Giray, s. 130; Çakır Çelebi, s. 23; hâkimin teşebbüs olması halinde iki bağlı şirketle topluluğun kurulması gerektiği, yönetmeliğin TTK kapsamını daraltamayacağı yönünde Akın, s. 32; Karaman Coşgun, s. 132; Üzümcü, s. 51 vd.

³⁴ Susuz, s. 276; Üzümcü, s. 52.

II. HAKİM TEŞEBBÜSÜN ŞİRKETLER TOPLULUĞU KAPSAMINDA HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlere bakıldığında, topluluk üyelerinin borç ve yükümlülüklerini yerine getirmekle görevli olarak genelde yönetim kuruluna işaret edilmektedir. Ancak yönetim kurulu organı, sermaye şirketlerine özgü bir kavram olduğundan, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasına işlerlik kazandırmak ve yorum güçlüklerini ortadan kaldırmak amacıyla bu kavramın karşılığı, tüm olasılıklar göz önüne alınarak TTK m. 195/6 hükmünde açıkça belirtilmektedir³⁵. İlgili hükme göre: “Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında “yönetim kurulu” terimi limited şirketlerde müdürleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde yöneticileri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını ve gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini” ifade etmektedir. Çalışmamızda teşebbüsün hâkimiyeti esas alındığından, aşağıdaki yükümlülükleri yerine getirecek olan da teşebbüsün tüzel kişi olması halinde yönetim organı, gerçek kişi olması halinde ise bizzat kendisidir. İlgili hak ve yükümlülükler ele alınırken de yalnızca teşebbüs kavramı çerçevesinde ilgili konuların ele alındığını belirtmek gerekmektedir. Nitekim her bir hak ve yükümlülük genel olarak ele alındığında her birinin ayrı bir çalışmanın konusu olacak kadar geniş ve kapsamlı oldukları açıktır. Çalışmamız topluluk hâkiminin teşebbüs olması olasılığına odaklanarak, bu durumun şirketler topluluğu hukuku bağlamında genel bir resmini ortaya koymayı hedeflemektedir.

A) TACİR SAYILMA VE TACİR OLMANIN HÜKÜMLERİNE TABİ OLMA

TTK m. 195/5 hükmüne göre hâkim teşebbüs tacir sayılmaktadır. Bu düzenleme ile teşebbüs ve ticari işletme arasındaki fark ortaya koyularak, ticari işletmenin ticari faaliyeti, teşebbüsün ise bu faaliyeti gerçekleştireni ifade ettiği vurgulanmaktadır³⁶. Bunun sonucu olarak da tacir olmayabilen teşebbüs için de topluluğun hâkimi olması durumun-

³⁵ TTK m. 195/6 gerekçesi.

³⁶ Kayar ve İlbasmış Hızlısoy, s. 74.

da, TTK m. 18 ve devamında düzenlenen tacir olmanın hükümlerinin uygulanacağı öngörülmektedir³⁷. Tacir olmanın hüküm ve sonuçlarına genel olarak bakıldığında ise tacir kabul edilen teşebbüs, her türlü borcu için iflas yoluyla takip edilebilmekte, bunun yanında hâkim teşebbüsün kanuna uygun bir ticaret unvanı seçmesi, ticari işletmesi varsa ticaret siciline tescil ettirmesi ve TTK hükümleri uyarınca gerekli ticari defterleri tutması gerekmektedir (TTK m. 18/1). Ayrıca hâkim teşebbüsün şirketler topluluğuna ilişkin bütün faaliyetlerinde basiretli hareket etmesi de gerekmektedir (TTK m. 18/2). Yine topluluktaki diğer bağılı şirketlerle ilişkilerinde, karşı tarafın da tacir olması halinde TTK m. 18/3 hükmü gereği: “diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile” yapılmalıdır.

Hâkim teşebbüsün borçları tacir olmanın bir sonucu olarak temelde ticari kabul edilmektedir. Ancak, TTK m. 19/1 hükmü gereği teşebbüs gerçek kişi ise “işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde” ilgili borç, adi borç olarak kabul edilmektedir. Bunun yanında TTK m. 19/2 gereği, “Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş” sayılmaktadır. TTK m. 20 hükmü gereği, hâkim teşebbüs “Tacir olan veya olmayan bir kişiye, ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş ise uygun bir ücret isteyebilir. Ayrıca, verdiği avanslar ve yaptığı giderler için, ödeme tarihinden itibaren faize hak kazanır.” Yine fatura ve teyit mektubuna ilişkin TTK m. 21 ile ücret ve sözleşme cezasının indirilmesine ilişkin TTK m. 23 hükmü ile ticari satış ve mal değişimine ilişkin TTK m. 23 hükmü ve bileşik faiz uygulanmasına ilişkin TTK m. 8 hükmü de şartların sağlanması durumunda hâkim teşebbüs açısından da uygulama alanı bulabilecektir. Ancak TTK m. 16/2 hükmü gereğince: “Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi nite-

³⁷ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, §7, N 13; Şener, s. 171; detaylı bilgi için bkz. Karaman Coşgun, s. 145 vd.

liğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar.” Dolayısıyla bu kişilerin hâkim teşebbüs olmaları halinde de tacir sayılmamaları gerekmektedir³⁸. Ancak tacir olmanın hüküm ve sonuçları dışında kalan, hâkim teşebbüs olmaya bağlanan sonuçlar bakımından hem TTK hem RKHK kapsamında ilgili düzenlemelere tabi olunması gerektiği kanaatindeyiz³⁹.

A) BİLDİRİM, TESCİL VE İLAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1- Pay Oranlarını Bildirim, Tescil ve İlan Yükümlülüğü

a) Yükümlülüğün Amacı ve Kapsamı

TTK m. 198/1 hükmüne göre; “Bir teşebbüs, bir sermaye şirketinin sermayesinin, doğrudan veya dolaylı olarak, yüzde beşini, onunu, yirmisini, yirmibeşini, otuzüçünü, ellisini, altmışyedisini veya yüzde yüzünü temsil eden miktarda paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde; teşebbüs, durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde, sermaye şirketine ve bu Kanun ile diğer kanunlarda gösterilen yetkili makamlara bildirir. (...) Teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri de, kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip buldukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketindeki payları ile ilgili olarak bildirimde bulunurlar.” Teşebbüs açısından %5, %10, %20, %25, %33, %50, %67 veya %100 şeklindeki pay oranları, azlık hakları, önleyici azınlık, karşılıklı katılma sınırları, hâkimiyet karanesi ve tam hâkimiyet gibi durumlar göz önüne alınarak oluşturulmuştur⁴⁰. Bildirim yükümlülüğü, teşebbüs açısından çeşitli pay oranları ve on günlük süre gözetilerek oluşturulmuşsa da hükümde sözü edilen diğer kişiler için en

³⁸ Aynı yönde Şener, s. 171; Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 77; Giray, s. 131; Karaman Coşgun, s. 144; Çakır Çelebi, s. 29; Üzümcü, s. 74; Aksi yönde Akın, s. 50.

³⁹ Benzer yönde Aşçıoğlu Öz, s. 149 vd.; Topçuoğlu, s. 118 vd.; Güzel, s. 14 vd.

⁴⁰ TTK m. 198/1 gerekçesi.

az %20 olarak pay oranı belirtilmekle birlikte bir bildirim süresi öngörülmektedir⁴¹.

Bildirim yükümlülüğü yalnızca eşiği aşan payları değil bütün payları kapsamakta, bildirim anının belirlenmesinde de payların hukuken edinildiği an esas alınmaktadır⁴². Bildirimin muhatabı ise payları alınan sermaye şirketinin yönetim kurulu, bu şirketin halka açık şirket olması halinde Sermaye Piyasası Kurulu, banka olması halinde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK), Rekabet Kurulu ve Hazine gibi özel kurumlar ve kamu kuruluşlarıdır. Bildirimi alan kurum ve kuruluş ise kendi tabi olduğu mevzuata göre gerekli işlemleri yapacaktır⁴³. Özellikle RKHK m. 7 hükmü gereği: “Bir ya da birden fazla teşebbüsün başta hâkim durum yaratılması ya da mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesi olmak üzere ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuken aykırı ve yasaktır.” Bu riski taşıyan devralmaların Rekabet Kurulu’na bildirilmesi, geçerli olması için bir şart olarak düzenlenmektedir⁴⁴. Bu bildirim üzerine ya da başka bir yolla bu durumun Rekabet Kurulu tarafından öğrenilmesi üzerine yapılacak inceleme sonucunda yasak faaliyetler içerisinde kabul edildiği takdirde, RKHK m. 11-b hükmüne göre: “para cezası ile birlikte, birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesi-

⁴¹ Teşebbüsün hâkim veya bağlı teşebbüs olabileceği yönünde Gönen Eriş, *Ticari İşletme ve Şirketler C. II*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, 2014, s. 1778.

⁴² TTK m. 198/1 gerekçesi.

⁴³ TTK m. 198/1 gerekçesi.

⁴⁴ RKHK m. 7 hükmünün devamında “Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.” denmektedir. Bu kapsamda Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (RG, 07/10/2010, S 27722) çıkartılmış ve bu tebliğin m 5/1 hükmünde şu şekilde izin alınması gereken işlemler belirtilmiştir: “(1) Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde; a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da b) Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması, Kanunun 7 nci maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır.”

ne; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir.” Bu sebeple Rekabet Kurulu’na zaman kaybetmeksizin, pay oranlarına ilişkin bildirim yapılmasında ve gerekli ise öncesinde Rekabet Kurulu’ndan pay devralmaları konusunda izin alınmasında ilgililerin menfaati bulunmaktadır⁴⁵.

TTK m. 198/1’e göre: “(...) Payların yukarıda belirtilen oranlarda kazanılması veya elden çıkarılması, yıllık faaliyet ve denetleme raporlarında ayrı bir başlık altında açıklanır ve sermaye şirketinin internet sitesinde ilan edilir. (...) Bildirimler yazılı şekilde yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan olunur.” Böylelikle şeffaflığın temini ve sorumluluk hükümlerinin uygulanması açısından, ilgililerin durumdan haberdar olmaları sağlanmaktadır⁴⁶.

b) Yükümlülük İhlalinin Sonuçları

Genel anlamıyla *yükümlülük*, kaynağına göre kanundan, sözleşmeden ya da hukuki işlemlerden kaynaklanabilen, ilgilinin yerine getirmekle sorumlu tutulduğu ve yükümlülüğün yerine getirilmesini ya da ihlal sonucunda zararın tazmin edilmesini talep etme gibi imkanları içerebilen her türlü davranışı ifade etmektedir⁴⁷. *Külfet* ise bazı haklardan yararlanabilmek için kişinin yerine getirmesi gereken, yerine getirilmemesi halinde ise kişinin haklarının kısmen veya tamamen kaybına yol açan, kişinin ilgili davranışı gerçekleştirmek yönünde zorlanması mümkün

⁴⁵ Yasaklanmış bir birleşme üzerine işletmelerin ayrılacağı ve eski halin iadesinin sağlanacağı yönünde Aslan, s. 275 vd.; Güven, s. 296 vd.; İnan ve Piker, s. 86; Benzer yönde Ekşioğlu, s.73; Ayrıca bkz. Gürkaynak, s. 534 vd

⁴⁶ Akın, s. 133.

⁴⁷ Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, Genişletilmiş 12. Baskı, Sayram 2021, s. 39.

olmayan bir hukuki niteliğe sahiptir⁴⁸. TTK m 198/2 hükmünde: “... öngörülen bildirim ile tescil ve ilan yükümlülüğü yerine getirilmediği sürece, ilgili paylara ait oy hakkı dâhil, diğer haklar donar.” denilmektedir. Açıkçası bu sonuç, kanaatimizce yükümlülükten ziyade külfetin hukuki niteliğine uygun bir sonuç olarak değerlendirilmelidir. Nitekim böylelikle bu bildirim yapılmadığı sürece pay sahibi teşebbüs, yönetim kurulu üyeleri, bu kişilerin kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip buldukları ticaret şirketlerinin sermaye şirketindeki paylarına ilişkin oy hakkı dâhil tüm haklar donmakta, ilgili kişilerin sahibi oldukları payların sunduğu haklardan yararlanmaları bildirim yapılmalarına bağlanmaktadır⁴⁹.

Bildirim yapılmadığı halde, ilgili paylara ilişkin hakların bir şekilde kullanılması durumunda ne şekilde hareket edilmesi gerektiği ise hükümde açıkça düzenlenmemektedir. Ancak gerekçede, oy hakkına ilişkin olarak genel kurulda oy kullanılması halinde, alınan kararın kanuna aykırılıktan dolayı doğrudan iptali yoluna gidilmeyip kullanılan geçersiz oyun karar nisabına etkisi göz önüne alınarak hareket edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Fakat gerekçenin bağlayıcılığı bulunmadığından, genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümlere göre hareket edilmesi gerekmektedir. İptal davası açabileceklerin düzenlendiği TTK 446/1-b hükmüne gidildiğinde de gerekçede belirtilen benzer sonuca ulaşılması mümkündür.

Teşebbüse bildirim yapması için on günlük süre tanındığından, kanaatimizce teşebbüs açısından on günlük sürenin sonuna kadar bildirim yapılması mümkün olmakla birlikte, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi olgusu sürenin dolmasıyla gerçekleşmiş sayılmalıdır. Nitekim tanıyan süre dolana kadar yükümlülüğün ihlali söz konusu olmadığına göre, bu on günlük süre içinde de payların sağladığı hakların kullanılabilmesi gerekmektedir⁵⁰. Nitekim bu yorumun, nakdi sermaye taahhüdünün en

⁴⁸ Akıncı, s. 39.

⁴⁹ Oy hakkı gibi hakların donması makul görülse bile kar payı gibi mali hakların da donmasının hükmün amacıyla ilgisi bulunmadığı yönünde Bilgili ve Demirkapı, s. 122.

⁵⁰ Aynı yönde Tekinalp, *Sermaye Ortaklığı*, §23, N 79.

az ¼'ünün tescil öncesinde, kalanın ise şirketin tescilini izleyen 24 ay içerisinde ödeneceğini düzenleyen TTK m 344/1 hükmü ve sermayeye katılımın asgari olarak sağlanması üzerine tüm paylara ilişkin oy hakkının kullanılacağını düzenleyen TTK m 435 hükmüyle de desteklenmesi mümkündür. Taahhüdün yerine getirilmesi için tanınan 24 aylık süreç bu şekildeyken, payların iktisabına ilişkin bildirim için tanınan 10 günlük sürede paya ilişkin hakların kullanılamayacağını ileri sürmek TTK'nın sistematığına pek uyumlu görünmemektedir. Ancak teşebbüs ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleri ve yöneticileri açısından herhangi bir bildirim süresi öngörülmediğinden, bu kişilerin paydan kaynaklı hakları, payları iktisap etmelerinden itibaren gerekli bildirim yaptıkları süre boyunca donacaktır. Ayrıca bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi sebebiyle, sadece bildirilmeyen payların sahipleri değil topluluktaki diğer şirketler ve menfaat sahiplerinin de zarar görmesi mümkün olduğundan, TTK m. 198/2 hükmünün devamında : “*Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesine dair diğer hukuki sonuçlara ilişkin hükümler saklı*” tutulmaktadır. Nitekim bu düzenlemeyle birlikte, bildirim, hukuki nitelik bağlamında salt külfet olarak değil, kanunda kullanıldığı haliyle bir yükümlülük olarak karşımıza çıkabilmektedir.

2- Hâkimiyet Sözleşmesinin Tescil ve İlanı Yükümlülüğü

Şirketler topluluğu oy çoğunluğu veya yönetimi belirleme imkânıyla oluşabildiği gibi TTK m. 195/1-b hükmüne göre: “*Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa*” da oluşabilmektedir. Hâkimiyet altında tutma olgusunun ise bir şirketin faaliyet, finans ve yönetim politikasının belirlemesi gücü olarak tanımlanması mümkündür⁵¹. Dolayısıyla borçlar hukuku çerçevesinde, hâkimiyet sözleşmeleri ile sözleşmesel şirketler topluluğu kurulması mümkündür⁵². Ayrıca bu tür sözleşmeler dışında, örneğin pay sahipleri sözleşmeleriyle de şirketler üzerinde hâkimiyet sağlanması mümkündür⁵³. Nitekim hükümdeki “*başka bir yolla*” ibaresi bu amaçla

⁵¹ Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 17.

⁵² Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, §7, N 24.

⁵³ TTK m. 195/1 gerekçesi.

kullanılmaktadır. Bu tür sözleşmelerde, sözleşme taraflarının birden çok olması ve hâkimiyetin ortak olarak kullanılması halinde, şirketler topluluğuna ilişkin sorumluluk kurallarının uygulamasının ne şekilde olacağı ise öğreti ve yargı kararlarına bırakılmaktadır. Kanaatimizce borçlar hukuku temel ilkelerinden yola çıkılarak ve elbette ki şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin amacı doğrultusunda değerlendirme yapılarak, birlikte hâkimiyet halinde zarar görenlere karşı müteselsil sorumluluk esasının uygulanması ve bu hâkimiyetin kullanılmasına ilişkin ortak hareket eden taraflar arasındaki rücu taleplerinde teselsül ilişkisinin değerlendirilmesi daha adil sonuçlar doğurabileceğinden, ilgili sözleşmelerde müteselsil sorumluluk esasının benimsenmesine yönelik açıklık getirilmesi taraflar açısından faydalı olacaktır.

Hâkimiyet sözleşmelerine ilişkin sorumluluk değerlendirmelerinin yapılabilmesi için öncelikle bu hâkimiyet sözleşmelerinin bilinmesi gerekmektedir. Bunu sağlamak adına TTK, hâkimiyet sözleşmesinin ticaret siciline tescil ve ilanını, sözleşmenin geçerlilik şartı olarak düzenlemektedir (TTK m. 198/3)⁵⁴. Dolaylı olarak da hâkimiyet sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak bu gereklilik geçerlilik şartından ziyade kamuyu aydınlatma amacı çerçevesinde değerlendirilmelidir⁵⁵. Tescil ve ilan edilmeyen hâkimiyet sözleşmesi geçersiz kabul edilse dahi TTK m. 198/3 hükmü gereğince: “Sözleşmenin geçersizliği, bu Kanun ile diğer kanunlardaki şirketler topluluğuna dair yükümlülüklerle ve sorumluluklara ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel olmamaktadır”. Dolayısıyla şirketler topluluğuna ilişkin yükümlülük ve sorumluluklar bakımından, hâkimiyet sözleşmesinin tescil ve ilanı, açıklayıcı bir nitelik taşımaktayken; sözleşmenin tanıdığı hak ve menfaatler bakımından ise tescil ve ilanın bir geçerlilik şekli halini aldığı düşünülebilir.

⁵⁴ TTK m. 198 gerekçesi.

⁵⁵ Yazılılık şartının amacının ilişkiyi kayıt altına alınmak ve kamuya tanıtmak olduğu yönünde TTK m. 198 gerekçesi; Bilgili ve Demirkapı, s. 126.

C) RAPOR HAZIRLAMA GÖREVİ

Türk işletmeleri ve şirketlerinin uluslararası alanda rekabet edebilmesi, etkin ve güvenilir kabul edilebilmesi, pay sahiplerinin ise haklarını bilinçli bir şekilde kullanabilmesi ve dolayısıyla şirketler topluluğuna ilişkin sorumluluk hükümlerinin etkin bir şekilde uygulanabilmesi adına, bağlı ve hâkim şirket raporları⁵⁶ kilit önem taşımaktadır⁵⁷. TTK m. 199/4'e göre; “*Hâkim şirketin her yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu başkanından; bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığıyla ilgili durumları ile üç aylık hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri; yaptıkları işlemler ve bunların sonuç ve etkileri hakkında, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelerine göre düzenlenmiş bir rapor hazırlattırıp yönetim kuruluna sunmasını ve bunun sonuç kısmının yıllık rapor ile denetleme raporuna eklenmesini isteyebilir.*” Hazırlanması halinde, bu raporun, hâkim teşebbüsün topluluğu etkin şekilde yönetmesi açısından oldukça önemli bir etkisi bulunmaktadır.

1- Raporun Hazırlanması ve İşlevi

Rapor hazırlama görevi yönetim kurulunda olmakla birlikte bu kavramla ifade edilen, teşebbüsün tüzel kişi olması halinde yönetim organı, gerçek kişi olması halinde ise gerçek kişinin kendisidir. Bağlılık raporunun hazırlanması zorunlu iken hâkim teşebbüsün rapor hazırlaması ise isteğe bağlıdır (krş. TTK m. 199/1 ile TTK m. 199/4). Yine bağlı şirket raporunun her faaliyet yılının ilk üç ayı içinde hazırlanması gerekirken, hâkim teşebbüs raporu⁵⁸ için TTK'da herhangi bir süre öngörülmemek-

⁵⁶ Bağlı şirket raporlarının “bağlılık raporu” şeklinde ifade edilebileceği yönünde TTK m. 199 gerekçesi; Tekinalp, *Sermaye Ortaklığı*, §23, N 81 vd.; “bağlılık raporu” şeklinde adlandırma için bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, §7, N 51.

⁵⁷ TTK Genel Gerekeçe, N 5; TTK m. 199 gerekçesi; Ünal Tekinalp, “Zorunlu Hedefler Bağlamında TTK Tasarısı'nda Anonim Şirkete İlişkin Kuramsal ve Dogmatik Düzen”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 4, 2005, s. 13; Tekinalp, *Sermaye Ortaklığı*, §23, N 4; Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 56; Sevda Bora, “Şirketler Topluluğunda Bağlı ve Hâkim Şirket Raporları”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 9, 2014, s. 97 vd.

⁵⁸ Hâkim şirket raporuna “topluluk raporu” da denebileceği yönünde görüş için bkz. Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 534; ancak yıllık faaliyet raporunun topluluk adına hâkim şirket tarafından

tedir. Hâkim teşebbüsün yönetim organının her bir üyesi, yönetim organı başkanından rapor hazırlanmasını talep edebilmektedir (TTK m. 199/4). Talepte bulunanın şahsi bir menfaatinin olmaması ve bilgi alma hakkı kapsamında bu talepte bulunmuş olması yeterli ve gereklidir. Nitekim dürüstlük kuralına aykırı şekilde üçüncü kişilerin menfaati amacıyla böyle bir talepte bulunulması halinde, talepte bulunan kişi, bunun sonucunda bir zarar meydana gelirse, bu zarardan sorumlu tutulmaktadır (TTK m. 199/4).

Hâkim teşebbüs raporu, yönetim organı başkanı tarafından hazırlanabileceği gibi kanun “hazırlatma” ifadesini kullandığından, başka bir kişi ya da kurula rapor hazırlama görevinin devredilmesi de mümkündür⁵⁹. Gerçek kişi teşebbüs de başkasına rapor hazırlatma görevi verecek, topluluğa ilişkin genel bir resim oluşturmak amacıyla böyle bir rapor hazırlanmasını isteyebilir. Ancak raporu hazırlayan/hazırlatan, bu görev yerine getirilirken gerekli özeni göstermekle ve raporun gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtmamasını, hesap verme ilkelerine göre düzenlenmesini sağlamakla yükümlüdür (TTK m. 199/4). Raporun niteliği ve dolayısıyla kalitesine ilişkin bu yükümlülük, hükmün gerekçesinde de açıkça belirtilmiş, hâkim teşebbüs raporunun amacının yalnızca aydınlatma, üyelere fikir ve bilgi vermek değil, faaliyeti denetlemeye imkân tanyacak sayısal verilerin, olgu ve sonuçların açıklanması olduğu vurgulanmıştır. Nitekim böylelikle, hâkim teşebbüsün yönetim organı üyeleri ya da gerçek kişiye bizzat kendisi, hâkim teşebbüs raporunun çizdiği genel resme bakarak, denetim ve gözetim yapmak, gerekiyorsa önlemler almak ve genel bir fikir edinmek imkanı bulmaktadır⁶⁰. Ayrıca hâkim teşebbüsün yönetim organı da bağlı şirkete karşı, TTK m. 202 kapsamında sorumlu olabileceğinden; hâkim teşebbüs ve bağlı şirket ilişkisinin ne şekilde ilerlediği konusunda bilgi sahibi olunmasında bü-

hazırlanması ve bu raporun mevzuat genelinde topluluk raporu olarak adlandırılmasından ötürü, karışıklığa yol açmaması açısından, çalışmamızda hâkim şirket raporu için hâkimin teşebbüs olması haline de vurgu yapar şekilde “hâkim teşebbüs raporu” ifadesinin kullanılması tercih edilmektedir.

⁵⁹ Bağlı şirketlerin gerekli bilgi ve belgeleri hâkim şirket uzmanlarına vermekle yükümlü olduğunu belirten kanun maddesi karşısında, yönetim kurulu başkanının bu alanda uzman kişi ya da kişilere de bu görevi verebileceği şeklinde yorum yapmak mümkündür (bkz. TTK m. 199/4).

⁶⁰ TTK m. 199/4 gerekçesi.

yük yarar bulunmaktadır⁶¹. Nitekim yine gerekçede de belirtildiği gibi bilgi alma hakkı, bağlı şirketlerin birbirleriyle, pay sahipleri ve bunların yakınlarıyla ilişkilerini de kapsadığından, hâkim teşebbüs raporu şeffaflığa da katkı sunmaktadır⁶². Özellikle raporun sonuç kısmının, bağlılık raporundan farklı olarak, yönetim organı üyelerinin talebi halinde yıllık faaliyet raporuna eklenebilmesiyle birlikte, şeffaflığın artırılması mümkündür (TTK m. 199/4).

Hâkim teşebbüs raporunun, talebi karşılar açıklıkta düzenlenmesi için bağlı şirketlerin de katkı ve yardımı gerekmektedir. Bu sebeple kanun, bağlı şirketlere, haklı bir sebep bulunmadığı sürece yardımdan kaçınmama yükümlülüğü getirmektedir. Haklı sebebin ise yoruma yer bırakmayacak açıklıkta olması ve bu sebebin varlığının ispatı gerekmektedir. Bu ağır ispat yükü yerine getirilmediği sürece, TTK m. 199/4 hükmü gereği: “Bağlı şirketler, (...), bu raporun hazırlanması için gerekli olan bilgi ve belgeleri hâkim şirketin bu işle görevlendirilen uzmanlarına vermekle yükümlüdürler.” Haklı sebep olarak değerlendirilebilecek hususlar ise hükmün gerekçesinde: “istenen bilginin hükmün amacı dışında, meselâ bir haberde, davada, diğer bir raporda, bir kitapta kullanılacak olması, rakibe, potansiyel rakibe veya yabancılara verilme tehlikesi taşınması” gibi haller şeklinde örneklendirilmektedir. Son olarak hazırlanan raporun yönetim organına sunulacağı belirtilmekle birlikte, buradaki yönetim organı hâkim teşebbüsün tüzel kişi olması halinde ilgili yönetim organı, gerçek kişi olması halinde ise bizzat kendisi olacaktır. Niteliğine uygun düştüğü ölçüde bizzat hazırlanan bir raporun dolayısıyla sunulması da gerekmecektir.

2- Yükümlülüğün İhlali

TTK m. 562/3 hükmüne göre, rapor düzenlemekle yükümlü olanlar, TTK m. 199/1 ve 4 hükmüne aykırı hareket ederlerse, 200 günden

⁶¹ Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 533 vd.

⁶² Theusinger, s. 279; Bora, s. 103 vd.; Bağlılık raporundan farklı olarak bu raporda hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri ve bunların yakınlarıyla ilişkilerinin de yer almasının sebebi, topluluk menfaati dışında özel menfaatler için hareket edilip edilmediğinin tespittir. Özel menfaat için yapılan işlemlerin bizzat hukuka aykırı olduğu yönünde Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 534.

az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar. TTK m. 199/1 ve 4'teki yükümlülüklerine genel olarak bakıldığında ise rapor hazırlama talebi yapıldığı halde, yönetim organı başkanı rapor hazırlamaz, hazırladığı rapor özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelere göre düzenlenmez, ilgili rapor niteliğine göre muhatabına sunulmaz, talep halinde raporun sonuç kısmı yıllık faaliyet raporuna ve/veya denetleme raporuna eklenmezse, raporu hazırlamakla görevli olanlar yükümlülüklerini ihlal etmiş olacaktır. Aynı şekilde hâkim teşebbüs raporunun hazırlanması için istenen bilgi ve belgeleri vermekten kaçınan bağlı şirket yönetim kurulları, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinde yoruma yer bırakmayacak açıklıkta bir haklı sebebin varlığını ispat edemezlerse, onlar da TTK m. 562/3 kapsamında cezalandırılacaktır.

D) BAĞLI ŞİRKETLER HAKKINDA BİLGİ ALMA HAKKI

Rapor hazırlama talebi yoluyla bağlı şirketlerden bilgi alma hakkı teşebbüsün yönetim organına tanınmaktadır. Özellikle rapor hazırlansa bile sonuç kısmının dahi genel kurula sunulma zorunluluğu bulunmadığı göz önüne alındığında, hâkim teşebbüsün pay sahiplerinin topluluk hakkında bilgi alması oldukça zorlaşmaktadır. Bu eksikliği gidermek amacıyla, hâkim teşebbüsün ortaklarının rapor düzenlenmesini isteme hakları bulunmamakla birlikte, rapor içeriğinde yer alması gereken bilgileri genel kurulda talep etme imkânları bulunmaktadır⁶³. TTK m. 200'e göre: "Hâkim şirketin her pay sahibi genel kurulda, bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığıyla ilgili durumları ile hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri, yöneticileri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri, yaptıkları işlemler ve bunların sonuçları hakkında, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelerine uygun, doyurucu bilgi verilmesini isteyebilir." Görüldüğü üzere, hâkim teşebbüs raporu ile aynı içeriğe sahip olan bu bilgi alma hakkı sayesinde, yönetim organını oluşturanlar, bir rapor düzenlenmesini talep etmese bile teşebbüsün pay sahiplerinin genel kurulda bilgilendirilmesi bu hüküm yoluyla mümkün olabilmektedir. Hakkın

⁶³ Bilgi alma hakkını bağlı şirketlere ilişkin bilgileri de kapsayacak şekilde genişletmek amacıyla böyle bir hüküm öngörüldüğü yönünde TTK m. 200 gerekçesi.

kullanılacağı yer ise genel kuruldur ve bilgi verecek olan da hâkim teşebbüsün yönetim organıdır⁶⁴.

E) SORUMLULUK ÜSTLENME

Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerde açıkça yönetim kurulunun sorumluluğuna yer verilmemesi, her bir bağlı şirketin kendi iç ilişkisi çerçevesinde yöneticilerinin sorumluluğunun devam etmesi sebebiyledir. Dolayısıyla, bağlı şirket yönetim kurulunun, şirketlerine karşı sorumlulukları devam etmekte ve aynı zamanda hâkim teşebbüsün emir ve talimatlarına uymama halinde de yöneticiler işini kaybetme tehdidi ile karşı karşıya kalmaktadır. İşte bu ekonomik gerçekliği göz önüne alan TTK m. 202/5 hükmü sayesinde: “Bağlı şirketin yöneticileri, TTK m 202 dolayısıyla pay sahiplerine ve alacaklılara karşı doğabilecek sorumluluklarının tüm hukuki sonuçlarının, bir sözleşme ile üstlenmesini hâkim teşebbüsten isteyebilir⁶⁵.” Böylelikle sorumluluğu üstünde taşıyan yönetim kurulunun, bu sorumluluğu meşru ve geçerli bir şekilde hâkim teşebbüse yükleme imkanı doğmaktadır⁶⁶. Bu hükümde dikkat çekici olan ise Kanunda hâkim şirket kavramı yerine açıkça teşebbüs kavramının tercih edilmesidir. Nitekim TTK sistematüğinde topluluk hükümlerine bakıldığında, genel bir madde atfı ile hâkim şirketin teşebbüs de olabileceği belirtilmekte ve diğer maddelerde ise genellikle hâkim şirket kavramı tercih edilmektedir. Bu sebeple sorumluluk üstlenme taleplerinin yalnızca topluluk hâkiminin teşebbüs olması durumunda talep edilebileceği yorumunun yapılması gerekmektedir. Ancak kanaatimizce teşebbüs kavramının kapsam genişliği sebebiyle sermaye şirketi olan topluluk hâkimi de evleviyet ilkesi gereği bu kapsam içerisinde yer almaktadır. Nitekim madde gerekçesinde hâkim şirketten talep edilebileceği yönündeki açıklama da bu yorumumuzu destekler mahiyettedir⁶⁷.

⁶⁴ TTK m. 200 gerekçesi; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, §7, N 61.

⁶⁵ Böylelikle bağlı şirket yöneticilerine, hâkim teşebbüse rücu etme imkânı tanındığı yönünde Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 20.

⁶⁶ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, §7, N 74.

⁶⁷ TTK m. 202/5 gerekçesi.

F) AZLIĞIN PAYLARININ SATIN ALINMASI

Şirketler topluluğunda çoğunluk oluşturanların menfaatlerinin korunması için TTK m. 208 hükmüyle, ortaklıktan çıkarılma; azınlıkta kalanların menfaatlerinin korunması için ise TTK m. 202/2 hükmüyle, ortaklıktan çıkma hakkı düzenlenmektedir.

1- Azlığın Ortaklıktan Çıkarılması

TTK m. 208'e göre: "Hâkim şirket, doğrudan veya dolaylı olarak bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının en az yüzde doksanına sahipse, azlık şirketin çalışmasını engelliyor, dürüstlük kuralına aykırı davranıyor, fark edilir sıkıntı yaratıyor veya pervasızca hareket ediyorsa"⁶⁸, hâkim şirket azlığın paylarını varsa borsa değeri, yoksa 202 nci maddenin ikinci fıkrasında öngörülen şekilde belirlenen değer ile satın alabilir." Bu hükümle, hâkim teşebbüse, azlığı bağlı sermaye şirketinden çıkarma hakkı tanınmaktadır. Azlığın kimi ifade ettiği noktasında, TTK'da açıkça azlığın tanımı yapılmamakta, ancak azlığa ilişkin bazı haklarda esas sermayenin belli bir oranına sahip pay sahiplerinden söz edilmektedir⁶⁹. Azlığı oluşturabilecek pay sahipliği oranı, halka açık anonim şirketlerde ödenmiş sermayenin %5'i olarak belirlenmişken, kapalı anonim ortaklıklarda bu oran esas sermayenin %10'udur⁷⁰. Ancak 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu⁷¹ (SerPK) m. 27/3 hükmüne göre: "6102 sayılı Kanunun 208 inci maddesi halka açık ortaklıklara uygulanmaz." dendiği için bu hükümün uygulanması açısından halka kapalı şirketler çerçevesinde azlığın tanımlanması gerekmektedir. Özellikle istisnai olarak TTK m. 411'e göre bu oranın esas sözleşme hükmüyle azaltılabileceği ihtimali de göz

⁶⁸ Azlığın dava açmaması ya da olumsuz oy kullanmaması hallerinde hâkim teşebbüsün böyle bir hakkı olmayacağı yönünde Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, §7, N 89; Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 2012, s. 191; Bilgili ve Demirkapı, s. 137.

⁶⁹ TTK bazı maddelerinde azlık ifadesini kullanmıştır (bkz. TTK m. 208, 360, 399 ve 486). Bazı maddelerinde ise sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahiplerinden söz etmiştir (bkz. TTK m. 420 ve 559). Son olarak bazı maddelerinde de en az sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri ifadesini kullanmıştır (bkz. TTK m. 411, 439 ve 551).

⁷⁰ Bilgili ve Demirkapı, s. 533.

⁷¹ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 6.12.2012, RG 30.12.2012/28513.

önüne alındığında, TTK açısından, esas sermayenin onda birine sahip pay sahiplerinin *kural olarak* azlığı oluşturduğunu söylemek mümkündür⁷². Bu oran birden fazla pay sahibi tarafından sağlanabileceği gibi tek bir ortağın da esas sermayenin %10'una sahip olmasıyla birlikte azlığı oluşturması mümkündür⁷³. Azınlığı ya da genel olarak şirkettekileri ortaklıktan çıkarmak “*squeeze out*” kavramıyla ifade edilmektedir⁷⁴. Modern şirketler hukukunda huzuru bozan pay sahiplerinin şirketten çıkarılabileceği görüşünün giderek ağırlık kazanmaya başladığını söylemek mümkündür⁷⁵. Mukayeseli hukukta⁷⁶ oranı en az %90-95'lere varan bir çoğunluğa, genel kurulda alınan bir kararla, kanundan kaynaklanan bir imkân olarak ya da bir sebebe dayanmaksızın, %5-10 gibi küçük bir azınlığı şirketten çıkarma hakkı tanınabileceği kabul edilmektedir⁷⁷. TTK'da çoğunluğun, azınlıkta kalan pay sahiplerini ortaklıktan çıkarması imkânı, şirket birleşmelerine ve şirket üzerinde hâkimiyet söz konusu olan halle-

⁷² Azlığın dar ve teknik anlamda sermayenin %10'unu ya da halka açık ortaklıklarda %5'ini oluşturan pay sahiplerini değil, aynı zamanda çoğunluk karşısındaki herhangi bir azlığı ifade ettiği yönünde İsmail Kırcı, “6102 Sayılı Kanun'da Anonim Şirket Yönetim Kurulu-Başlıca Yenilikler”, *EÜHFD*, C. 16, S. 3-4, 2012, s. 126; Tekin Memiş, “Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, 2015, s. 3105, 3110 ve 3111; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, Güncelleştirilmiş 9. Basıdan 10. Tıpkı Basım, Arıkan 2005, N 753; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, §20, N. 31; Mustafa Çeker, “Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Yönetime Katılması”, *Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 13, S. 1, 2004, s. 41.

⁷³ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, N 753; Halime Barut, “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Kocaeli Üniversitesi 2010, s. 7.

⁷⁴ Aynı ifade için bkz. Bahtiyar, s. 74; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, §7, N 87; Tekinalp, *Sermaye Ortaklığı*, §23, N 151.

⁷⁵ TTK m. 141/2 gerekçesi; Azınlığın korunması düşüncesinden azlığı engel olarak görmeye; çok ortaklı yapıdan tek kişi ortaklıklara; sermayenin belirliliği ilkesinden şartlı sermaye artırımı yoluyla değişken sermayeye doğru değişim göstererek ilkelere yavaş yavaş vazgeçildiği yönünde Hasan Pulaşlı, “Alman Hukukunda Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Şirketten Çıkarma Hakkı”, *Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan*, 2003, s. 649 vd.

⁷⁶ Ancak belli özel durumlara özgü olarak ortaklıktan çıkarma imkânının düzenlenmesi gerektiği yönünde Directive 2004/25/EC of The European Parliament and of The Council of 21 April 2004 on Takeover Bids, N (24) and Article 15; Alman Hukukunda 1994'te azınlığın ihracına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Mülkiyet teorisine Anayasa m 14/1 hükmü ile de güvence altına alınan pay sahipliği hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle hükümler Anayasa Mahkemesi incelemesine tutulmuş ve incelemesinde azınlığın menfaatinin şirketin menfaatinin gerisinde kaldığı gerekçesiyle ilgili düzenleme anayasaya uygun bulunmuştur. İlgili düzenleme hakkında açıklamalar için bkz. Pulaşlı, “Çıkarma Hakkı”, s. 650 vd.

⁷⁷ TTK genel gerekçe, N 78.

re (TTK m. 208) özgülünmektedir⁷⁸. Bunun dışında denkleştirme davalarında (TTK m. 202), kolektif şirketlerde (TTK m. 253 vd.), komandit şirketlerde (TTK m. 328 atfıyla TTK m. 253 vd.), limited şirketlerde (TTK m. 638 vd.), anonim şirketlerde ıskatta (TTK m. 483) ve haklı sebeple anonim şirketin feshinin istenmesi hallerinde (TTK m. 531) de ortağın şirketten çıkarılması mümkündür⁷⁹. Şirketler topluluğuna ilişkin Forum Europeum'un önerisinden esinlenerek kaleme alınan TTK m. 208 hükmünün amacı, hükmün gerekçesine göre: *“bir şirketin sermayesinin ve oy haklarının yüzde doksanbeşinin uygun gördüğü bir kararın alınıp uygulanmasına çoğu kişisel çeşitli sebeplerle karşı çıkan ortakların/pay sahiplerinin şirketi bunaltan ve engelleyen davranışlarına son verip şirket içi barışı sağlamaktır.”* Her ne kadar gerekçede bu oran yüzde doksan beş olarak belirtilmişse de TTK'da bu oran yüzde doksan olarak düzenlenmiştir. Hükmün gerekçesine göre: *“kötüye kullanmalara ve özellikle pay bedelinin ödenmemesi tehlikesine engel olmak amacı ile karar mahkemeye bırakılmış, pay bedeli kanunen belirlenmiştir.”* Ancak madde lafzında mahkemeye başvurmaya yönelik bir ifade bulunmadığından, tarafların pay bedelleri üzerinde anlaşmaları halinde mahkeme yoluna gidilmesi gerekmemektedir⁸⁰. Ancak hâkim teşebbüsün belirlediği pay bedelinin kabul edilmemesi halinde, azlık yine sadece bu bedelin belirlenmesine ilişkin olarak hâkim teşebbüsü TTK m. 202/2 hükmü çerçevesinde dava etme hakkına sahiptir. Yoksa kanaatimizce azlığın çıkarılması için mahkeme kararına ihtiyaç bulunmamaktadır⁸¹.

⁷⁸ Her ne kadar TTK genel gerekçesi, N 134'te bölünme denmiş olsa da madde atfı TTK m. 141'e yapıldığından sehven birleşme yerine bölünme yazıldığını düşünmek isabetli olacaktır.

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için Aytekin Çelik, *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma*, 3. Baskı, Seçkin, 2013.

⁸⁰ Aynı görüşte Sulu, s. 221; Hakkın mahkeme yoluyla kullanılabilmesine yönelik aksi görüş için bkz. Şener, s. 176; Giray, s. 159; hakkın yenilik doğuran bir dava şeklinde kullanılacağı görüşü için bkz. Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 443; Okutan Nilsson, “Ana Hatlar”, s. 253.

⁸¹ Hükmün açık olmadığından, farklı yorumlara sebebiyet verdiği yönünde Bilgili ve Demirkapı, s. 137; Tartışmaların ancak hükme açıklık getirilmesiyle sona erdirilebileceği yönünde Kendigelen, s. 192; hâkim teşebbüsün payları satın alacağını duyurması ve azlığın satmaya yanaşmaması halinde mahkeme yoluna gidilebileceği yönünde Eriş, s. 1799.

2- Azınlıkta Kalanların Zararlarının Tazmin Edilmesi ve/veya Paylarının Satın Alınması

Azlık oluştursun ya da oluşturmasın pay sahiplerinin şirketlerinden ve dolayısıyla topluluktan çıkma hakları TTK m. 202/2’de düzenlenmekte, TTK m. 208’de hak olarak düzenlenen azlığın çıkarılması, bu hükümlerle bir yükümlülüğe dönüştürülmektedir. İlgili hükme göre: “Hâkimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen ve bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan, birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi işlemlerde, genel kurul kararına red oyu verip tutanağa geçirten veya yönetim kurulunun bu ve benzeri konulardaki kararlarına yazılı olarak itiraz eden pay sahipleri; hâkim teşebbüsten, zararlarının tazminini veya paylarının varsa en az borsa değeriyle, böyle bir değer bulunmuyorsa veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa, gerçek değerle veya genel kabul gören bir yöntemle göre belirlenecek bir değerle satın alınmasını mahkemeden isteyebilirler.” Ortaklıktan çıkarma hâkim teşebbüsü güçlendirmekteyken, çıkma hakkının tanınmasının ise pay sahiplerinin konumunu güçlendirdiği düşünülmektedir⁸². Türk hukukunda yeni olan bu dava hakkı ile, hâkim teşebbüs karşısında azınlıkta kalan ve hâkimiyetin kullanılış biçiminden rahatsız olup topluluk çerçevesinde alınan rahatsız edici kararlara karşı çıkan pay sahiplerine şirketten çıkış imkânı tanınmaktadır. Nitekim bu hakkın kullanılabilmesi için karşı çıkılan işlemin bağlı şirket yönünden açıkça anlaşılabilir bir haklı sebebinin bulunmaması dava şartı niteliğindedir⁸³. Yönetim kurulunun sorumluluk üstlenme talebinde olduğu gibi bu hükümde de hâkim şirket kavramı yerine teşebbüs kavramı tercih edildiğinden üsteki açıklamalarımız bu madde açısından da aynen geçerlidir.

TTK m. 202/2’ye göre: “Değer belirlenirken mahkeme kararına en yakın tarihteki veriler esas alınır. Tazminat veya payların satın alınmasını istem davası, genel kurul kararının verildiği veya yönetim kurulu kararının

⁸² TTK genel gerekçe, N 132; Ünal Tekinalp, *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık 2011, N 14-05.

⁸³ TTK m. 202/2 gerekçesi.

ilan edildiği tarihten başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar.” Bu davanın açılması üzerine, TTK m. 202/3’e göre: “(...) davacıların muhtemel zararlarını veya payların satın alma değerini karşılayan tutardaki paranın teminat olarak, mahkemece belirlenecek bir bankaya mahkeme adına yatırılmasına karar verilir. Teminat yatırılmadığı sürece genel kurul veya yönetim kurulu kararına ilişkin hiçbir işlem yapılamaz.” Bu dava hakkı dışındaki birleşme, bölünme ve tür değiştirmede, pay sahiplerine ve ortaklara tanınmış bulunan diğer haklar da bulunabileceğinden, davacılar dilerse bu işlemlere özgülenmiş diğer dava sebeplerine de başvurma hakkına sahiptir.

İlgili davaların topluluk faaliyetlerini sürüncemede bırakmak, topluluktaki şirketlere ya da hâkim teşebbüse zarar vermek amacı gibi herhangi bir kötü niyetle açılması hâlinde, hâkim teşebbüs, TTK m. 202/3 hükmüne göre: “uğradığı zararın müteselsilen tazmin edilmesini ve mahkemeye teminat yatırılmasını davacılarından isteyebilir.” Bu hükümlerle, taraflar arasındaki menfaat dengesinin gözetilmesi adına, kanunun sunduğu imkanların dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılması gerektiği bir kez daha hatırlatılmaktadır.

III. HÂKİM TEŞEBBÜSÜN ŞİRKETLER TOPLULUĞU KAPSAMINDA SORUMLULUĞU

Bir teşebbüsün, kendisine bağlı şirketler üzerinde hâkimiyet kurması, kural olarak yasaklanmadığı gibi kurulan bir hâkimiyetin kullanılması da başlı başına hukuka aykırılık oluşturmamaktadır⁸⁴. Hukuken yasaklanan, temel olarak hâkimiyetin kötüye kullanılmasıdır. Sorumluluk da bu sebeple belirli hallerde ve belirli şartlar dahilinde ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızda, hâkim teşebbüsün şirketler topluluğu kapsamındaki sorumluluğu, hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması ve güvenden kaynaklı sorumluluk şeklinde iki başlık altında incelenmektedir.

⁸⁴ Aslan, s. 209 vd.; Güven, s. 147; İnan ve Piker, s. 57; Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 223; Giray, s. 143 vd.; Şener, s. 179; Buğra Kesici, *Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu*, On İki Levha, 2017, s. 69; Ekşioglu, s. 28; Gürkaynak, s. 288.

A) HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASINDAN KAYNAKLI SORUMLULUK

1- Sorumluluk Şartları

a) Bağlı Şirketin Kayba Uğraması

Hâkim teşebbüsün otoritesi altında olan bağlı şirketlerin, hâkim teşebbüsün talimatları doğrultusunda hareket etme baskısı altında bazen kendi menfaatlerini hiçe sayarak ve hatta kimi zaman da zarar görme pahasına bu talimatları fiilen uygulamaları mümkündür⁸⁵. Ancak hâkim teşebbüsün, hâkimiyetini bağlı şirketleri zarara uğratmayacak şekilde kullanması gerekmektedir. Bu sebeple hâkimiyetin kötüye kullanılmasına ilişkin hukuki sorumluluğun ilk şartı, bağlı şirketin kayba uğratılmış olmasıdır. TTK m. 202/1-a hükmüne göre: “a) Hâkim şirket, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamaz. Özellikle bağlı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını ayni veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez ...” Hükmünde sayılan hukuki işlem, maddi fiil ve kararlar örnek mahiyetinde olmakla birlikte, kayıp kavramı, hükmün gerekçesinde de vurgulandığı üzere: “borçlar hukuku anlamında “zarar”dan farklı ve onu da kapsayacak genişliktedir. Kayıp bir malvarlığı eksilmesi veya malvarlığının artmasının önlenmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, iş, fon ve personel devrinde olduğu üzere şansın veya bir işi başarı ile yapabilme olanağının yitirilmesi tarzında da” görülebilmektedir. Bununla birlikte TTK m. 199 hükmünde, kapsamı daha geniş olan kayıp kavramı yerine zarar kavramı tercih edilmektedir. Bu tercihin ise sorumluluk davası açılmasına dayanak oluş-

⁸⁵ Asli Elif Gürbüz Usluel, “Şirketler Topluğunda Denkleştirme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 18, S. 2, 2013, s. 282.

turması noktasında, ilgili raporların işlevini önemli derecede azaltacağı düşünülmektedir.⁸⁶

b) Kayba Sebebiyet Veren Davranışın Özen Borcuna Aykırı Olması

Şirket faaliyetleri, niteliği gereği riskli kararlar ve tüm özenin gösterilmesi halinde bile kaçınılmaz olan potansiyel kayıplar içerebildiği için her durum ve koşulda bağlı şirketlerin kayba uğratılmamasının beklenmesi, ticaretin ve dolayısıyla hayatın olağan akışına aykırılık arz etmektedir. Ticari hayatın gerçekleri de göz önüne alınarak, bu sebeple TTK m. 202/1-d hükmünde: *“Kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözetilen ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı hâlinde tazminata hükmedilemez.”* denilerek tarafların sorumlulukları açısından makul bir denge gözetilmiştir. Gerekçede de bu düzenlemenin “adaletin gereği” olduğu vurgulanmıştır. Bu sebeple söz konusu kayıp, hâkim teşebbüsün özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış bulunmaksızın ve ilgili kayba uğrayan şirketin kendi yönetim organının da bağımsız olarak alabileceği bir karar, hukuki işlem ya da maddi fiile dayanarak gerçekleşmişse, denkleştirme kapsamına girme-yecektir⁸⁷.

c) Kaybın Hâkim Teşebbüsün Yönlendirmesiyle Meydana Gelmesi

Bağlı şirketin özen yükümlülüğüne aykırı şekilde uğramış olduğu kaybın, şirketler topluluğu hukuku kapsamında hâkim teşebbüsün sorumluluğunu doğurabilmesi için, hâkim teşebbüsün yönlendirmesi neticesinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Hâkimiyetin kullanıldığının bir göstergesi olan telkin, emir, talimat, baskı, oy gücünün kullanılması

⁸⁶ Maddede zarar kavramı kullanılmış olmakla birlikte denkleştirmeden söz ettiği için, kastedilenin TTK m. 202 anlamında “kayıp” olduğu yönündeki görüş için bkz. Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 532.

⁸⁷ Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 263.

yoluyla yönetim organlarında etkin olunması, planlama, tasarlama veya benzer uygulamalarla her türlü şekilde kayba yol açacak bir yönlendirme olmaksızın, ticari hayatın doğal olarak taşıdığı her türlü risk ve kayıp sebebiyle, sırf hâkim teşebbüs şirketler üzerinde hâkimiyet sahibi diye sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu sebeple hâkim teşebbüsün sorumluluğuna gidilebilmesi için kaybın hâkim teşebbüs tarafından yapılan bir yönlendirmeye dayanması şarttır. Bu yönlendirme yazılı veya sözlü olarak yapılabileceği gibi bir karara, aktif ya da pasif bir davranışa dayanması da mümkündür⁸⁸. Önemli olan ilgili yönlendirmenin ispatıdır⁸⁹. Örneğin Alman hukukunda hâkimiyetin kullanıldığıın ispatına ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmektedir⁹⁰. Bu görüşlerden biri olan ilk görünüş ispatı görüşüne göre, eğer kayıp neticesinde hâkim teşebbüs veya bağlı şirketler menfaat elde etmişse, ilgili kaybın hâkim teşebbüs yönlendirmesine dayandığı kabul edilmelidir⁹¹. Diğer görüşe göre ise kaybın hâkim teşebbüsün yönlendirmesiyle gerçekleştiği karine olarak kabul edilmeli, aksinin ise hâkim teşebbüs tarafından ispatı beklenmelidir⁹². Yönlendirmenin yazılı, sözlü ya da bir karara dayalı olarak yapılması şart olmadığından, ilgili sürecin dışında bulunan pay sahipleri ve şirket alacaklıları açısından bu durumun kolaylıkla ispat edilemeyeceği açıktır⁹³. Özellikle hâkim teşebbüs ve bağlı şirket yönetim organı dışında kalan üçüncü kişiler açısından, ispata yarar en güçlü veri kaynağı, kanaatimizce gereği gibi düzenlenmesi halinde hâkim teşebbüs ve bağlı şirket raporları olmaktadır.

d) Denkleştirme Yapılmaması

Hâkim teşebbüsün yönlendirmesi neticesinde doğan ve bağlı şirketin bu yönlendirme olmasaydı eğer, bu yönde hareket etmeyeceği durumlarda ortaya çıkan kayıplar, doğrudan hâkim teşebbüsün sorum-

⁸⁸ Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 272.

⁸⁹ İspata ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Göktürk, s. 70 vd.

⁹⁰ Görüşler için bkz. Akın, s. 195 vd.; Eroğlu, *Enterprises*, s. 212 vd.

⁹¹ Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 275.

⁹² Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 276.

⁹³ Aynı görüş için bkz. Akın, s. 194.

luluğuna yol açmamakta, sorumluluğu bertaraf etmek için hâkim teşebbüsün çeşitli imkanları bulunmaktadır. Öyle ki sorumluluk doğmaması için söz konusu kayıpların TTK m. 202/1-a hükmüne göre: “o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilmesi veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınması” gerekmektedir⁹⁴. Söz konusu imkanlar, her ne kadar hâkim teşebbüsün kaybı giderebildiği sürece, bağlı şirketleri kayba uğratabileceği şeklinde yorumlanabilse de denkleştirme kurumunun tarafların menfaatini dengelemek üzere getirildiği unutulmamalıdır⁹⁵. Nitekim topluluğu oluşturan her bir şirket ve teşebbüsün kendi organizasyonlarına ilişkin menfaatleri, hâkim teşebbüs ve bir bütün olarak topluluğun menfaatleriyle karşılaştırıldığında, eşit şekilde korunmayı hak etmekte ve dolayısıyla hâkim teşebbüs mümkün olduğunca bağlı şirketleri kayba uğratmadan ve sebep olduğu kayıpları da telafi ederek hâkimiyetini kullanmalıdır⁹⁶. Bu sebeple denkleştirme, hâkimiyetin kötüye kullanılmasının anahtarı olarak değil, topluluğun sürdürülebilirliği için gerekli olan bir telafi mekanizması olarak ele alınmalıdır⁹⁷.

Bağlı şirketlerin uğratıldığı kayıpların hâkim teşebbüs tarafından hangi şekillerde denkleştirilebileceğine ilişkin hükmün gerekçesinde: “verilen garanti veya kefaletin, karşı garanti ve kefalet ya da avallé güvence altına alınması, herhangi bir lisans ve marka kullanma hakkı tanınması, herhangi bir ücret talep edilmeden araştırma ve geliştirme hizmeti verilmesi, know-how verilmesi, personele staj ve eğitim imkânları sağlanması, pazarlama açısından yararlandırılması, denk değerde bir taşınmazın devri, bağlı şirketin kayba uğramasının karşılığında yararlandırılmış olan diğer bir bağlı şirketin sermaye artırımında rüçhan hakkı tanınması, şartlı sermaye artırımında kayba uğrayan şirketin hak sahibi kılınması gibi” çeşitli örnekler verilmektedir. Görüldüğü üzere oldukça esnek bir denkleştirme

⁹⁴ Kaybın gerçekleşmesi değil denkleştirilmemesi halinde sorumluluğun doğacağına ilişkin bkz. Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 20.

⁹⁵ Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 71.

⁹⁶ Benzer yönde AktG § 311 Gerekçesi.

⁹⁷ Hükmün telafi niteliğinde olduğu yönünde Akın, s. 228; Gürbüz Usluel, s. 283.

yelpazesi benimsendiği için ilgili imkanların bizzat hâkim teşebbüs tarafından olduğu kadar bir üçüncü kişi ya da bir diğer bağlı şirket tarafından sunulması da mümkün görünmektedir⁹⁸.

Denkleştirmenin ne şekilde gerçekleştirileceğine yönelik tercihin, hâkim teşebbüste olduğu düşünülmektedir⁹⁹. Esasen bu düşüncenin denkleştirmenin telafi amacıyla uyumlu olmadığı da ileri sürülebilir. Özellikle bağlı şirketin hâkim teşebbüsün telafi tercihini yeterli veya uygun bulmaması olasılığında, bunu reddetme imkanı olup olmadığı belirsizdir. Ancak kanaatimizce özellikle tam hâkimiyet söz konusu değilse, henüz kayıp gerçekleşmeden önce kayba yol açacak ya da yol açabilecek yönlendirmenin gereğinin yerine getirilip getirilmeyeceği konusunda teorik olarak özgürlüğünü koruyan yönetim organının, telafinin ne şekilde yapılacağına ilişkin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde anlaşma yapması mümkün olduğu gibi sonrasında uygun ya da yeterli görmediği bir denkleştirme teklifini de bağlılık raporuna geçirmesi mümkündür¹⁰⁰. Kayba yol açacağı açık bir yönlendirmeyi, karşı çıkmaksızın ya da gerekli koruyucu mekanizmaları oluşturmaksızın uygulayan bir bağlı şirketin yönetim organının, kayba denk olmayan bir denkleştirme önerisi karşısında ne derece basiretli hareket edeceği de tartışmaya açık bir durumdur¹⁰¹.

2- Sorumluluğun Sonuçları

a) Şirket Zararının Tazmin Edilmesi Talebi

TTK m. 202/1-b hükmüne göre: “Denkleştirme, faaliyet yılı içinde fiilen yerine getirilmez veya süresi içinde denk bir istem hakkı tanınmazsa, bağlı şirketin her pay sahibi, hâkim şirketten ve onun, kayba sebep olan, yö-

⁹⁸ Aynı yönde Şener, s. 180.

⁹⁹ Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 289; Akın, s. 234.

¹⁰⁰ Denkleştirmenin ne şekilde olacağını belirleme yetkisi hâkim teşebbüste olduğundan, bağlı şirketin bunu reddetme hakkı olmadığı, ancak uygun görmüyorsa raporlayabileceği yönünde Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 290.

¹⁰¹ Benzer yönde Akın, s. 247.

netim kurulu üyelerinden, şirketin zararını tazmin etmelerini isteyebilir.” Ayrıca TTK m. 553 ve devamındaki sorumluluk hükümlerinde olduğunun aksine, TTK m. 202/1-c hükmüne göre: *“Alacaklılar da, (...) şirket iflas etmemiş olsa bile, şirketin zararının şirkete ödenmesini isteyebilirler.”* Görüldüğü üzere, hükümde bilinçli olarak bağlı şirkete ya da yönetim organına değil pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına zararın tazmin edilmesini talep etme hakkı tanınmaktadır. Nitekim hâkim teşebbüsün otoritesi altında olan ve söz konusu kayıp da bu sebeple meydana gelen bağlı şirketler açısından, zararın giderilmesi için de yine aynı uyumlu eylem içerisinde olan kişilerin karşı karşıya getirilmesinin pratik bir faydası olmayacaktır. İlgili hükmün gerekçesinde de bu durum vurgulanarak, hâkim ve bağlı şirket yönetiminin karşı karşıya getirilmesinin, hukuki gerçeklik ve topluluk oluşturmanın mantığına aykırı olacağı belirtilmiştir¹⁰².

TTK m. 202/1-b hükmünün devamında: *“Hâkim istem üzerine veya resen somut olayda hakkaniyete uygun düşecekse, tazminat yerine bu maddenin ikinci fıkrası hükümlerine göre, davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilir.”* şeklinde, medeni usul hukukuna hâkim olan hâkimin taleple bağlılığı ilkesine uymayan istisnai bir sonuç ortaya koyulmaktadır. Kanaatimizce davanın sürpriz bir kararla sona ermemesi adına, hâkim, talep dışında başka bir hükme karar verecekse, buna ilişkin görüşlerini paylaşmalı, çözümün “kabul edilebilir” olup olmadığı noktasında da davacının değerlendirmesini dikkate almalıdır. Bu noktada alternatif karar imkânı olan bu davada, taraf vekillerinin de dava dilekçelerinde kabul edilebilir çözüm önerilerine yer vermeleri faydalı olabilecektir.

¹⁰² Bağlı şirketin hükümde davacı olarak belirtilmemiş olmasının dava hakkı olmadığı şeklinde yorumlanması için bir neden olmadığı ve asıl zarar görenin bağlı şirket olması karşısında, bağlı şirketin dava açmasının engellenemeyeceği yönündeki görüş için bkz. Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 356; Şener, s. 180; Hükümde açıkça yer almamakla birlikte bağlı şirketin de dava açma hakkı olduğu yönünde Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklığı*, §15, N 71; Şener, s. 179; Pay sahipleri ve alacaklıların dava açma hakkını engellemek şartıyla, bağlı şirketin de dava açabileceği, ancak genel hükümlere göre zararının tazminini talep edebileceği yönünde Akın, s. 259 vd.

b) Özel Denetçi Atanması Talebi

TTK m. 207 hükmüne göre: “Denetçi, (...) özel denetçi, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi; bağlı şirketin, hâkim şirketle veya diğer bağlı bir şirketle ilişkilerinde hilenin veya dolanın varlığını belirtir şekilde görüş bildirmişse, bağlı şirketin her pay sahibi, bu konunun açıklığa kavuşturulması amacıyla, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteyebilir.” Ayrıca TTK m. 406 hükmüne göre de: “a) Denetçi, şirketin hâkim şirketle veya topluluk şirketleriyle ilişkileriyle ilgili olarak sınırlı olumlu görüş veya kaçınma yazısı yazmışsa veya b) Yönetim kurulu, şirketin topluluk tarafından, bazı belirli hukuki işlemler veya uygulanan önlemler dolayısıyla kayba uğratıldığını ve bunlar dolayısıyla denkleştirme yapılmadığını açıklamışsa, herhangi bir pay sahibinin istemi üzerine, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından şirketin, hâkim şirketle veya hâkim şirkete bağlı şirketlerden biriyle olan ilişkisini incelemek üzere özel denetçi atanabilir.” Her ne kadar ilk hükümde açıkça bağlı şirket pay sahiplerine bu hak tanınmışken, diğer hükümde yalnızca pay sahipleri denilmesi, bağlı şirket kadar hâkim teşebbüsteki pay sahiplerini de kapsıyor algısı oluştursa da her iki düzenlemede de özel denetçi talep etme imkanının bağlı şirket pay sahiplerine tanındığını kabul etmek gerekmektedir¹⁰³. Nitekim ikinci hükümde de istem konusu yine şirketin, hâkim şirket ya da hâkim şirkete bağlı diğer şirketlerle olan ilişkisi olduğundan, talep hakkı sahibinin bağlı şirket pay sahibi olduğu düşünülmektedir.

Bağlı şirket pay sahiplerinin özel denetçi atanması istemi, talep genel kurulca reddedilemeyecek nitelikte olduğundan, bu yönüyle TTK m. 438’deki özel denetim isteminden ayrıldığı için etkisi kuvvetlendirilmiş bir pay sahipliği hakkı olarak kabul edilmelidir¹⁰⁴.

¹⁰³ Sadece bağlı şirket pay sahiplerince talep edilebileceği yönünde Şener, s. 198; Bahtiyar, s. 74; Tam hâkimiyet halinde özel denetçi talep edilemeyeceği yönünde Kendigelen, s. 190; Bilgili ve Demirkapı, s. 135 vd.

¹⁰⁴ TTK m. 406 gerekçesi.

3- Tam Hâkimiyet Halinde Sorumluluk

Hâkimiyet ilişkisi, hâkim teşebbüse, bağlı şirkete çeşitli yönlendirmelerde bulunma imkanı tanımakla birlikte, bu ilişkinin bağlı şirkete yönelik talimatlar verme ya da şirket zararına olacak şekilde hareket etmeye zorlama şeklinde anlaşılması gerekmektedir¹⁰⁵. Ancak TTK m. 203 hükmünde düzenlenen tam hâkimiyet halinde: “*Bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşıyabilir, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir. Bağlı şirketin organları talimata uymak zorundadır.*” Nitekim bu halde bağlı şirketlerde tam anlamıyla bağlı bir yönetim kurulu bulunduğundan, özen yükümlülüğü çerçevesinde işini kaybetme tehdidi altındaki üyeler istifa etseler dahi her gelen yeni üye, topluluk hâkiminin talimatlarına uymadığı sürece yine aynı tehdit altında olmayı sürdürecektir¹⁰⁶. Dolayısıyla tam hâkimiyet altındaki bağlı şirketlerin yönetim organları, tamamen hâkim teşebbüsün otoritesini benimsemiş kişilerden ibaret olacaktır¹⁰⁷. Oy oranlarının tam hâkimiyet seviyesine gelip gelmediği ise TTK m. 208 hükmü çerçevesinde, teşebbüsün bildirim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmesine ve pay oranlarının takibine bağlıdır¹⁰⁸.

Tam hâkimiyet halinde dahi bağlı şirketin ayrı bir tüzel kişiliği ve alacaklıları olduğu için sınırsız bir hâkim teşebbüse itaat söz konusu değildir. TTK m. 204’e göre: “*Bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verilemez*”¹⁰⁹. Tam hâkimiyet halinde

¹⁰⁵ Theusinger, s. 278

¹⁰⁶ TTK m. 203 gerekçesi.

¹⁰⁷ Doğrudan hâkimiyet halinde tek kişi ortaklığın gündeme geleceği yönünde Aydoğan, s. 214; diğer bağlı şirketlerin pay sahibi olması yolu ile de bir bağlı şirket üzerinde tam hâkimiyet kurulabileceği yönünde Şener, s. 186.

¹⁰⁸ TTK m. 208’in TTK m. 203’ün tamamlayıcısı niteliğinde olduğu yönünde TTK m. 203 gerekçesi.

¹⁰⁹ Hükümde belirtilmemekle birlikte suç oluşturan talimatların da yasak olduğu yönünde Eriş, s. 1795; Bağlı şirketin iflasına yol açacak şekilde talimat verilemeyeceği yönünde Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 423 vd.

yasaklanan talimatlar dışında olmak üzere, TTK m. 205 hükmüne göre: “Bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve sorumlu tutulabilecek ilgililer, 203 ve 204 üncü madde kapsamındaki talimatlara uymaları nedeniyle, şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutulamazlar.” Gerekçede de belirtildiği gibi sorumsuzluk yalnızca TTK m. 204 hükmü kapsamında olmayan talimatlara uyulması halinde söz konusudur¹¹⁰.

TTK m. 206/1 hükmüne göre: “Hâkim şirket ve yöneticilerinin, 203 üncü madde çerçevesinde verdikleri talimatlar dolayısıyla bağlı şirkette oluşan kayıp, o hesap yılı içinde, denkleştirilmediği veya zamanı ve şekli de belirtilerek şirkete denk bir istem hakkı tanınmadığı takdirde, zarara uğrayan alacaklılar hâkim şirkete ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açabilirler¹¹¹.” Hâkim teşebbüs, ilgili davada da sorumluluk davasına benzer şekilde, yönlendirmesi olmaksızın da söz konusu zararın özen yükümlülüğüne uyulması durumunda da meydana gelebileceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkanına sahiptir (TTK m. 206/1 atfıyla TTK m. 202/1-d). Hâkim teşebbüsün merkezinin yurt dışında bulunması halinde, bu dava, bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılacaktır (TTK m. 206/1 atfı ile TTK m. 202/1-e).

Hüküm, tam hâkimiyet halinde, bağlı şirket pay sahiplerinin değil alacaklıların korunması gerektiğinden hareket etmektedir¹¹². Bu sebeple TTK m. 206/2 hükmüne göre hâkim teşebbüs “krediden ve benzeri sebeplerden kaynaklanan alacaklarda, davacının, denkleştirmenin yapıldığını veya istem hakkının tanınmadığını bilerek söz konusu alacağı doğuran ilişkiye girdiğini veya işin niteliği gereği bu durumu bilmesi gerektiğini ispatlayarak” sorumluluktan kurtulabilmektedir. Nitekim bu durumda

¹¹⁰ Yasak talimatlara uyulması halinde, sorumsuz olduğu hükmüne dayanılmayacağı ve sorumsuzluğun yalnızca TTK m. 203 hükmü çerçevesinde kabul edildiği yönünde TTK m. 204 ve 205 gerekçesi; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, §7, N 79.

¹¹¹ Alacaklıların alacağını bağlı şirketten tahsil edebilmeleri durumunda, bir zararları olamayacağından, dava açma haklarının da olmayacağı yönünde Bilgili ve Demirkapı, s. 134; Giray, s. 146 vd.

¹¹² Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, §7, N 85.

alacaklarının korunmasını gerektirecek bir durum bulunmayacağı düşünülmektedir¹¹³.

B) GÜVENDEN KAYNAKLI SORUMLULUK

TTK m. 209 hükmüne göre: “*Hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur*¹¹⁴.” Hükmün gerekçesine göre Türkiye: “*Avrupa öğretisinde çoğunluk tarafından savunulan güven kavramının önemli bir uygulamasını oluşturan ve İsviçre Federal Mahkemesinin Wibru/Swissair kararı (BGE 120 II 331) ile kabul edilen şirketler topluluğunun (konzern’in) toplumda veya tüketicide yarattığı güvenden doğan sorumluluğu kanunen düzenleyen ilk ülkedir*¹¹⁵.” Yine “*patronaj açıklaması*¹¹⁶” olarak ifade edilen hükmün amacı, hükmün gerekçesine göre: “*bir şirketler topluluğu bağlamında hâkim şirketin toplumda veya daha dar bir çevre olan tüketicide yarattığı güveni kullandığı takdirde bu kullanmanın sonuçlarını yüklenmesini sağlamaktır.*” Farklı bir ifadeyle, bu hükümle, güvenen kişi, güvenmeseydi ne durumda olacaksa o hale getirilmesi, yani olumsuz menfaatin tazmini hedeflenmektedir¹¹⁷.

Şirketler topluluğunun tüketicide yarattığı güvenden fayda sağlayan, esasen şirketler topluluğunun hâkiminden ziyade bağlı şirketlerdir. Bu güvenden faydalanma kavramı ise somut olaya göre belirlenmekle birlikte, şirket belgelerinin antet kısmında hâkim teşebbüsün belirtilmesinden, ürün ve hizmet reklamlarında hâkim teşebbüsü ya da topluluğu vurgulayan amblem ve logoların yerleştirilmesine kadar değişen şekillerde tüketiciler üzerinde güven oluşturmaya yarar yöntemlere daya-

¹¹³ Bu hükmün dürüstlük kuralının bir uygulamasını teşkil ettiği yönünde Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, §7, N 84.

¹¹⁴ Hükmün sosyal bir koruma hükmü olduğu yönünde Bahtiyar, s. 75; Sorumluluğa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, s. 1 vd.

¹¹⁵ Güvenden doğan sorumluluğun tarihsel gelişimine ilişkin bilgi için bkz. Yılmaz, s. 38 ve 155 vd.

¹¹⁶ “*Koruma ve himaye açıklaması*” şeklindeki ifade için bkz. Yılmaz, s. 199 vd.; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, §7, N 90; “*destek mektupları*” ifadesi için bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklığı*, §23, N 163; “*mensubiyet açıklaması*” şeklinde ifade için bkz. Akın, s. 329.

¹¹⁷ Açıklamalar için bkz. Yılmaz, s. 275 vd.; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, §7, N 91.

nabilmektedir¹¹⁸. Hâkim teşebbüsün itibarı esasen hâkim teşebbüsün işletme adı, ticaret unvanı ve markasının itibarı ile ilişkili olacağından, itibarın tespitinde, marka hukukunun bazı ilkelerinden faydalanılması mümkündür¹¹⁹. Hâkim teşebbüsün sorumluluğunun doğmasının şartı ise yaratılan bu topluluk itibarının topluluk kalite ve standartlarına uymadığı halde bir bağlı şirket tarafından kullanılmasına izin vermesi ya da göz yummasıdır¹²⁰. Dolayısıyla sorumluluğun doğması için öncelikle ortada bir şirketler topluluğu olması, topluluğun bir itibara sahip olması, bu itibarın toplumda veya tüketicide güven veren bir düzeye ulaşması, bu güvenin belli bir işte kullanılması, güvene yönelik beklenti neticesinde bir zarar doğmuş olması gerekmektedir¹²¹. Hâkim teşebbüsün güven sorumluluğu, hâkim teşebbüs ve zarar gören arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığından, dürüstlük kuralına; bağlı şirketin sorumluluğu ise aradaki sözleşme ilişkisine dayandırılarak sözleşmeye ya da sözleşme görüşmelerine ilişkin olarak doğmaktadır¹²².

SONUÇ

Şirketler topluluğuna ilişkin sorumluluk düzenlemeleri ile özellikle bağlı şirket yönetim kurullarının, şirket menfaati ve topluluk menfaati arasında kalarak yaşadıkları ikilem ve talimatlara uymak zorunda oldukları halde karşı karşıya kaldıkları sorumluluk rejimi tekrar gözden geçirilmiş ve ekonomik gerçeklik temelinde çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Şirketler topluluğu, ticaret şirketleri esas alınarak oluşturulmuş ancak istisnai şekilde teşebbüslerin de topluluk hâkimi olabileceği öngörülmüştür (TTK m. 195/5). Topluluğun ne şekilde oluşacağına ilişkin

118 Bağlı şirketler çoğu kez üyesi oldukları şirketler topluluğunun adını şirket kırtasiyesinde, ilân ve özellikle reklamlarda zikretmekte ve bu yolla kendilerine müşteri bağlamakta, ticarî menfaat sağlamaktadır. Böylelikle şirketler topluluğunun toplumda yüksek itibarı haiz olduğu durumlarda bu kazancın da yüksek olduğu yönünde TTK m. 209 gerekçesi.

119 “Tanınmış marka” ve “iyi bilinen marka” ölçeklerinden faydalanılabileceği yönünde Ahmet Battal, “Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 18, S. 2, 2013, s. 245.

120 Sadece hâkim şirketin değil hâkim teşebbüsün de sorumlu tutulabileceği yönünde Battal, s. 243.

121 Tekinalp, *Sermaye Ortaklığı*, §23, N 156-161; Pulaşlı, *Şerh*, §21, N 38.

122 Şener, s. 193; Bilgili ve Demirkapı, s. 135; Battal, s. 245.

ise bağlı ve hâkim şirket tanımlarında bir sayıya yer verilmezken, topluluk oluşumuna ilişkin TTK m. 195/4 hükmünde hâkim şirkete bağlı birden fazla bağlı şirket olması gerektiği vurgulanarak, hükümler arasında çelişkili bir tanımlama yoluna gidilmiş ve bu durum da öğretide farklı yorumlar yapılmasına sebebiyet vermiştir. Kanaatimizce sorumluluktan kaçınılmasının önüne geçilmesi amacıyla tek kişilik sermaye şirketinde hâkimiyet sağlayan tek kişinin teşebbüs olması halinde dahi şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanmasına fırsat tanınması ve böylelikle şirket alacaklılarının topluluk hükümleriyle de korunmasının sağlanması gerekmektedir.

Topluluk hâkimi olan teşebbüsün topluluk hukukundan kaynaklı çeşitli hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. TTK m. 16/2 hükmü saklı kalmak üzere, hâkim teşebbüsün tacir sayılması sebebiyle tacir olmanın tüm hüküm ve sonuçları hâkim teşebbüse de uygulanacaktır. Bir sermaye şirketinde TTK m. 198 hükmünde belirtilen oranlarda pay edilen teşebbüs, hâkim olsun olmasın bu durumu hükümde belirtilen kişi ve ilgili kurumlara bildirmek zorundadır. Aksi halde bu payların sağladığı hakların donması şeklindeki geçici hak kaybına katlanmak zorunda kalmaktadır. Yükümlülüğün yerine getirilmesi ile birlikte bu sonuç da ortadan kalkacaktır. Ayrıca hâkimiyet sözleşmesinin de bildirim, tescil ve ilanı, anlaşmanın geçerlilik şartı olarak öngörülmüş, bu bildirim yapılmasa dahi topluluk hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Hâkim teşebbüsün talep halinde hazırlamakla yükümlü olduğu hâkim teşebbüs raporu, topluluk hakkında bir resim oluşturulması ve özellikle sorumluluk hükümleri açısından risk taşıyan kişilerin öngöründe bulunmasını sağladığından kilit öneme sahiptir. Hâkim teşebbüs, raporu bizzat hazırlayabileceği gibi bir uzmana da hazırlatabilmekte, her iki durumda da haklı bir sebep yoksa bağlı şirketler raporun doğru ve dürüst bir şekilde hazırlanmasını sağlamak için gereken bilgi yardımını sağlamakla yükümlü olmaktadır. Yine hâkim teşebbüsün ortakları rapor hazırlanmasını talep edemeseler bile bu raporun içeriğindeki bilgileri genel kurul toplantısında talep etme imkânına sahiptir. Hâkim teşebbüsün talimatlarına uymak zorunda olan bağlı şirketlerin yönetim kurulla-

rı, hâkim teşebbüsten sorumluluklarını üstlenmelerini hukuka uygun ve geçerli bir şekilde talep etme imkânına sahiptir. Bu sorumluluk üstlenme bağlı şirket yönetiminin teşviki için önemli faydalar sağlamaktadır. Şirketler topluluğu hukukunda bağlı şirket pay sahipleri ve alacaklılarına tanınan koruma hükümleri çerçevesinde, hâkim teşebbüse karşı açtıkları davaların kötü niyet taşınması halinde, hâkim teşebbüsün uğradığı zararların tazminini talep etme imkânı da düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile ciddi nitelik taşımayan davaların önüne geçilmesi sağlanabileceksede hukuka uygun bir topluluk yönetiminin sağlanması için bu davalar önem taşıdığından, dava yoluna gidilmesi noktasında heves kırıcı olduğu da kabul edilmelidir. Gerçi bu durum topluluk yönetiminde azlığın çıkarılması imkânıyla birlikte göz önüne alındığında, modern şirketler hukukunda zayıf olanı korumak düşüncesinden gittikçe uzaklaşıldığı da dikkat çekmektedir.

Hâkim teşebbüsün, hâkimiyetini hukuka aykırı şekilde kullanması, bağlı şirket için açıkça anlaşılabilir olmayan önemli nitelikteki işlemlere yönelik kararlar alması, tam hâkimiyet hallerinde bağlı yönetim kuruluına uygulanması zorunlu şekilde alacaklıları zarara uğratan talimatlar vermesi ve en nihayetinde topluluk algısının piyasada yarattığı güvenin ekonomik bütünlüğüne dâhil ettiği bağlı şirketler tarafından istismar edilmesine göz yumması hallerinde sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sorumluluk hükümlerinin doğru bir şekilde uygulanması ise öncelikle bu hâkimiyet durumunun tespitine bağlı olduğundan, bildirim yükümlülüğü ve haksızlığın tespitinin sağlanması gerektiğinden, hâkim teşebbüs ve bağlı şirket raporlarının kilit öneme sahip oldukları düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Akın, İ. *Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku*. Seçkin, 2014.

Akıncı, Ş. *Borçlar Hukuku Bilgisi*. Genişletilmiş 12. Bası, Sayram, 2021.

Aslan, Y. *Rekabet Hukuku*. Genişletilmiş 2. Basım, Ekin, 2001.

Aşçıoğlu Öz, G. *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*. Rekabet Kurumu, 2000.

Aydoğan, F. *Tek Kişi Ortaklığı*. Vedat Kitapçılık, 2012.

Bahtiyar, M. *Ortaklıklar Hukuku*. Beta, 2015.

Barut, H. “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Kocaeli Üniversitesi, 2010.

Battal, A. “Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. C. 18, S. 2, 2013, ss. 245-253.

Bilgili, F./Demirkapı, E. *Şirketler Hukuku*. 9. Baskı, Dora, 2013.

Bora, S. “Şirketler Topluluğunda Bağlı ve Hâkim Şirket Raporları”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 5, S. 9, 2014, ss. 93-113.

Çakır Çelebi, F.B. “Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*. C. 4, S. 1, 2018, ss. 19-32.

Çeker, M. “Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Yönetime Katılması”, *Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*. C. 13, S. 1, 2004, ss. 37-56.

Çelik, A. *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma*. 3. Baskı, Seçkin, 2013.

Ekşioğlu, E. *Rekabet Hukuku*. Aristo, 2017.

Eriş, G. *Ticari İşletme ve Şirketler C. II. Güncellenmiş 2. Baskı*, Seçkin, 2014.

Eroğlu, M. *Multinational Enterprises and Tort Liabilities*. Edward Elgar Publishing, 2008 (*Enterprises*).

Eroğlu, M. “Yavru Şirket Tarafından İşlenen Rekabet İhlallerinden Dolayı Ana Şirkete Ceza Verilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VIII*. 2010, ss. 273-311 (“Yavru Şirket”).

Giray, R. E. “Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Şirketler Topluluğu” iç Sami Karahan(ed), *Şirketler Hukuku*. Mimoza Yayıncılık, 2013.

Göktürk, K. *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları*. Adalet Yayınevi, 2015.

Gündoğdu, G. “Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükmünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükmü ile Uyumsuzluğu Sorunu”, *Legal Hukuk Dergisi*, C.12, S.133, 2014, s.107-126.

Gürbüz Usluel, A. E. “Şirketler Topluluğunda Denkleştirme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. C. 18, S. 2, 2013, ss. 281-311.

Gürkaynak, G. *Rekabet Hukuku*. Seçkin, 2022.

Güven, P. *Rekabet Hukuku*. Yetkin Yayınları, 2009.

Güzel, O. *Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri*. Rekabet Kurumu, 2003.

İnan, N./Piker, M. *Rekabet Hukuku*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007.

Karaman Coşgun, Ö. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. C. 21, S. 1, ss. 107-166.

Kayar, İ./ İlbasmış Hızlısoy, Ö. “Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükmülerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- IX*. 2011, ss. 55-97.

Kendigelen, A. *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. 2012.

Kesici, B. *Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu*. On İki Levha, 2017.

Kırca, İ. “6102 Sayılı Kanun’da Anonim Şirket Yönetim Kurulu-Başlıca Yenilikler”, *EÜHFD*. C. 16, S. 3-4, 2012, ss. 121-137.

Memiş, T. “Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, 2015, ss. 3105-3121.

Okutan Nilsson, G. “Türk Ticaret Kanunu’nda Şirketler Topluluğu Hukukunun Ana Hatları”, *Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları*, 2015, ss. 239-256 (“Ana Hatlar”).

Okutan Nilsson, G. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*. On İki Levha Yayıncılık, 2009 (*Şirketler Topluluğu*).

Poroy, R./ Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E. *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*. Güncelleştirilmiş 9. Basıdan 10. Tıpkı Basım, Arıkan, 2005.

Pulaşlı, H. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015 (*Şirketler Hukuku*).

Pulaşlı, H. *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. I, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018 (*Şerh*).

Pulaşlı, H. “Alman Hukukunda Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Şirketten Çıkarma Hakkı”, *Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan*, 2003, ss. 649-663 (“Çıkarma Hakkı”).

Sulu, M. “Şirketler Topluluğunda Satın Alma Hakkı, Ayrılma Akçesi ve Anonim Şirketten Çıkarma Üzerine Düşünceler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*. C. 80, S. 1, 2022, ss. 213-248.

Susuz, K. “Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hâkim Teşebbüs Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. C. 18, S. 2, 2013, ss. 269-281.

Şener, O. H. *Ortaklıklar Hukuku*. Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Tekinalp, Ü. *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar ile Tek Kişilik Ortaklığının Esasları*. 2011 (*Tek Kişi Ortaklığı*).

Tekinalp, Ü. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2015 (*Sermaye Ortaklığı*).

Tekinalp, Ü. “Zorunlu Hedefler Bağlamında TTK Tasarısı’nda Anonim Şirkete İlişkin Kuramsal ve Dogmatik Düzen”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*. S. 4, 2005, ss. 12-45 (“Tasarı”).

Theusinger, I. “Das deutsche Konzernrecht-Grundlagen und aktuelle raktische Fragestellungen-”, *Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları*. 2015, ss. 257-286.

Tokatlı, A. *Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı*. Ankara: Rekabet Kurumu, 2009.

Topçuoğlu, M. *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*. Rekabet Kurumu, 2001.

Üçışık, G./Ocak, N. “Türk Rekabet Hukukunda Yasaklanan Faaliyetler ve Rekabet Kurulunun 9/12/2004 Tarih ve 04-78/1115-282 sayılı Telekom’a İlişkin Öneri Kararının Düşündürdükleri”, *Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan*. 2006.

Üzümcü, R. “Kamu Tüzel Kişilerinin Tacir Sıfatı Alanında Yaşanan Gelişmeler”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. Gaziantep Üniversitesi, 2019.

Yılmaz, A. *Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenen Doğan Sorumluluk*. On İki Levha, 2010.

■ Doç. Dr. Duygu HATİPOĞLU AYDIN* ■

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINDA HUKUKUN SINIRLARI

THE LIMITS OF THE LAW IN PERSONAL DATA PROTECTION

ÖZET

Kişisel verilerin korunması mevzuatı, uluslararası, bölgesel, ulusal düzeyde hukuksal düzenlemeler, idari kararlar ve çeşitli yaptırımlarla korunmanın çerçevesini çizmektedir. Çalışmanın amacı, kişisel verilerin korunmasında hukuktan kaynaklanan sınırlar hakkında sosyo-hukuki bir değerlendirme sunmaktır. Hukuk içi kısıtlamalar, siber alanda hiper düzenleme eğiliminin yarattığı çelişkiler, yargı yetkisi kapsamı hakkındaki ihtilaflar, kişisel verilerin korunmasını işlevsizleştiren düzenleme eksiklikleridir. Korumanın bireye indirgenmiş ve rızaya sıkışmış olması ve mahremiyet öz yönetiminin etkisizliği uygulamadan kaynaklanan kısıtlamalardır. Hukuk ve teknoloji ilişkisi, sermaye lehine hareket eğilimi ve kişisel verilerle güvenlik amacıyla veri toplama ilişkisi hukukun yapısal özelliklerinden kaynaklanan sınırlılıkları oluşturmaktadır. Sosyal kısıtlamalar, bireylerin mahremiyete verdikleri anlamlardaki değişim ve gözetimin sıradanlaşmasında izlenebilir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel verilerin korunması, GDPR, mahremiyet hukuku, gözetim, hukuksal korumanın sınırları.

ABSTRACT

The legislation on the protection of personal data draws the framework with international, regional, and national legal regulations, decisions of data protection authorities, and various sanctions. The study aims to present a socio-legal review of some limitations of the protection of personal data law. Besides the values and legislation, some structural and social factors affect the protection. One is the internal limitations of law as hyper-regulation tendency in cyberspace, jurisdiction disputes, and legal gaps that make the protection dysfunctional, besides the law practice that reduces the privacy protection to the individual and stuck to consent and the ineffectiveness of privacy self-management. The relationship between technology and law, the growing influence of companies on the law, and contradictions between privacy and surveillance arise from structural features of the law. Social limits are the change in people's privacy meanings and the law's contribution to the normalization of surveillance.

Keywords: Protection of personal data, GDPR, privacy law, surveillance, the limits of law's protection.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 06.07.2023 Kabul Tarihi: 28.08.2023

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3153-5310>

Hacettepe Üni. Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı,

duyguhatipoglu@hacettepe.edu.tr, duygu.hatipoglu@gmail.com

GİRİŞ

Hukuk düzenleri dijital çağda ve siber alanda kişisel verilerin korunmasıyla ilgili pek çok tasarrufta bulunmaktadır. Uluslararası, bölgesel, ulusal düzeyde hukuksal düzenlemeler, veri koruma otoritelerinin kararları, çeşitli yaptırımlar ve teknolojik düzenlemelerle kişisel verilerin anlamının, neden korunması gerektiğinin ve nasıl korunacağını çerçevesini çizmektedir. Kişisel verilerin hukuk aracılığıyla korunması konusunda çeşitli aksiyonlar ve çokça heves olsa da hukukun, koruma konusunda çeşitli bariyerlere takıldığını söylemek mümkündür.

Bu makalede, kişisel verilerin korunması konusunda çeşitli hukuki engeller sosyolojik bir perspektiften ele alınmıştır. Çalışmada kişisel verilerin hukukla korunmasının tarihine, mevzuata ve hukuksal düzenlemelerin lafından hareketle korumaya egemen ilkelere değinilmemiştir. Öte yandan veri koruması uygulamada çeşitli hukuksal ve sosyal etki ve kısıtlamalarla şekillenmektedir ve gerçek hayattaki karşılığı mevzuatın öngördüğünden farklı olabilmektedir. Çalışmanın amacı, kişisel verilerin korunması mevzuatını tekrar etmek yerine, somut pratiklere odaklanarak, kişisel verilerin korunmasında ya da korunamamasında genel olarak hukuktan kaynaklanan kısıtlamalar hakkında sosyo-hukuki bir değerlendirme sunmaktır. Mevzuatın öngördüğünün ötesinde, hukuksal düzenleme ve uygulamanın bu anlamda sosyolojik değerlendirmesini yapmak, gerçek bir korumanın ilkelerini ortaya koymak için gerekli bir adımdır. Dolayısıyla çalışmada, veri koruma mevzuatı ve koruma pratiği tekil ve bağımsız bir varlık olarak ele alınmamış, mevzuat ve uygulamanın, hukukun yapısal özellikleri ve politik ve ekonomik gelişmelerle bağlantılı olarak toplumsal ilişkilerde ne anlama geldiği açıklanmaya çalışılmıştır.

Kişisel veriler özelinde hukuksal korumanın sınırlılıklarını tartışırken, hakkında konuştuğumuz konunun çok boyutlu ve karmaşık olduğunu özellikle vurgulamak gerekir. Genel olarak veri korumasının önündeki engeller düşünüldüğünde, hukukun ve sağladığı korumanın bunun yalnızca bir parçası olduğunu kabul etmek önemlidir. “Büyük

Veri” terimi, büyük ve karmaşık veri kümelerini tanımlamak için kullanılır. Sağlık hizmeti verilerinden sosyal medya metriklerine kadar, günümüz teknolojisi, yapılandırılmış veya yapılandırılmamış büyük veri kümelerinin neredeyse gerçek zamanlı olarak toplanabilmesine olanak tanır. Gerçekten Büyük Veri çağında, veri gözden kaçırılmayacak bir hızda genişlemektedir. Her saniye artan bu veri havuzunda, şirketler, devletler, kuruluşlar, yalnızca kişisel verileri değil, hassas verileri de toplayıp işleyebilmektedir. Korumanın da verinin üretilmesi, toplanması ve işlenmesi kadar kapsamlı ve hızlı olması gerekir. Büyük verinin hacmi, ihlallerin artışından veri analizi yöntemlerinin geliştirilmesine, verilerin tüketilmesinden depolanmasına kadar pek çok alanı da etkilemektedir. Ayrıca birbirinden farklı aktörlerin Büyük Veri ekosisteminde önemli kararlar alabildiğini, bunun da veri koruma dinamiklerini etkilediğini belirtmek gerekir.

Çalışma boyunca kullanılan veri koruması ve gizlilik/ mahremiyet kavramlarına da değinmek gerekir. Mahremiyet ya da gizlilik, veri koruma bağlamında yaygın olarak tartışılmaktadır. Gizlilik ve veri koruması eşanlamlı olmasa da büyük ölçüde örtüşürler. Her iki terim de özellikle Avrupa hukuku kapsamında köklü temel insan haklarından kaynaklandığından, aynı olmasalar da birbiriyle yakından ilişkili kavramlardır. Ancak iki farklı değeri ve iki farklı temel hakkı temsil ederler¹. Kişisel bilgilerin hem özel hem de ticari değeri vardır ve genellikle verileri ticari değer olarak kullanmak, mahremiyette ve hatta bazen genel olarak sosyal refahta bir azalmayı beraberinde getirir. Aksi belirtilmediği takdirde, gizlilik sorunlarının çoğu, aslında aynı madalyonun iki yüzü olan iki farklı pazardan, kişisel bilgi pazarından ve gizlilik pazarından kaynaklanmaktadır². Hukuksal açıdan baktığımızda, mahremiyet, bireylerin ve toplumun çıkarlarının korunmasını ve desteklenmesini sağlamak için oluşturulan maddi bir hak olarak tanımlanırken, veri koruma bir usul olarak, maddi hakların etkin bir şekilde uygulandığı ve korunduğu yön-

¹ Eugenia Politou vd., “Privacy and Personal Data Protection”, içinde *Privacy and Data Protection Challenges in the Distributed Era*, ed. Eugenia Politou vd., Learning and Analytics in Intelligent Systems (Cham: Springer International Publishing, 2022), s. 7-12.

² Age s. 8.

tem ve koşulları belirleyen kurallar düzeyinde işler³. Bu farklılıklar ve örtüşmeleri de göz önünde bulundurduğumuzda çalışmanın merkezi kişisel verilerin korunmasındaki kısıtlamalar olsa da belirli tartışmalarda kişisel verilerin yanında Büyük Veri kapsamında veri korumasından da söz edilmektedir.

Nasıl ki, bir kimse hakkında, onun kendisi için taşıdığı düşüncelere dayanılarak bir yargıya varılamazsa, hukuksal düzenlemeler hakkında bir değerlendirme yapılırken de yalnızca hukukun kendisi hakkında varsayılabildiği iddialarla yetinmek, meselenin çok boyutluluğunun gözden kaçırılmasına sebep olur. Kişisel verilerin korunmasında mevzuatın temelinde yatan değerler, iddialar ve uygulama kadar, bu toplamı etkileyen hukukla ilgili diğer yapısal ve sosyal faktörlere de bakılması gerekir. Bu anlamda kişisel verilerin korunmasında hukukun sınırlılıkları üç başlıkta ele alınabilir. Hukuk içi kısıtlamalar, siber alanda hiper düzenleme eğiliminin yarattığı çelişkiler, yargı yetkisi kapsamı hakkındaki ihtilaflar, kişisel verilerin korunmasını olanaksızlaştıran ya da işlevsizleştiren düzenleme eksiklikleridir. Bunların yanında korumanın bireye indirgenmiş ve rıza/ onaya sıkışmış olması ve mahremiyet öz yönetiminin etkisizliği uygulamadan kaynaklanan ve koruma kararlarının ve mekanizmalarının işlevsizliğini ortaya koyan olgulardır. Hukukun teknolojik gelişmelerin gerisinde kalma eğilimi, makro düzeyde sermaye lehine hareketi ve veri toplama faaliyetinin yaygınlığının ve çok yönlülüğünün neticesinde kişisel verilerin korunması ideali ile güvenlik amacıyla gözetimde verileri toplanan ve işlenen bireylerin mahremiyetlerini sağlamak arasındaki dengenin bozulması hukukun yapısal özelliklerinden kaynaklanan sınırlılıkları oluşturmaktadır. Sosyal sınırlılıklar ise, hukuksal korumanın bireylerin mahremiyete verdikleri anlamlardaki değişiklikte ve Büyük Veri çağında korumanın olanaksızlığında, gözetimin sıradanlaşmasına hukukun katkısında izlenebilir.

Bir diğer açıdan, bahsedilen sınırlılıklar hukukun doğrudan ve dolaylı sınırları olarak da kategorize edilebilir. Doğrudan sınırlar konuyla

³ Age s. 9-10.

ilgili mevzuatı, hukuk uygulamasını ve düzenleme eksikliklerini ifade ederken, dolaylı sınırlar, hukuksal düzenlemelerin politik anlamlarını ve bunun çeşitli sonuçları ile mahremiyete ilişkin sosyal sınırlılıkları belir- tir.

I. HUKUK İÇİ KISITLAMALAR

Hukuk içi sınırlılıklar başlığı altında, devletlerin kabul ettiği veya devletlerin bir araya gelerek üzerinde uzlaştıkları metinler ve bunların hukuk düzeni içindeki mahkeme kararları, idari tedbirler gibi uygulama- lara odaklanılmıştır. Hukuki pozitivist bir bakış açısıyla hukuku ele aldığımızda, kişisel verilerin korunmasıyla ilgili belli başlı uluslararası düzenlemeler ve bunların ulusal hukuk düzenlerindeki yansımaları ve uygulamalarının çeşitli kısıtlamalar içerdiği görülebilir. Kişisel verilerin korunmasında Türkiye'nin takip ettiği ve dünya çapında en ileri hüküm- lere sahip metin Genel Veri Koruma Tüzüğü (*General Data Protection Regulation- GDPR*)'dür. Bu nedenle, küresel ölçekte farklı örneklerden yararlanılmaya çalışılsa da hukuksal düzenlemeler ve uygulama tartış- malarının merkezinde genellikle GDPR almaktadır. Bunun yanında, 1960'lardan itibaren başlayan tartışmalar, bugün pek çok anayasada ki- şisel verilerin korunmasının bir hak olarak ifade edilmesiyle neticelen- miştir. Bu temel hakkın uygulanması için, teknolojik gelişimle bağlantılı olarak, korumaya dair mevzuattaki değişiklikler ve içeriği de öngörmeye çalışan pek çok yasa, yönetmelik ve benzeri düzenleme yürürlükte- dir. Bu başlık altında ileri sürülecek kısıtlamaların bazıları da pozitif hukuk kurallarının uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Öte yandan, huku- ku yalnızca devlet kaynaklı düzenlemelerle sınırlamadığımızda, siber alanın küresellik ve çok hukukluluk özellikleri, mevzuat yanında, devlet dışı farklı kural koyucuların müdahalelerini beraberinde getirmekte ve mevzuatın öngördüğü korumanın kısmen de olsa işlevsiz kalmasına yol açmaktadır. Siber alandaki hiper-düzenleme eğilimi, çelişkili kararlar ya da düzenlemeler, yargı yetkisinden kaynaklanan sorunlar, düzenleme boşlukları ve hukuk kurallarının uygulamaya yansımaları başlıkları çerçe- vesinde hukuk içi sınırlılıklar görülebilir.

A) HİPER-DÜZENLEME VE ÇELİŞKİLİ UYGULAMALAR

Siber alan bir hiper düzenleme alanıdır. Bireyler siber alandaki faaliyetleri sebebiyle pek çok kuralla muhatap olmak zorunda kalırlar. Konu kişisel veriler olduğunda da bu değişmemektedir. Bir iletinin bireyleri hangi hukuk düzenleri ile ilişkilendirdiğini ayrıntılı bir şekilde incelediğimizde, bulunduğumuz ülkelerin yasaları, vatandaşlık bağımız olan devletin yasaları, sosyal medya platformlarının yerleşik olduğu ülke yasaları, iletinin ilgili olduğu kişinin tabi olduğu mevzuat, bulutta saklanan veriler açısından sunucuların yer aldığı ülkelerin yasaları gibi, birbirine benzeyen ya da benzemeyen pek çok yargılama yetkisine tabi olduğumuz bir gerçektir⁴. Sosyal medya kullanıcısı olma örneğinde, hukuk sistemlerindeki kuralların örtüşmesi kadar çatışması da olasıdır. Özellikle birbiriyle doğrudan çelişen yasa kurallarının nasıl uygulanacağı hukukçular tarafından çözülmeyi bekleyen bir sorun alanıdır. Kullanıcılar açısından, bireysel düzeyde hangi mevzuata uyacakları ya da hangisini/hangilerini görmezden gelecekleri problemi neredeyse çözümsüzdür.

Hiper düzenlemenin kişisel verilerin korumasında yarattığı kısıtlama sorunu belki *“bütün mahremiyet korumasına hükmedecek tek bir yasa”* ile çözülebilir ancak böyle bir yasal düzenlemenin hukuk sistemlerindeki farklılıklar, farklı bölgelerde farklı mahremiyet algılarına bağlı olan hukuk kültürleri çeşitliliği ve yarışan politik çıkarlar sebebiyle hayata geçmesi olanaklı değildir. Bilindiği gibi kişisel verilerin korunmasında genel itibarıyla AB ve ABD, iki farklı yaklaşım olarak, mahremiyetin tanımından korunmasına, hukuksal açıdan öne çıkan sistemlerdir⁵. GDPR karşısında ABD'nin veri korumada hukuksal yaklaşımını değerlendiren Hartzog ve Richards, GDPR'ın bulunduğumuz yerden bağımsız olarak küresel veri ticaretinde iş yapmak isteyenler üzerindeki önemli etkile-

⁴ Dan Jerker B. Svantesson, *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle* (Oxford; New York: Oxford University Press, 2017), s. 105-6.

⁵ Fred H. Cate, “The Changing Face of Privacy Protection in the European Union and the United States”, *Indiana Law Review* 33, sy 1 (1999): 173-232; Matthew Humerick, “The Tortoise and the Hare of International Data Privacy Law: Can the United States Catch Up to Rising Global Standards?”, *Catholic University Journal of Law and Technology* 27, sy 1 (2018): 77-125.

rine değinirler.⁶ Öte yandan ABD, AB'nin veri koruma çabasını henüz tam olarak benimsememiştir. AB'nin veri korumaya yönelik çok yönlü yaklaşımı, veriler üzerindeki bireysel haklara, ayrıntılı kurallara, veri işlemeye ilişkin varsayılan bir yasağa ve adil bilgi uygulamalarına gayretle bağlı kalmaya dayanmaktadır. Buna karşılık, ABD'nin *patchwork* yaklaşımı daha müsamahakâr, belirsiz ve insanların şirketlerle olan ticari ilişkilerindeki kırılganlıklarına dayanmaktadır. Bu farklılık yasal düzenlemelerde somutlaştığında⁷, farklı ülke örneklerinde uluslararası düzeydeki hukuksal düzenlemelerin öngördüğü ilkelerin yerel kültürlerle karşılaştığında farklı sonuçlara yol açtığı da görülmektedir⁸.

B) YARGI YETKİSİNİN KAPSAMINDAN KAYNAKLANAN KISITLAMALAR

Kişisel verilerin korunmasının küresel bir fenomen olması ile korumaya hakkındaki yasal düzenlemelerin coğrafi kapsamı arasındaki örtüşmezlik, yani yargı yetkisinin sınırları, hukukun iç kısıtlamalardan bir diğerini oluşturur. Yargı yetkisi sınırlarının kapsamı, şahsa bağlı yargı yetkisine ve konu bakımından yargılama yetkisine sahip bir mahkeme tarafından verilen kararların uygun coğrafi kapsamı ile ilgilidir⁹. Kişisel verilerin korunması, küresel bir olgu olmakla birlikte, koruma mekanizmaları ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeyde çeşitlenmektedir. Elbette her düzeyde yargı yetkisiyle ilgili çeşitli yaklaşımlar ve tanımlamalar vardır. Ancak bu düzenlemeler, ortada kalan sorun yumağının kaynağıdır ve çözümü olma iddiasından da uzaktadır.

⁶ Woodrow Hartzog ve Neil Richards, "Privacy's Constitutional Moment and the Limits of Data Protection", *Boston College Law Review* 61, sy 5 (2020): 1687-1762.

⁷ L. Bygrave, "Privacy Protection in a Global Context- A Comparative Overview.", *Scandinavian Studies in Law*, 2004, s. 319-48.

⁸ Yohko Orito ve Kiyoshi Murata, "Privacy Protection in Japan: Cultural Influence on the Universal Value" (ETHICOMP 2005, Linköping University, Sweden, 2005), <https://rcvest.southernct.edu/ethicomp2005-linkaping-sweden/>.

⁹ Mülki yargı yetkisinin tarihsel süreçte nasıl kurulduğuna ve siyasi ve sosyal kimlikler ürettiğine dair bir tartışma için bkz. Richard T. Ford, "Law's Territory (A History of Jurisdiction)", *Stanford Law School* 97 (1999): 843-930.

Bölgesellik büyük ölçüde yargı yetkisine dair iddiaların gerçekleştiği alanın sınırlarını çizer. Bir devlet, kendi topraklarında meydana gelen her şeyi, kendi topraklarında meydana geldiği basit nedenden ötürü düzenleme hakkına sahiptir. Bununla birlikte, yargı yetkisi iddialarının temeli olarak bölgesellik, iki işlevi yerine getirmeyi amaçlar. Birincisi yargı yetkisinin yasal olarak ne kadar uzağa ulaşabileceğine dair tanımlamaları ifade etmek içindir. İkincisi bölgeselliğin, aynı zamanda bir yargı iddiasının ne zaman çok ileri gittiğini gösteren ve böylece diğer ülkelerin yargı bölgelerine gayri meşru müdahaleyi önleyen bir uyarı ışığı olarak çalışması amaçlanmıştır¹⁰. Bölgesellik, yargı yetkisi açısından konumu odağına alırken, siber alanda konumları çevrimiçi olarak değiştirmek oldukça kolaydır¹¹. Ayrıca siber alanın çalışma biçimiyle birlikte bölgeselliğin, yürürlükteki bazı yasalar veya yargı yetkisi için odaklanmak istediğimiz bir nokta bulmaya çalışırken odağı çeşitli yerlere yönlendirebilmesi de mümkündür. Svantesson, yargı yetkisinin hukuksal temeli olarak görülen bölgesellikten daha iyi bir rejime geçme ve uluslararası hukukun yargı yetkisine nasıl yaklaştığı konusunda daha mantıklı bir tutarlılık elde etme anlamında ilerleme kaydedene kadar, bölgesel yargı yetkisinin, hiper düzenlemeyle birlikte internetle ilgili düzenlemeler açısından sorun olmaya devam ettiğini belirtir¹².

Uluslararası hukuk kapsamındaki teamül ve yargılamaya dair kurallar açısından da benzer bir sonuç ortaya çıkar. Bu kurallar hangi devletin, diğer devletler karşısında, hangi ulusötesi olayı düzenleme, yani yasalarını yapma, yürütme ve uygulama hakkına sahip olduğu sorusuyla ilgilenir. Burada konu edilen çetrefilli meselelerin yani hakaret, mahremiyet, sözleşme ve fikri mülkiyet hukuku, müstehcenlik, ilaç ruhsatı ve kumar yasaları gibi meselelerin yalnızca bir kısmını kişisel verilerin ko-

¹⁰ Dan Jerker B Svantesson, "Are we Stuck in an Era of Jurisdictional Hyper-regulation", içinde *50 Years of Law and IT*, ed. Peter Wahlgren, Scandinavian Studies in Law (Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2018), s. 153.

¹¹ Mülki yargı yetkisi, siber alanın bir mekân olarak anlaşılmasında da etkili olmuştur. Gerçek dünyada dair kavram setlerinin ve yerselleştirme ölçeklerinin siber alana taşınması, siber alanda yer metaforuyla karşılanmıştır. Bu metaforun tanımı ve yöneltilen eleştiriler için bkz. Duygu Hatipoğlu Aydın, *Siber Alan ve Hukuk* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), s. 39-54.

¹² Svantesson, "Are we Stuck in an Era of Jurisdictional Hyper-regulation", s. 154.

runması oluşturmaktadır. Ancak bu alanların çevrimiçi düzenlenmesi, çeşitli yaptırımlara bağlanması, aslında düzenleyici denetimin geleneksel konum merkezli tahsisine meydan okumaktadır¹³. Bu çekişmenin en önemli sebeplerinden birisi, devletlerin kendi sınırları içinde egemenlik haklarını ve buna bağlı olarak ulusal hukuklarını işaret etmesidir.

Uzunca bir süredir, içeriğin tek bir devletin yasalarına aykırı olması nedeniyle, küresel olarak engellenmesi/yaptırımla karşılanması örneklerine rastlanmaktadır. Yerel yasaları tartışmalı bir şekilde ihlal eden içeriğe yanıt olarak küresel olarak içeriği engellemelerini veya kaldırmalarını emreden mahkemelerin giderek daha fazla örneğini bulmak mümkündür. Hiper düzenleme sorunu ile bağlantılı olan bu gelişme, veri korumasını bir noktada işlevsiz kılmaktadır. Daha önce *Yahoo vs. Fransa* davası¹⁴ ya da *gigapedia*'nın Münih'te bir mahkeme tarafından kapatılması gibi hukuki süreçlerde görüldüğü gibi, yargı yetkisinin sınırları problemi henüz çözülememiştir. Hem kişisel verilerin korunması hakkında hem de güncel olması sebebiyle *OpenAI* hakkındaki karara değinmek gerekir. İtalyan veri koruma otoritesi, *OpenAI*'nin kullanıcılardan yasadışı bir şekilde kişisel veri topladığını ve reşit olmayanların yasadışı materyale maruz kalmasını önlemek için bir yaş doğrulama sistemine sahip olmadığını söyleyerek *ChatGPT*'yi coğrafi olarak engelleme yönünde karar almıştır¹⁵. Hükümetlerin yasalarını kendi yetki alanları dışındaki devlet ve kuruluşlara dayatmaları önünde çeşitli engeller vardır. Bu nedenle, kişisel veriler başka bir ülkede veya yabancı bir kuruluş tarafından işlendiğinde, yasal koruma eksik veya yetersiz olabilir. GDPR sistemi, bu zorlukları aşmak üzere ve sınır ötesi veri korumasını teşvik etmek için bir bölgesel kapsam tanımlaması yapmıştır. Bu anlamda İtalyan Veri Koruma Otoritesi'nin kararı, kişisel verilerin korunması ilkelerine ve GDPR'ın 3. maddesinde düzenlenen bölgesel kapsama uygun olsa da bu ve benzeri bölgesel düzeyde engellemeler, bu kez de VPN gibi çeşitli teknolojik araçlarla bertaraf edilebilmektedir.

¹³ Uta Kohl, "Jurisdiction in Network Society", içinde *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, ed. Nicholas Tsagourias ve Russell Buchan (UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2021), s. 69-96.

¹⁴ Joel Reidenberg, "Technology and Internet Jurisdiction", *University of Pennsylvania Law Review* 153 (2005): 1951-74.

¹⁵ Adam Satariano, "ChatGPT Is Banned in Italy Over Privacy Concerns", *The New York Times*, 31 Mart 2023, blm. Technology, <https://www.nytimes.com/2023/03/31/technology/chatgpt-italy-ban.html>.

Veri korumadaki yargılama yetkileri arasındaki çekişmenin en önemli sebeplerden biri olan uyumlu bir yasal çerçevenin olmamasının nedeni genellikle farklı ülkelerin farklı veri koruma yasaları, düzenlemeleri ve politikalarını benimsemeleridir. Bu, kişisel verilerin sınırlar ötesinde korunmasında çatışmalar ve tutarsızlıklar yaratır. Farklı mevzuatların farklı veri koruma otoriteleri eliyle koruma sağladığı da açıktır. Bu farklılık, uygulamada da yeknesaklaşmayı zorlaştırmaktadır.

Ek olarak, standart bir uygulama aracının olmaması, yabancı kuruluşların veri ihlallerinden veya gizlilik haklarının ihlallerinden sorumlu tutulmasını zorlaştırmaktadır. Siber suçlar ve siber güvenlik gibi belirli konularda uluslararası hukuk öznelerinin uzlaşma sağladığını gösteren düzenlemeler ya da genel itibarıyla ceza hukuku açısından iş birliği¹⁶, hatta kişisel verilerin ulusal sınırlar ötesine akışına dair çeşitli hukuksal girişimler mevcut olsa da kişisel verilerin korunmasında yargı yetkisinin sınırları, üzerinde tartışılan bir mesele olmaya devam etmektedir.

C) DÜZENLENMEYEN ALANLAR (HUKUK DÜZENLEME BOŞLUKLARI)

Hukuk düzenlerinin teknolojik gelişmeleri karşılama ve ihtiyaçlara cevap verme konusundaki hızıyla teknolojik gelişmeleri hızı arasındaki fark, kişisel verilerin korunması konusunda hukukun iç kısıtlamalardan birini oluşturur. Bununla bağlantılı olarak kişisel verilerin elde edilmesi ya da işlenmesi süreçlerinin tamamının mevzuat aracılığıyla düzenlenmesinden söz edilememektedir.

Bir norm sisteminde daima boşlukların bulunması, toplumsal yaşamın değişim hızının hukukun değişiminden daima daha fazla olmasından kaynaklanmaktadır. Bazen de yasa koyucu, sorunu öngördüğü

¹⁶ Ceza adaleti konularındaki iş birliklerini politik ve yasal açıdan veri koruma hukuku için değerlendiren bir çalışma için bkz. Paul De Hert ve Auke Willems, “Dealing with overlapping jurisdictions and requests for mutual legal assistance, while respecting individual rights. What can data protection law learn from cooperation in criminal justice matters?”, içinde *Enforcing privacy: lessons from current implementations and perspectives for the future*, ed. Paul De Hert, Dariusz Kloza, ve Pawel Makowski (Wydawnictwo Sejmowe, 2015), s. 49-76.

halde belirli gerekçelerle çözüm getirecek kuralları koymamış olabilir¹⁷. Kişisel verilerin korunmasında hukukun sınırlarından birini oluşturan düzenlenmeyen alanlar/konular, bu açıdan teknolojik gelişmelerin hızıyla da bağlantılıdır. Elbette herhangi bir alanda düzenleme yapılması süreci, hukuk kültürü, ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeyde yasama faaliyetlerinin ve norm oluşumunun farklı dinamikleri gibi sebeplerden etkilenebilmektedir.

Kişisel verilerin korunmasıyla ilgili bazı konularda düzenleme boşluklarının olduğundan söz edilebilir. Biyometrik veriler, güvenlik amaçlı kamusal gözetim, algoritmik profillemeye¹⁸ hakkında kişisel verilerin korunması mevzuatı ya yoktur ya da olan koruma oldukça yetersizdir. Ayrıca bulut bilişim¹⁹, nesnelerin interneti gibi uygulamaların yaygınlaşması hem yargı yetkisinin sınırları hem de sorumluluğun üstlenilmesi açısından boşluklar yaratmaktadır.

Örneğin, nesnelerin interneti (*IoT*), mahremiyet yasalarının değişimindeki gerekliliği gösteren önemli bir olgudur. Akıllı ev asistanları ve giyilebilir teknoloji gibi *IoT* cihazları, gözetim amacıyla kullanılacak çok miktarda kişisel veriyi toplayabilmektedir. Bu kapasite geleneksel mahremiyet anlayışına önemli zorluklar getirmektedir. Veri toplama uygulamaları hakkında şifreleme ve şeffaflık gibi hesap verilebilirlik önlemleri bireylerin gizlilik haklarının korunmasında yardımcı olabilecektir²⁰. Giderek daha bağlantılı bir dünyada bireylerin gizlilik haklarını korumak için yeni yaklaşımlara duyulan ihtiyacın vurgulanması açısından nesnelerin internetinin yaygınlaşması kişisel verilerin korunmasına dair düzenlemelerle doğrudan ilgilidir. Nesnelerin interneti, GDPR'la

¹⁷ Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), s. 222.

¹⁸ Monique Mann ve Tobias Matzner, "Challenging Algorithmic Profiling: The Limits of Data Protection and Anti-Discrimination in Responding to Emergent Discrimination", *Big Data & Society* 6, sy 2 (01 Temmuz 2019).

¹⁹ Kevin McGillivray, ed., "Data Privacy and Data Protection Issues in Cloud Computing", içinde *Government Cloud Procurement: Contracts, Data Protection, and the Quest for Compliance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), s. 91-156.

²⁰ Steven I. Friedland, "Drinking from the Fire Hose: How Massive Self-Surveillance from the Internet of Things Is Changing the Face of Privacy", *West Virginia Law Review* 119, sy 3 (2017): 891-914.

ilişkisi bakımından *lex specialis* sayılabilecek AB'nin E-Gizlilik Direktifi bağlamında ele alınmakla birlikte, küresel düzeyde etkili bir korumayı sağlayacak hukuksal düzenleme mevcut değildir. Düzenleme boşluklarına dair Türkiye'den bir örnek, kamusal alanlarda İdarece yürütülen video kameralı kayıtlar hakkında kişisel verilerin korunması bağlamında bir düzenleme olmayışıdır²¹. Benzer bir şekilde, Türkiye'de son dönemde seçim güvenliği konusunda da gündeme gelen, bir yandan kullanımı yaygınlaşan bir yandan kolaylaşan derin sahte (*deepfake*) teknolojisiyle yaratılan içerikler hakkında kapsayıcı ve etkili bir düzenleme olmayışı, hızlı teknolojik gelişmeler karşısında hukuk eliyle kişisel verilerin korunmasını kısıtlayabilmektedir.

Dijital devrimin yol açtığı önemli bir sorun alanı, özellikle parmak izleri, retina kalıpları, yüz özellikleri, ses kalıpları ve DNA gibi insanların bedenlerinden türetilen biyometrik verilerdir. Biyolojik ve biyometrik verilerin yaygın olarak toplanması ve kullanılması gizlilik sorunlarını beraberinde getirmektedir. Biyometrik verilerin nasıl toplanacağı ve hangi amaçlarla kullanılacağı konusunda da bir düzenleme boşluğundan söz edilebilir²². Yine GDPR kapsamında biyometrik veriler ele alınmışsa da dünyada pek çok ülkede biyometrik verilerin toplanması, işlenmesi ve kullanılması konusunda yasal düzenlemeler mevcut değildir. Burada özellikle yüz tanıma teknolojilerine değinmek gereklidir çünkü yüz tanıma teknolojilerinin kullanılmasının veri korunması açısından yarattığı dezavantajlar, mevcut koruma düzenlemelerinin temelinde yer alan ilkelerin de altını oymaktadır. Genel itibarıyla, yüz tanımanın farklı ırklardan insanlar ve diğer azınlıklar ve dezavantajlı gruplar üzerindeki orantısız etkisi, gizliliğin ortadan kaldırılmasını normalleştirilmesi, gözetim kapitalizmin güçlenmesi gibi etkileri, yüz tanıma teknolojilerinin

²¹ Ezgi Turgut Bilgiç, "Kamusal Alanda İdarenin Video Gözetiminin Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi" (Yüksek Lisans, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2023).

²² *AIAct* olarak bilinen ve yapay zeka temelli teknolojilerin gündelik kullanımına dair kapsamlı hukuksal düzenleme, 11 Mayıs 2023'te Avrupa Parlamentosu'nda büyük bir çoğunlukla kabul edildi. Yüz tanıma, tahmine dayalı polislik, gözetim teknolojilerinin insan haklarıyla bağdaştırılması, yapay zeka kullanımında şeffaflık gibi pek çok konuyu ele alan düzenleme Haziran ayında Genel Kurul'da oylanarak kabul edilmiştir.

suistimaline örnekler olarak verilebilir²³. Yüz tanıma teknolojileri vasıtasıyla kişisel verilerin toplanmasında en büyük problemlerden biri rıza eksikliğidir. Veri gizliliğine ilişkin düzenlemelerin temel ilkelerinden biri, veri toplayan kuruluşların, verileri toplanan kişilere hangi biyometrik verileri topladıklarını bildirme ve bunu yapmak için onaylarını alma zorunluluğudur. Her ne kadar aşağıda tartışıldığı gibi rıza kavramının kendisi sorunlu olsa da yüz tanıma teknolojilerinin bireylerin rızası olmadan toplanması, yani gerçek zamanlı kamu gözetimi gibi uygulamaların kullanılması veya yasal olarak oluşturulmamış veri tabanlarının kullanılması bireylerin rızasını ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca yüzlerin şifrelenmesi mümkün değildir. Yüz tanıma verilerini içeren veri ihlalleri, kimlik hırsızlığı, taciz ihtimalini artırmaktadır çünkü şifreler ya da kart bilgilerinin aksine yüzlerimizi değiştirmek olanaklı değildir. Şeffaflığın tam anlamıyla sağlanamaması da kişisel verilerin korunmasında problem yaratmaktadır. Örneğin, parmak izi gibi diğer biyometrik verilerin aksine yüz tanımanın uzaktan, gizlice ve kolay bir şekilde yapılabilmesi şeffaflığı ortadan kaldırmaktadır. Yüz tanıma teknolojileriyle toplanan verilerin, derin sahte temelli uygulamalarla yayılması oldukça kolaydır. Bu da verinin hiç akla gelmeyecek kötü kullanımlarına yol açabilir. Ayrıca toplanan yüz verileriyle yapılan eşleştirmelerde yanlışlık yapılma ihtimali, pek çok hak ihlaline davetiye çıkarabilir.

Siber alanda ve onunla ilgili meselelerde de hukukun teknolojik gelişmelerle ilişkisi, özelde kişisel verilerin korunmasında hukuk içi kısıtlamalardan biri olan düzenlenmeyen alanların varlığını artırmaktadır. Elbette hukukun toplumsal hayatın her alanını ayrıntılı şekilde düzenleme olanağı yoktur. Ancak hızlı ve etkili hareket kabiliyetini kısıtlayan ve aşağıda değinilecek yapısal kısıtlarla birleştiğinde, hukukun hareket tarzının kendisi, gözle görünür bir kısıtlama yaratmaktadır.

Hukuk ve teknolojinin gelişim hızı arasındaki uyumsuzluğun yarattığı olumsuz sonuçların boyunu kavramak için, hukuksal düzenleme-

²³ Woodrow Hartzog, "Facial Recognition Is the Perfect Tool for Oppression", *Medium* (blog), 02 Ağustos 2018, <https://medium.com/s/story/facial-recognition-is-the-perfect-tool-for-oppression-bc2a08f0fe66>.

lerin oluşturulma süreçleri yanında teknolojik gelişmelere de bakmak gerekir. Büyük Veri denilen ve içinde kişisel verileri de barındıran veri paketi, gerçekten büyük ve yaygındır. Varlığı da verilerin serbestçe dolmasına bağlıdır. Dolayısıyla siber alanla internet, dijital uygulamalar, elektronik nesnelere ya da diğer biçimlerle ilişkilenen kullanıcıların verilerinin üretilmesi ve yayılması sistemin sürmesi için elzemdir. Teknolojik açıdan büyük verinin doğası ile veri korumanın hukuksal düzenlemeleri arasında bir uyumsuzluğa yapısal kısıtlamalar başlığında ayrıca değinilecektir.

D) HUKUK UYGULAMASINDAN KAYNAKLANAN KISITLAMALAR

Hukuk düzeni, yalnızca hukuksal düzenlemelerin değil, mevcut düzenlemelerin de uygulanmasıyla inşa edilir. Hiper regülasyon, yargı yetkisi konusundaki problemler ve düzenlenmeyen alanlarla birlikte, mevcut hukuk kurallarının işleyişi veri korumasında hukuk için kısıtlamalardan bir diğerini oluşturur.

Kişisel verilerin korunması mevzuatındaki çeşitlilik ve alanın yasalarla düzenlenmesine yönelik istek bir yana, koruma rejimlerinde koruma sorumluluğunu bireysel denetime sıkıştıran çözümler öne çıkmaktadır. Bir anlamda kişisel veri korumasının veri sahiplerinin öz yönetimine bırakıldığı bir süreçten söz etmek mümkündür. Veri öznelerinin ürettiği verilerin toplanması ve işlenmesinde “rıza” koruyucu bir araç olması gerekirken, veri toplamayı veri özneleri aleyhine meşrulaştıran bir araca dönüşebilmektedir. Rıza probleminin başlangıç noktası, bireylerin verileri üzerinde kontrol sahibi olabileceği düşüncesidir. Eğer veri özneleri ürettikleri veriler üzerinde söz sahibi iseler, bu verilerin toplanması, işlenmesi ve büyük veri havuzunda bir biçimde yer alması konusunda da söz sahibi olabilirler. O halde mahremiyete yapılan müdahalede bireylerin razısı varsa, bu müdahale hukuk düzeni tarafından meşru sayılacaktır.

Mahremiyetin korunmasında bireylerin rızasının alınmasına dair beklenti, esas olarak “mahremiyet öz yönetimine” dayanmaktadır. Hu-

kuk düzeni bu süreçte, bireyleri, haklarındaki bilgilerin toplanması, kullanılması ya da açıklanmasında fayda-zarar hesabı yapabilmelerine olanak tanıyan bir dizi hakla donatmıştır. Bireylerin rızası, kişisel verilerin neredeyse her biçimde toplanmasını, kullanılmasını ve ifşa edilmesini meşrulaştıran bir güç haline gelmiştir. Öte yandan bireyler bir dizi sorun sebebiyle, mahremiyetlerini uygun şekilde yönetemezler²⁴. Bireylerin mahremiyetlerini gerçek bir irade hürriyeti çerçevesinde yönetememelerinin en önemli sebepleri, sürecin teknik özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Her şeyden önce veri toplayan pek çok kurum, kuruluş ve kişi vardır. Bunlar arasındaki ilişkiler ve açık ya da kapalı veri alışverişi²⁵, bireylerin verileri üzerinde kontrol sahibi olmalarını imkansızlaştırmaktadır. Bir diğer sebep, toplanan verilerin çok çeşitli amaçlarla kullanılmasından²⁶ kaynaklanan kontrol sorunlarıdır. Siber alanda yapılan her işlemde veri toplanması, akıllı şehirler, kameralı gözetim, nesnelerin interneti gibi uygulamalar göz önüne alındığında veri toplama noktalarının yaygınlığı ve karmaşık veri kümeleri oluşması, bireylerin kişisel verilerinin kullanılması ya da kullanılmamasında rasyonel karar veremelerini imkânsız kılan teknolojik olgulardandır.

Hukuksal düzenlemeler açısından bireylerin rızalarının varlığının ifade edilmesi için bildirim ve onay şartı en yaygın uygulamalardır. Özellikle GDPR uygulamasının baskısıyla uygulaması yaygınlaşan çerezler (*cookies*), kişisel verilerin toplanması ve işlenmesinde rızanın ortaya konulduğu önemli araçlardan biridir. Çeşitli çalışmalarda çerezlerin yönetimi usulüyle ihlallerin engellenemediği²⁷, hatta mevcut çerez uygula-

²⁴ Daniel J. Solove, "Privacy Self-Management and the Consent Dilemma", *Harvard Law Review* 126 (2013): 1880-1904.

²⁵ Wolfie Christl, "Digital Profiling in the Online Gambling Industry. A report on marketing and risk surveillance by the UK gambling firm Sky Betting and Gaming, TransUnion, Adobe, Google, Facebook, Microsoft and other data companies" (Vienna-Essex: Cracked Labs- CleanUp Gambling, 2022).

²⁶ Jacob Leon Kröger, Milagros Miceli, ve Florian Müller, "How Data Can Be Used Against People: A Classification of Personal Data Misuses", SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 30 Aralık 2021).

²⁷ Celestin Matte, Nataliia Bielova, ve Cristiana Santos, "Do Cookie Banners Respect my Choice? : Measuring Legal Compliance of Banners from IAB Europe's Transparency and Consent Framework", içinde 2020 *IEEE Symposium on Security and Privacy (SP)*, 2020, s. 791-809.

malarının yasanın öngördüğü usullere aykırı olarak tasarlandığı²⁸ ortaya konmuştur.

Kişisel verilerin toplanması ve işlenmesindeki hukuk direktifli uygulamalar da rızanın sakatlanmasına sebep olabilmektedir. Örneğin, verilerin toplanması ve işlenmesi için rıza verilememesinin bedeli olarak hizmetten faydalanamamak, rıza zorunluluğunun bireylerin aleyhine dönmesine sebep olabilmektedir. Üstelik rıza verilmediğinde dahi, bireyler hakkındaki veriler toplanabilmektedir. Benzer şekilde siber alandaki çeşitli hizmetlerden faydalanmak için bireylerin rızası alınırken, uzun açıklama metinlerinin sonucundaki “onay” kutucuklarının işaretlenmesi, rızanın varlığı için yeterli sayılmaktadır. Bu uzun, küçük yazılı ve okunması genelde zaman kaybı olarak görülen metinler²⁹, şirketler açısından yasal sorumluluğu bertaraf eder gibidir³⁰. Kutucukların işaretlenmesiyle kabul edilen metinlerin içerikleri, bireyler tarafından genelde bilinmez. Verilerin toplanması için bu metinlerin onaylanması ve böylece veri toplamanın yasal hale gelmesi sürecinde, edimlerin tarafları arasında açık bir eşitsizlik olması çok muhtemeldir. Mahremiyet öz yönetimi açısından bireyin, her türlü bilgisel donanıma sahip, dijital okuryazarlığı üst düzeyde, teknolojik farkındalığı yüksek, verilerinin toplanmasının ve işlenmesinin anlamını bilen ve gelecekteki ihtimalleri öngörebilen bir kişi olarak tanımlanması, siber alanda etkileşime geçen veri öznelerinin çok küçük bir kısmına tekabül etmektedir.

Mahremiyetin kolektif sosyal boyutunu kabul etmek, piyasa verimliliğinin “bireysel” mahremiyet kaygılarını aştığı piyasa temelli baskın mahremiyet koruma modellerinin varsayımlarına meydan okuma ve bireysel direniş eylemlerinin ve kolektif ölçekte kitleleşmeye dönüş-

²⁸ Alexander Hanff, “The problem with Consent Management Platforms is they are unlawful by design”, *linkedin.com* (blog), Aralık 2021, <https://www.linkedin.com/pulse/problem-consent-management-platforms-unlawful-design-alexander/>.

²⁹ Florian Schaub vd., “A Design Space for Effective Privacy Notices”, içinde *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy*, ed. Evan Selinger, Jules Polonetsky, ve Omer Tene, Cambridge Law Handbooks (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), s. 365-93.

³⁰ Ari Ezra Waldman, “How Big Tech Turns Privacy Laws Into Privacy Theater”, *Slate*, 02 Aralık 2021, <https://slate.com/technology/2021/12/facebook-twitter-big-tech-privacy-sham.html>.

mesi potansiyeline sahiptir³¹. Düzenleyici girişimler bireysel mahremiyet okuryazarlığına ve öz yönetime odaklanırken, mahremiyetin kolektif bir değer ve sosyal bir fenomen olduğunu gözden kaçırmakta ve bu da düzenlemelerin etkisizliğiyle sonuçlanmaktadır.

Uygulamada bir başka sınır, dijital çağın ortaya çıkardığı eşitsizliklerin³² izlenebildiği bir alan olarak, hukuksal korumadan faydalanabilenlerin özelliklerinde ve yargısal süreçlerde görünürlüklerinde ortaya çıkmaktadır. Fransız Veri Koruma Otoritesi (CNIL) tarafından yapılan yakın tarihli bir araştırmada, kişisel verilerinin ihlal edildiği iddiasıyla başvuru yapanların çoğunlukla erkek (%62), 30-49 yaşları arasında (%54,2) ve yüksek lisans veya üzeri bir eğitim derecesine sahip olduğu (%48,6) tespit edilmiştir. Toplumsal cinsiyet, yaş ve eğitim kaynaklı eşitsizliklerin izlenebildiği bu araştırmaya göre, başvurucu kadınların oranı, bilgisayarlara ve dijital teknolojilere aşinalıklarıyla ilişkilendirilmiştir. Öte yandan kadınların çevrimiçi şiddetin daha çok hedefinde olmasına rağmen, bunları bertaraf etmek ve mahremiyetlerini korumak için farklı stratejiler geliştirmiş olabileceğine de değinilmiştir³³. Kısaca değinilen bu bulguların, adalete erişim süreçlerinde yaşanan sorunlarla benzeşmesi tesadüf değildir. Kişisel verilerin korunması düzenlemelerinin merkezinde yer alan hak sahipleri bireysel düzeyde mahremiyetlerini korumaya çalışırken, hukuk sistemlerinin diğer yapısal sorunlarından da etkilenmektedir.

GDPR'nın *Cambridge Analytica* skandalındaki muhtemel uygulamasını değerlendiren bir çalışmada³⁴, GDPR hükümlerinin 2016 ABD Başkanlık seçimlerinde uygulanması halinde ihlalleri engellemek için çok az şey yapabileceği öne sürülmüştür. GDPR hükümleri yalnızca

³¹ Lemi Baruh ve Mihaela Popescu, "Big data analytics and the limits of privacy self-management", *New Media & Society* 19, sy 4 (2017): 592.

³² Mustafa Berkay Aydın, "Dijital Sosyoloji Üzerine Notlar", içinde *Dijital Sosyoloji Çalışmaları*, ed. Aslıhan Zinderen (Ankara: Nobel Bilimsel Eserler, 2021), s. 8-10.

³³ Antonie Courmont, "Le plaignant type ? Un homme, diplômé et cadre | LINC", *linc.cnil.fr*, ubat 2023, <https://linc.cnil.fr/fr/le-plaignant-type-un-homme-diplome-et-cadre>.

³⁴ Alexis Ward, "The Oldest Trick in the Facebook: Would the General Data Protection Regulation Have Stopped the Cambridge Analytica Scandal?", *Trinity College Law Review* 25 (2022): 221-42.

kişisel verilerin kullanımı için geçerli olduğundan, *Cambridge Analytica* GDPR hükümlerini tamamen anonimleştirme teknikleriyle ortadan kaldıracabilirdi. Böylece kişisel tanımlayıcı bilgileri kullanmadan da tüm veri kümeleriyle aynı amaçlara ulaşabilirdi. Anonimleştirme olmasa bile, *Cambridge Analytica*, veri sahiplerinin gerekli rızasıyla verileri yasal olarak işleyebileceğinden, GDPR koruması çok da etkili olmayacaktı. Sürekli onaydan bıkmış kullanıcıların önündeki karmaşık onay koşulları, *Cambridge Analytica* gibi karmaşık denetleyicilerin bu güçlü veri kümelerini oluşturmak için gereken onayı almaları için boşluk yaratabilecekti. Üstelik *Cambridge Analytica*, şirketinin meşru menfaatlerinin veri sahiplerinin menfaatlerinden daha ağır bastığını iddia ederse ve bu bir biçimde kabul görürse, verilerin toplanması için onaya dahi ihtiyaç duymayacaktı. Ayrıca GDPR hükümleri uyarınca veri sahiplerine verilen haklar, muhtemelen *Cambridge Analytica*'nın müdahalesini önlemek için de yeterli olmayacaktı. *Cambridge Analytica*, ancak silme veya işlemeyi kısıtlama haklarını ileri süren veri öznelerinin kalabalık bir şekilde hareket etmesi halinde durdurulabilirdi. Üstelik, veri kümesinden bir model oluşturulduktan sonra silme hakkının ileri sürülmüş olması müdahaleyi engellemeyecekti. Ayrıca bu bireysel haklar, bireyleri daha sonra şirketin hedefi haline gelmekten koruyamazdı³⁵. Bu tespitler, ileri düzey koruma sağladığı iddia edilen GDPR düzenlemesinin, pratikte ne kadar işe yaracağını ortaya koyması açısından önem taşımaktadır.

II. HUKUKUN YAPISAL ÖZELLİKLERİNDEN KAYNAKLANAN KISITLAMALAR

A) HUKUK VE TEKNOLOJİ İLİŞKİSİ

Siber alan ve ilgili meselelerin yapısal, teknik ve fiziksel özellikleri, geleneksel hukuksal sınırları ve anlayışları zorlamaktadır. Ağ toplumunda hukuk, çeşitli sorun alanlarıyla muhatap olmak zorunda kalmıştır. Yeni teknolojilerin hukuka neden ve hangi biçimlerde meydan okuduğunu maddeleştiren Van Dijk, yeni toplumun ağ yapısının mevcut

³⁵ Age s. 240-41.

hukuk düzenleriyle karşılanamadığını vurgular³⁶. Gerçekten ağlardaki enformasyon ve iletişimin soyut, coğrafi olarak sürekli değişen bir niteliğe sahip olması, yapılan düzenlemelerin uygulanması konusundaki problemler, ağ teknolojisinin sınır ötesi niteliği, hukuksal düzenlemelerin temelinde endüstri devrimi ve hatta endüstri öncesi zanaat ve ticaretin maddi gerçeklerinin yer alması, hukuksal düzenlemelerin, önceki dönem ekonomik gelişmelerin aşamalarına bağlı olması, mevzuatın hızla eskijen teknolojilerle çerçevenmesi ve hukuksal düzenlemelerin parçalılığı ve birbiriyle çelişmesi sebepleri bu meydan okumanın başlıca sebepleridir.

Kişisel verilerin korunması konusunda, hukuk ve teknoloji ilişkisine dair bazı temel tespitler yapılabilir³⁷. Öncelikle hukuk, teknolojik gelişmelerin gerisinde kalmaya meyillidir. Siber alandaki gelişmeler hukuka sürekli meydan okurken, hukuksal tartışmalara önceki dönemlerin kavram setleriyle karşılık verme çabası baskındır. Bu karşılık genelde tutucu ve tepkiseldir. Hukuk kurallarının konusu hakkında uzlaşma, politik ve ekonomik durum, hukuk kurallarının yürürlüğe girme süreçlerindeki aktörler ve faktörler, ayrıca küresel bir fenomen hakkında konuşuyor olmamız bu eğilimi beslemektedir. Üstelik teknolojik gelişme hızı, siber alanın klasik sınırlarının ve merkezinin olmayışı, teknolojik gerçeklik ile sosyal gerçeklik arasındaki boşluk, bu eğilimi beslemektedir.

Büyük Verinin hukukla ilişkisini GDPR örneği üzerinden ele alan Pagallo, koruma mekanizmalarının ana vurgusunun, yukarıda hukuk içi kısıtlamalar başlığında tartışılan ve GDPR'da belirtilen bireysel rıza ve verilerin en aza indirilmesi, doğruluk ve amaç sınırlaması, bütünlük ve gizlilik ile yasallık, adalet ve şeffaflık ilkelerine ilişkin birincil normlar olduğunu belirtir³⁸. Öte yandan teknolojik yeniliğin hızı ve daha genel anlamda düzenleyici sistemler arasındaki rekabet, veri korumada parçalanma risklerine üstün gelmesi gereken koordinasyon çabaları, bu

³⁶ Jan Van Dijk, *Ağ Toplumu* (İstanbul: Kafka Yayınları, 2018), s. 195-97.

³⁷ Duygu Hatipoğlu Aydın, *Siber Alan ve Hukuk* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), s. 137-70.

³⁸ Ugo Pagallo, "The Legal Challenges of Big Data", *European Data Protection Law Review* 3, sy 1 (2017): 36-46.

alandaki teknolojik araştırma ve yeniliğe engel olmaması gereken yasal hakların korunması konularında birincil normlara meydan okumaktadır. Bunun çözümü GDPR'nin Büyük Verinin zorluklarıyla başa çıkmak için bir esneklik payı sağlayan ikincil kuralları aracılığıyla belirli konularda makul bir uzlaşma sağlanmasıdır. Özellikle teknolojinin tarafsızlığı ve deneysel federalizm ilkeleri, GDPR'ı teknolojik yenilik sürecini yönetecek kadar esnek hale getirebilir. Yasal koordinasyon mekanizmaları, yetki devri mekanizmalarını dengeleyebilir. Kişisel verilere dair önleyici koruma usulleri ve yeni kolektif haklarla harekete geçecek hukuksal yollar, alandaki araştırma ve geliştirmeyi kısıtlamadan, Büyük Verinin hukuk alanındaki kısıtlarına cevap olabilir³⁹.

Ayrıca teknoloji alanında, insan davranışlarını düzenleyen tek kurallar sistemi hukuk değildir⁴⁰. Farklı kural koyucular, siber alanda faaliyetlerini sürdürmektedir ve insan davranışlarını düzenleme kapasitesine sahiptir. Alanın yalnızca hukuk kurallarıyla düzenlenmemesi, kodların, kullanıcı eğilimlerinin, teknik standartların ve şirketlerin kâr odaklı yaklaşımlarının ortaya çıkardığı çelişkiler, siber alanın farklı çıkar grupları arasında bir mücadele alanı olarak işlediğini gösterirken, bütün bu vaziyet, kişisel verilerin korunmasında hukuka dair yapısal bir kısıtlama olarak görülebilir.

B) HUKUK VE SERMAYE İLİŞKİSİ

Hukukun politik karakteri, eleştirel hukukçular tarafından dile getirilen bir olgudur. Siber alanla ilgili meselelerde ve özellikle kişisel verilerin korunmasında, ana aktörlerden biri olan şirketlerin gücü, hukukun sermaye ile ilişkisinin izlenebildiği alanlardandır. Yasa yapıcı güçleriyle devletler ve teknolojiyi üreten, yaygınlaştıran ve bu sayede varlığını sürdürüp büyütebilen şirketler arasındaki ilişki, özellikle ulus devletlerin klasik rollerini değiştirmiştir. Bununla birlikte şirketlerin de rollerinin

³⁹ Age, s 46.

⁴⁰ Lawrence Lessig, "The Constitution of Code: Limitations on Choice-Based Critiques of Cyberspace Regulation", *CommLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Technology Policy* (1993-2015) 5, sy 2 (1997): 181-92; Lawrence Lessig, "Code Is Law", Harvard Magazine, 01 Ocak 2000, <https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>.

değiştiğini ve devletleşmeye başladıkları söylenebilir. Bu durumu genel olarak kapitalist üretim modelinin neoliberal döneminde geleneksel yapıların dönüşümünün bir parçası olarak görmek gerekir.

Büyük teknoloji şirketlerinin kişisel veriler mevzuatını çekiştirerek, baskıyla ya da ona uyum sağlamaya zorlanarak etkilediği konusunda şüphe yoktur ve bunun tam tersi de geçerlidir⁴¹. Gerçekten büyük teknoloji şirketleri gündelik hayatta siber alanla ilişkimizi ve elbette yaşadığımız dönemi belirleme gücüne sahiptir. Özellikle büyük teknoloji şirketlerinin en büyük avantajı olan mevcut müşteri ağları ve iş kolları tarafından üretilen veriyi toplayabilme ve işleyebilme güçleri⁴², Büyük Veri çağında onları kuralları belirleyen bir pozisyona sokmuştur. Platformlar ya da *Big Tech* olarak bu büyük şirketler sadece veri toplayarak değil, sunulan seçenekleri belirlemek ve algoritmik yapılandırmalarıyla toplumu derin bir biçimde etkileyebilmekte ve şekillendirebilmektedir⁴³.

Şirketlerin çeşitli finansal hedeflerine ulaşmalarında etkili araçlardan biri mevcut hukuksal kurumları ve araçları harekete geçirme kabiliyetleridir. Bu, normal ekonomik faaliyetinin kapsamını ve devletin bu ekonomik faaliyetlerdeki pozisyonunu belirlerken, ki bu genellikle çekişmelere dayanır, bu çekişmeler içinde yasal kurumlar değişikliğe uğramaya başlar⁴⁴. Böylelikle şirket mantığının hukuksal kurum ve düzenlemelere sirayet ettiği ve özel mülkiyetin kutsallığı gibi kapitalist değerlerin siber alan kadar, kişisel verilerin korunmasını etkilediği görülebilir. Makro düzeyde kuralsızlık, deregülasyon, özel mülkiyetin korunmasında kullanıcılar ve müştereler aleyhine düzenlemeler sermayenin kural koyucu rolünün güçlenmesinin örnekleridir. Kişisel verilerin korunması

⁴¹ Yakın dönemde İtalyan Veri Koruma Otoritesi'nin OpenAI ürünü ChatGPT hakkında verdiği yasaklama kararı, şirketi, mahremiyet politikalarını yeniden düzenlemeye ve GDPR ilkelerine uymaya zorlayan bir etki yaratmıştır.

⁴² Wolfie Christl, "Corporate Surveillance in Everyday Life: How Companies Collect, Combine, Analyze, Trade, and Use Personal Data on Billions" (Vienna: Cracked Labs, 2017).

⁴³ Frank Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Reprint edition (Cambridge, Massachusetts London, England: Harvard University Press, 2016).

⁴⁴ Simon Deakin vd., "Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law", *Journal of Comparative Economics* 45 (2015): 188.

alanına baktığımızda, yukarıda tartışılan rıza ve onay araçları, tercihlerinde özgür rasyonel birey tanımlamasına dayanırken, bu mahremiyete verilen değerin ve mahremiyetin hukuki korumasının toplumsaldan bireyselle kaymasının bir göstergesidir. Cohen⁴⁵, bununla ilişkili olarak mahremiyetin hukuk teorisindeki yerinin, liberal benlik için bir korumayı kavramsallaştırıldığını vurgular.

Kişisel verilerin büyük veri kümesinin bir parçası olması ve hukuksal korumanın özellikle kişisel verilere yönelik olması, şirketlerce toplanan çeşitli verinin, mahremiyetin korunması bağlamında yeterince denetlenememesi sonucunu doğurabilir. Dijital kişisel veriler, yeni bir malvarlığı sınıfını temsil ederek, ekonomide daha fazla önem kazanmaktadır. Bu veri varlıkları üzerindeki kontrol, *Apple, Microsoft, Amazon, Google/Alphabet* ve *Facebook*'tan oluşan (GAFAM) ve *Big Tech* denen şirketlerin ortaya çıkışını ve hakimiyetini açıklar. Büyük teknoloji şirketlerinin kişisel veriler üzerindeki mülkiyet ve kontrol haklarını kendi başlarına genişletmek yerine, kullanıcı ölçümlerinin (örneğin, kullanıcı sayıları, kullanıcı katılımı) performatif ölçümü, yönetişimi ve değerlemesi yoluyla “kullanıcıları” ve “kullanıcı katılımını” mal varlıklarına dönüştürmesi söz konusudur. Bu sayede *Big Tech*, kullanıcıları ve kullanıcı katılımını (yani kullanıcı verilerini) abonelik veya satış erişimi gibi ölçülebilir, okunaklı ve para kazanılabilir hale getirerek değerlendirebilir. Artık doğrudan kişisel verinin toplanmasına gerek yoktur. Şirketlerin gücü, kişisel verilerin mülkiyetinden ziyade kullanıcıları değerlendirme sürecinden kaynaklanmaktadır. Mevcut düzenlemeler çerçevesinde, şirketlerin kullanıcılar üzerindeki kontrolü, kişisel verileri toplamak ve kullanmak için sözleşmeden doğan haklara bağlıdır. *Big Tech*, kullanıcı verilerinin toplanmasını ve para kazanılmasını artırdıkça, bu sözleşmelerdeki yasal değişiklikler yoluyla sürekli sözleşme kapsamını genişletebilirler⁴⁶.

⁴⁵ Julie E. Cohen, “What Privacy is for”, *Harvard Law Review* 126, sy 7 (2013): 1905.

⁴⁶ Kean Birch, D Cochrane, ve Callum Ward, “Data as asset? The measurement, governance, and valuation of digital personal data by Big Tech”, *Big Data & Society* 8, sy 1 (16 Mayıs 2021): 1-15.

Hukuk ve sermaye arasındaki ilişkinin kişisel verilerin korunması mekanizmalarına yansımalarının bu bağlamdaki bir başka örneği, verilerin toplanmasındaki amaçlarda belirsizliktir. Kişisel verilerin işlenmesi için hukuka uygun olarak ve açık ve meşru amaçların belirlenmiş olması ve verilerin toplanması aşamalarında da açıkça ifade edilmiş olması gerekir. Uygulamadaki “pazarlama amacıyla” ya da “kullanıcı deneyimini geliştirmek” gibi yorum ve ifadeler ile şirketlerce öne sürülen “meşru menfaat” kişisel veri otoritelerince de⁴⁷ tartışılan ve belirsiz bir gerektir.

Eşitsizliğin derinleşmesinde haklardan (bir bakıma olması gereken) beklentilerin yüksekliği ile uygulama (olan) arasındaki ilişkiye dikkat çeken Solove, mahremiyet haklarının, çok daha büyük bir mimarinin küçük bir parçası ve en fazla destekleyicisi olduğunu vurgular⁴⁸. Mahremiyetin korunmasında bireye yüklenen misyonun abartılması çeşitli teknolojik araçların bireyin elini kolunu bağlaması yanında, veri toplama ve işlemenin enformasyonel kapitalizmin⁴⁹ temel iş modellerinden biri olması, şirketlerin gizliliği korumak için motivasyonlarını kamusal haklardan ya da insan haklarından uzaklaştırmaktadır. “İnovasyon” etrafında kümelenen kültürel ve politik söylemler, şirket faaliyetlerinin devlet kontrolünden muafiyetini destekler⁵⁰. Böylece teknolojinin geliştirilmesi gibi “erdemli ve üretken” faaliyetler, yine, gizliliğin korunması ile piyasa verimliliği arasındaki gerilimde ikincisini destekler. Bir biçimde veriler üzerinden beslenen şirketler ağı, verileri toplamanın ve işlemenin önündeki hukuksal engelleri aşacak çeşitli teknolojik girişimler de yapabilmektedir. Bu durumda da hizmeti sunan şirketler ve hak sahibi

⁴⁷ Örneğin Belçika Veri Koruma Otoritesi, IAB Avrupa (Interactive Advertising Bureau Europe) tarafından geliştirilen Şeffaflık ve Rıza Çerçevesi'nin (TCF) GDPR'nin bir takım hükümlerine uymadığını tespit etmiş, ilgili şirkete 250.000 € para cezası vermiş ve şirketin faaliyetlerini IAB Avrupa ile uyumlu hale getirmek için bir eylem planı sunması için iki ay süre tanımıştır. “The BE DPA to restore order to the online advertising industry: IAB Europe held responsible for a mechanism that infringes the GDPR | Autorité de protection des données
 Gegevensbeschermingsautoriteit”, Şubat 2022, <https://www.dataprotectionauthority.be/citizen/iab-europe-held-responsible-for-a-mechanism-that-infringes-the-gdpr>.

⁴⁸ Daniel J. Solove, “The Limitations of Privacy Rights”, *Notre Dame Law Review* 98, sy 3 (2023): 975-1036.

⁴⁹ Julie E. Cohen, *Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism* (New York, NY: Oxford University Press, 2019).

⁵⁰ Julie E. Cohen, “The Regulatory State in the Information Age”, *Theoretical Inquiries in Law* 17, sy 2 (27 Temmuz 2016), <https://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/1425>.

kullanıcılar arasındaki yapısal eşitsizlik, son kerte de kişisel verileri toplanan kullanıcıların aleyhine derinleşmektedir.

Veri gizliliği ile ilgili yasal gerekliliklere uymak elbette teknolojik ekosistemdeki herhangi bir sorumlu oyuncu yani şirketler için büyük önem taşımaktadır. Bu alandaki kuruluşlar, düzenleyicilere, tüketicilere, ortaklara ve davacılar, veri gizliliği hususlarını teknolojilerine tam olarak yerleştirdiklerini kanıtlayabilmelidir. Ancak piyasa verimliliğinin, gizliliği korumaya karşı baskın hale gelmesi, şirketlerin sorumluluklarını belirsizleştirmektedir. Denetlenmesi gereken pek çok uygulama ve teknolojik aracın varlığı, sermaye lehine politik ve kültürel kabullerle birleştiğinde hukuksal koruma sınırlı bir alana hapsedilmiş olmakta ve neredeyse işlevsizleşmektedir.

C) KİŞİSEL VERİLERİN GÖZETİMLE İLİŞKİSİ

Kişisel verilerin korunmasında hukukun yapısal sınırlarından bir diğeri, verilerin toplanmasında sadece şirketlerin kâr odaklı faaliyetlerinin değil, devlete yüklenmiş en önemli işlevlerden biri olan güvenlik amacının da etkisiyle kişisel verilerin korunmasıyla gözetimin ilişkisidir. Burada, piyasa verimliliği ve mahremiyetin korunması arasındaki gerilime benzer biçimde bir özgürlük-güvenlik ikileminin hukuksal korumanın çerçevesini çizdiği söylenebilir.

Devletler açısından güvenlik amaçlı gözetim, gizliliğin korunması bakımından şirketlerin belirsizliklerle dolu “meşru menfaat” amacıyla benzerdir. Siber güvenlik şemsiyesi altında devletlerin birbirlerine ve farklı grupların devletlere yönelik hareketleriyle çerçevelenen istihbarat faaliyetleri, pratikte gizliliğin korunmasına önemli bir istisna oluşturmaktadır. Gündelik hayatın olağan bir parçası haline gelen akıllı şehir uygulamaları, e-devlet uygulamaları, sınırların kontrolü, devletlerin egemenlik alanlarında gerçekleşen ve egemenliklerine referans veren veri akışlarıdır⁵¹. Elbette güvenliğin sağlanması açısından gözetimin fayda-

⁵¹ Güvenliğin sağlanması amacıyla verilerin toplanmasının en büyük handikaplarından birisi, verinin bütünlüğü ile veri ihlallerinin artışı arasındaki doğru orantıdır. Güvenliğin sağlanması için veri toplanabilen

ları yadsınamaz. Hatta pek çok elektronik uygulama, çipler, kameralar, kodlar ve benzerleri gündelik hayatı da oldukça kolaylaştırmaktadır. “Elektronik gözün” iyi huylu tarafının⁵², akıllı profillemeye, yapay zekâ/makine öğrenmesinin kullanıldığı aygıtlar, yüz tanıma gibi ileri düzey gözetleme teknolojileri ile adeta görünmez (ve aşağıda değinileceği gibi doğal) hale gelmesiyle, mahremiyete verilen anlam ve önemin denetimle dönüştüğünü göz önünde bulundurmak gerekir. Ayrıca gözetim kapitalizminin⁵³ yasal araçlarla derinleşerek sürmesi, bir yandan hukuk-sermaye ilişkisine göz kırparken, öbür tarafta gözetimin temelini oluşturan profillemeye, mevzuat boşlukları vasıtasıyla, manipülasyona açık ama baktığımızda “kişisel olmayan” veri kümelerinin toplanmasını olanaklı kılar.

Devletlerin güvenlik amacıyla gözetim olgusunu, eski dönemlerden ayıran önemli bir etki, veri toplamanın başlıca aktörlerinden olan şirketlerin, bu gözetime dolaylı ya da doğrudan, zorla ya da gönüllü⁵⁴ destek vermesi olmuştur. Şirketler aracılığıyla toplanan verilerin güvenlik amacıyla el değiştirdiği bir gerçektir. Örneğin, nesnelerin internetinin yaygınlaşması sonucu, kendi kendine gözetim bilgilerinin kitlesel üretimi, mahremiyetin çehresini değiştirmiştir. Nesnelerin interneti özel şirketlere ve dolayısıyla hükümetlere benzeri görülmemiş şekillerde veri aktarımı için kolaylık sağlamaktadır. *IoT* araçlarıyla bir insanın hayatının her alanından toplanabilen veri, bir yandan ticaret akışının bir parçası haline gelirken, hükümetlere de bilgileri, satın alma, istihbarat programları aracılığıyla toplama veya özel şirketlerle ortaklıklar yoluyla elde etme fırsatı

teknolojik araçlar ve altyapılar arttıkça ve etki alanları genişledikçe, veri hırsızlıkları, manipülasyonlar ve güvenlik ihlallerine karşı savunmasız kalma ihtimali artar. Akıllı şehirlerde dört kademedeki (akıllı nesnelere, akıllı mekanlar, akıllı altyapılar ve akıllı vatandaşlar) veri kırılabilirliklerine değinen bir çalışma için bkz. Daniela Popescu ve Laura-Diana Genete, “Data Security in Smart Cities: Challenges and Solutions”, *Informatica Economică* 20, sy 1 (2016): 29-38.

⁵² David Lyon, *Elektronik Göz: Gözetim Toplumunun Yükselişi*, çev. Dilek Hattatoğlu (İstanbul: Sarmal Yayınevi, 1997), s. 10.

⁵³ David Lyon, *Gözetlenen Toplum- Günlük Hayatı Kontrol Etmek*, çev. Gözde Soykan (İstanbul: Kalledon Yayınları, 2006); David Lyon, “Surveillance, Snowden, and Big Data: Capacities, Consequences, Critique”, *Big Data & Society* 1, sy 2 (01 Temmuz 2014); Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power* (New York: PublicAffairs, 2019).

⁵⁴ Amitai Etzioni, *Privacy in a Cyber Age* (New York: Palgrave Macmillan, 2015), s. 93 vd.

vermiştir⁵⁵. *IoT* yanında, sosyal medya platformlarının devletlerle ilişkilerini düşündüğümüzde, devletin elektronik gözünden saklanmak adeta olanaksız hale gelmiştir.

Gizlilik ve güvenlik ilişkisindeki en büyük handikaplardan biri, gizliliğin güvenliğe karşı çoğunlukla yenilmesidir, çünkü yaşam ve uzuv tehlikede iken, mahremiyet hakları daha soyut ve belirsiz kalır. Birçok insan daha güvenli olmak için mahremiyetlerinden vazgeçmeleri gerektiğine inanır. Tartışmanın güvenlik tarafındakiler, insanları bu uzlaşmayı kabul etmeye teşvik etmek için güçlü argümanlar öne sürerler. Bunlardan en bilineni “gizleyecek bir şeyim yok” argümanıdır. Buna göre, gizleyecek bir şeyi olmayan insanların gözetlenmekten korkmaları ya da gözetime karşı çıkmaları için hiçbir sebep yoktur. Solove bu argümanların, mahremiyeti korumanın ne anlama geldiğine ve bunu yapmanın maliyet ve faydalarına ilişkin yanlış görüşlere dayandığını ileri sürer⁵⁶. Ona göre, gizlilik ve güvenlik arasındaki tartışma yanlış çerçevelenmiştir ve bu değerler arasındaki değiş tokuş ya hep ya hiç önerisi olarak anlaşılmıştır. Ayrıca Solove, güçlü güvenlik önlemlerine sahip olmanın ve gizliliği korumanın birlikte mümkün olduğunu da belirtir. Güvenliğin sağlanmasıyla gizliliğin korunması arasında bir denge kurulmasının olanaklılığı bir yana, ikisi arasındaki çekişmede kişisel verilerin korunmasının değerinin düşmesi, bu çalışma için bir sınırlılığı ifade etmektedir. Bu dengeyin oluşturulacaksa, güvenliğin sağlanması için veri toplama faaliyetinin yalnızca devletler yoluyla gerçekleşmediğini, büyük gözetim ağında şirketler gibi farklı aktörlerin de devreye girdiğini görmek gerekir. Yasadışı gözetim ya da devletlerin yetki aşımı gibi olaylarda vatandaşları koruyan çeşitli hukuksal düzenlemelerin ve koruma mekanizmalarının, şirketlerin doğrudan kişisel verileri ya da profillemeye yarayan ikincil verileri toplamasında işe yaramaması da bu dengede kişisel verilerin korunmasını kısıtlamaktadır. Dolayısıyla kişisel verilerin korunmasıyla güvenlik amacıyla gözetim, teknolojik araçların kapasitesiyle, siber alandaki ak-

⁵⁵ Friedland, “Drinking from the Fire Hose: How Massive Self-Surveillance from the Internet of Things Is Changing the Face of Privacy”, s. 912.

⁵⁶ Daniel J. Solove, *Nothing to Hide: The False Tradeoff between Privacy and Security*, Illustrated edition (New Haven London: Yale University Press, 2013).

törlerle ve korunan değerlere verilen önemin toplumsal inşasıyla birlikte düşünülmelidir.

GDPR düzenlemesini gözetim bağlamında değerlendiren Andrew ve Baker, Büyük Veriyi kontrol etme çabasının, veri korumasında genel bir iyileştirmeden ziyade risklerin dengelenmesini sağladığını iddia etmektedir⁵⁷. Bu iddialarını siber yasaların yeni “altın standardını” tartışmalı bir şekilde somutlaştırdığını söyledikleri GDPR ilkeleri çerçevesinde sınırlar. Sonucunda ise, aslında yasaların koruma altına aldığı çeşitli güvencelerin, anonimleştirme ve takma adların, gizlilik kaygılarını bertaraf etmekte etkili karşı önlemleri temsil ettiğini, öte yandan aynı korumanın davranışsal ve diğer tanımlanmamış veri biçimlerinin kullanımını, toplanmasını ve ticaretini de teşvik ettiğini iddia eder. Esasen burada mahremiyetin ve gözetimin kavramsallaştırılmasındaki farklılıklara dikkat çekmek gerekir. Özünde mahremiyet, bireylerin şahsi bilgilerinin görünürlüğü üzerinde kontrol sahibi olma haklarıyla ilgilenir, ancak aynı zamanda fiziksel bedenlerimize, duygularımıza, kişisel ilişkilerimize, politik görüşlerimize ve seçimlerimize ilişkin hakları da içerir. Daha ayrıntılı ve daha kişisel verilerin toplanmasıyla mahremiyet ihlallerinin arttığı düşünülür çünkü bu verilerin derinliği bireyleri özne olarak yakından hedeflemek için kullanılabilir. Mahremiyeti gözetimden ayıran en önemli unsurlardan biri çoğunlukla, mahremiyet endişelerinin birey ölçeğinde kavramsallaştırılmasıdır. Gözetime baktığımızda, mahremiyeti koruyan yasaların etkisizliği ortaya çıkar çünkü gözetimde bireylere özel bilgilerin toplanması amacından çok, anonimleştirilmiş veri setlerine erişimi hedeflenir. Gözetimde toplanan veriler, algoritmalar ve analitiklerle hem geçmiş olayları anlamak hem de gelecekteki davranışları tahmin etmek için bireyleri ve grupları zamana ve mekâna yerleştirmek için büyük şirketler ve hükümetler tarafından kullanılır. Böylece klasik tanımıyla kişisel verilere ihtiyaç duymadan bireyler ve topluluklar hakkında bilgi toplamak veya bireyler arasında açık bağlantılar kurmak mümkündür. Gözetimdeki risklerin bu biçimde kavramsallaştırılması, bu riskler hakkındaki anlayışımızı, kişisel verilerin toplanması ve ticare-

⁵⁷ Jane Andrew ve Max Baker, “The General Data Protection Regulation in the Age of Surveillance Capitalism”, *Journal of Business Ethics* 168, sy 3 (2021): 565-78.

tinin daha geniş kontrol ve yönetim etkilerini içerecek şekilde genişletmektedir⁵⁸. Yazarlara göre, GDPR'nin veri etiğini, özellikle davranışsal verilerle ilgili olarak kodlamaya yönelik çabası sınırlıdır, çünkü düzenlemedeki istisnalar, şirketlerin GDPR kısıtlamalarından kaçabilecekleri bir geçit oluşturur. Böylece GDPR, ticari çıkarları geliştirebilecek davranışsal bir veri pazarı için alan yaratmaktadır⁵⁹. GDPR kapsamında korunan kişisel verilerin dışında kalan sahipsiz veri kümelerinin, algoritmik profillemeye ya da örneğin seçimlerin büyük ölçekli değiştirilmesinde potansiyel kullanımı önemli endişeler doğurmaktadır.

Özgürlük ve güvenlik arasında denge kurulması, kişisel verilerin korunması bağlamında somutlaştırıldığında, veri koruma mevzuatının gerektirdiği temel koşulların olmadığı devletler açısından önemli güvenlik ve ihlal sorunları doğacağı da bir gerçektir. Kişisel verilerin korunması mevzuatı asgari bir hukuk devleti ve demokrasi zemininde mümkündür. Bu zemindeki kaymalar, kişisel verilerin korunmasını da doğrudan etkileyebilmektedir. Dolayısıyla gözetimde şeffaflık, hesap verilebilirlik, hukuka uygunluk gibi kriterleri gerçekleştirmekten uzak yönetimler açısından, koruma mevzuatının yapısal sınırlarıyla yeniden karşılaşılır. Konuyla ilgili belirgin örneklerden biri Çin'in pozisyonudur. Çin menşeli pek çok uygulama (TikTok gibi), özellikle ABD tarafından bir biçimde denetim altına alınmaya ya da yasaklanmaya çalışılırken, öne çıkan sebep kişisel verilerin korunması ve ulusal güvenlidir. Bunun yanında demokratik anayasalara sahip olmakla birlikte pratikte hukuk devleti usullerinin işletilmediği çeşitli ülkelerde, vatandaşların güvenlik amacıyla toplandığı iddia edilen verilerinin bu bilgilere erişimi olan üst düzey yetkililer tarafından usulsüz, hukuka aykırı kullanımı, hatta bazı örneklerde yurtdışına transferi gibi güvenlik açıkları söz konusu olabilmektedir.

⁵⁸ Age, s. 569-70.

⁵⁹ Age, s. 576.

III. KİŞİSEL VERİLERİN HUKUKSAL KORUMASINDA SOSYAL KISITLAMALAR

Kişisel verilerin hukuksal korumasının sınırlarını çizen, aynı zamanda hukuk uygulamasının da etkisinde biçimlenen bir konu da veri öznelrinin ya da ilgili kişilerin mahremiyetlerine ve verilerinin korunmasına verdikleri anlamlardır. Hukukun mahremiyetin tanımını ne şekilde yaptığıyla bağlı olarak ama hukukun kendisini de etkileyecek biçimde, etkinliği ölçmekte kişilerin gizliliklerinin korunmasındaki hevesleri, istekleri ve hukuksal korumayı harekete geçirebilme motivasyonları önemlidir. Mahremiyet hakkında insanların fikirlerini ve dolayısıyla hukuksal korumanın sınırlarını belirleyen anlayışlar, hukuksal düzenlemeler kadar veri toplama pratiği ve teknolojik durumdan da etkilenmektedir.

A) MAHREMİYETİN KORUNMAYA DEĞER OLUP OLMAMASI

Mahremiyet nedir, neden önemlidir ve nasıl korunmalıdır sorularının cevapları çeşitlendirilebilir. Hatta bir tanım birliği olmamasının hukuk uygulamasına yansıyan yönleri de vardır. Mahremiyetin korunmasına dair düzenlemeler ve hukuk uygulamasının kendisi de sınırları ve özellikle mahremiyetin tanımına yönelik belirsizlikleriyle, kamusal beklentiler ve gerçeklik arasında uyumsuzluk yaratır⁶⁰. Allen, mahremiyetin çeşitli görünümüne ve koruma mekanizmalarına değindiği çalışmasında, mahremiyeti koruyan yasal düzenlemelerin referans verdiği popüler gizlilik kadar, çoğunlukla farkında olmadığımız, popüler olmayan mahremiyetin de korunması gerektiğini ifade eder⁶¹. İnsanların mahremiyetlerinin korunmasının önemli ve değerli olduğuna dair bir varsayımdan yola çıkan hukuksal düzenlemeler, korunmaya değer olanın çerçevesini çizerken, mahremiyete verilen önem ve değer insanların karşılığı ölçüsünde etkili olabilecektir.

⁶⁰ Philip Leith, "The socio-legal context of privacy", *International Journal of Law in Context* 2, sy 2 (2006): 105-36.

⁶¹ Anita Allen, *Unpopular Privacy: What Must We Hide?* (Oxford University Press, 2011).

Hukuksal düzenlemeler ve kullanıcıların mahremiyete verdikleri değer ve koruma davranışları, bir açıdan mahremiyetin performatif özelliğine⁶² vurgu yapar. Mahremiyetin gerçekleştiği kadar korunduğu iddiasını taşıyan bu yaklaşıma göre, hukuksal düzenlemeler bu performansın bir parçasıdır. Belirli rollerin ve değerlerin sürekli tekrar edilmesi ya da “gerçekleştirilmesi” bu davranışları normalleştirdiği gibi, bir süre sonra bunu bir alışkanlık haline getirir⁶³. Yani hukuksal çerçeve, mahremiyetin ne olduğu hakkındaki fikrimizi ve gizliliği korumak için yapabileceklerimizin sınırını çizerek, mahremiyeti sosyal olarak inşa eder. Aynı şekilde çeşitli alışkanlıklar hem mevcut normları hem de alternatif beklentilere dair olanakları belirler. Bu iddiayı, şirketlerin mahremiyet hakkındaki söylem ve girişimleri çerçevesinde değerlendiren Waldman, şirket içi anlatıların ve şirketler hakkındaki şirket çalışanları ve kamuoyu algısının, aynı şirketlerin fiili uygulamalarıyla ters düşen değerleri inşa edebildiğini belirtir⁶⁴. Veri sahibi kullanıcılar açısından mahremiyet, diğer aktörlerle birlikte mahremiyet hakkındaki performanslarını sergiledikleri bir sahneye dönüşecektir.

Mahremiyetin hukuksal korunmasında bireye biçilen bir rol olduğu yukarıda tartışılmıştı. Bu rolün hayali olduğunu belirten Acquisti ve Grossklags⁶⁵, insanların, kişisel mahremiyet söz konusu olduğunda ekonomik olarak rasyonel failler olarak hareket edemeyebileceklerini ve gizlilikle ilgili kararların eksik bilgilerden, sınırlı rasyonellikten ve doğrulama önyargısı, hiperbolik indirim⁶⁶ gibi psikolojik önyargılardan

⁶² Ari Ezra Waldman, “Privacy, Practice, and Performance”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 01 Şubat 2021).

⁶³ Garfield Benjamin, “Privacy Norms and Resistances Between the Performative, the Habitual and the Periperformative”, *Social Epistemology Review and Reply Collective* 11, sy 1 (2022): 7-13.

⁶⁴ Ari Ezra Waldman, *Industry Unbound: The Inside Story of Privacy, Data, and Corporate Power* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021).

⁶⁵ Alessandro Acquisti ve Jens Grossklags, “Privacy Attitudes and Privacy Behavior”, içinde *Economics of Information Security*, ed. L. Jean Camp ve Stephen Lewis, Advances in Information Security (Boston, MA: Springer US, 2004), s. 165-78.

⁶⁶ Hiperbolik indirim, insanların gelecekteki ödüllere nazaran acil ödüllere ve tatmine öncelik verdikleri psikolojik bir önyargıdır. Satış ve pazarlamada, tüketicileri kısa vadeli ödül veya anında tatmin temelinde satın almaya teşvik etmek için kullanılır. Ariel Rubinstein, “Economics and Psychology? The Case of Hyperbolic Discounting”, *International Economic Review* 44, sy 4 (2003): 1207-16.

etkilendiğini savunmaktadırlar. Bireyler kişisel bilgilerini bir fayda gördüklerinde ifşa edebilirler, ancak aynı zamanda bu bilgilerin işleniş biçiminden önemli ölçüde etkilenirler. Kişisel verilerin ikincil kullanımı konusunda önemli ölçüde endişe duyabilirler ve bu endişeler temkinli bir davranışa yol açabilir. Dolayısıyla, mahremiyetin korunmaya değer olduğu fikriyle siber alandaki faaliyetlerin mutlak şekilde örtüşmesinden söz edilememektedir. “Mahremiyet paradoksu”⁶⁷ olarak tarif edilen bu olgu, genel olarak insanların mahremiyetlerini koruma hakkındaki tutum ve davranışları arasındaki çelişkiye işaret eder.

Mahremiyet paradoksunu ölçmeye yönelik çeşitli araştırmalarda bu çelişkinin ortaya çıktığı ama bazılarında da insanların mahremiyetlerine verdikleri değer ölçüsünde koruma davranışı gösterdikleri ortaya konmuştur. Bu araştırmalar arasındaki farkların sebeplerine değinen bir çalışmada⁶⁸, bireylerin, belirli bir alıcıya bazı kişisel bilgileri satmaya ve hatta vermeye istekli olabilecekleri, ancak yine de rızaları olmadan aynı verilerin kontrolsüz bir şekilde kullanılmasına şiddetle itiraz ettikleri, bunun bir anlamlandırma meselesi olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca mahremiyet davranışı oldukça bağlamsal bir olgudur bu nedenle, bireylerin aynı davranışı farklı bağlamlarda aynı biçimde göstermelerini beklenemez. Bir diğer husus, kişisel bilgilerin somut ve değişmez olmaları, farklı türde kişisel bilgilere bireylerin farklı değerler atfedebilmeleridir⁶⁹. Mahremiyet paradoksu, bilgiye dair duyarlılıkların tam olarak ifade edilememesinden de kaynaklanabilir. Elbette araştırmaların yapılaş biçimleri de böylesi bir farkın ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

Mahremiyetin korunmasında hukuksal düzenlemelerin sınırı bağlamsallık, farklı kültürlerde mahremiyete verilen çeşitli anlamlar ve değerler, bireylerin karmaşık veri kümeleriyle baş etmekte yaşadıkları

⁶⁷ Susanne Barth ve Menno D. T. de Jong, “The Privacy Paradox – Investigating Discrepancies between Expressed Privacy Concerns and Actual Online Behavior – A Systematic Literature Review”, *Telematics and Informatics* 34, sy 7 (2017): 1038-58.

⁶⁸ Spyros Kokolakis, “Privacy Attitudes and Privacy Behaviour: A Review of Current Research on the Privacy Paradox Phenomenon”, *Computers & Security* 64 (2017): 122-34.

⁶⁹ Anya Skatova vd., “Unpacking privacy: Valuation of personal data protection”, *PLoS one* 18 (03 Mayıs 2023): 1-21.

zorluklar, mahremiyet performanslarının önem ve değere etkisi ve çeşitli sosyal normların benimsenme düzeyleriyle çizilir. Şüpheli görünmemek, gizleyecek bir şeyi olmadığı fikri, mahremiyet ihlallerinin çeşitli hizmetlere ulaşılmasında bir bedel olarak görülmesi gibi, mahremiyetin korunmasını etkileyen çeşitli sosyal normlardan söz edilebilir.

Bilgiye erişimin önündeki engelleri aşmak adına kullanılan teknolojik araçlar, anonimleştirmeyi destekleyen uygulamalar, kullanıcıların kimliklerinin ve faaliyetlerinin gözetimden uzak kalmasına yol açarken, bir açıdan da veri toplayıcılarına açık bir meydan okumaya dönüşebilir. Çünkü anonimleştirme, özellikle devletler açısından pek çok tehdidin tespit edilmesi ve bunların gerçekleşmesinin önlenmesinde engel olarak görünmektedir⁷⁰. Böylece veri toplanmasına rıza göstermemek, bir yandan belirli hizmetlere erişimi olanaksızlaştırırken, diğer yandan kişileri şüpheli bir pozisyona sokabilir. İnsanlar anti-sosyal, ya da suçlu veya şüpheli gözükmemek adına aktif bir korumdan vazgeçebilirler.

Kişiler nezdinde mahremiyete verilen önemi ve hukuksal korumanın önemini belirleyen bir başka husus, mahremiyet-güvenlik ikileminde değinilen “gizleyecek bir şeyim yok” düşüncesidir⁷¹. Bu iddianın açtığı yolun, sadece saklayacak bir şeyleri olanların mahremiyetlerine değer vereceklerine çıktığını ve tam da bu noktada başarısız olduğunu söyleyen Cofone örneklerini, sağlık sigortası yapmak için işçilerinin genetik verilerini işleyen işverenler ve vergi mahremiyeti açısından tartışmaktadır⁷². Üstelik bu varsayımın kabul görmesi, veri korumasının teknolojik olarak neredeyse olanaksız olduğu gerçeğiyle de birleşince, bu yöndeki fikirlerin bir süre sonra bir norm haline gelmesine sebep olabilir.

Düşüncelerin alışkanlıklara dönüşmesi konusunda bir örnek şirketlerin veri toplama faaliyetlerinin ücretsiz internetin sonunu getirebile-

⁷⁰ Ross W. Bellaby, “Going Dark: Anonymising Technology in Cyberspace”, *Ethics and Information Technology* 20 (2018): 189-204.

⁷¹ Daniel J. Solove, “‘I’ve Got Nothing to Hide’ and Other Misunderstandings of Privacy”, *San Diego Law Review* 44 (2007): 745-72.

⁷² Ignacio Cofone, “Nothing to Hide, but Something to Lose”, *University of Toronto Law Journal* 70 (2019): 1-41.

ceği düşüncesidir. Bu fikrin benimsenmesi mahremiyetin korunmaya değer olmaması inancını pekiştirmektedir. Richards, kişisel bilgilere onay verilmesi gerektiği, bunun çevrimiçi hizmetlerden ücretsiz yararlanılabilmesi açısından gerekli olduğu fikrinin mahremiyete dair bir mit olduğunu belirtir⁷³. Bu mitin yaygın kabul görmesi neticesinde, bireyler verilerini paylaşmaya teşvik edilmiş olur. Bu teşvik ve arkasındaki büyük varsayım, bir süre sonra kişisel verilerin önemi hakkındaki iddiaların ve bunların değerlerinin altını boşaltır.

Kişisel verilerin korunması mevzuatı açısından mahremiyet, genellikle devlet ve ticari aktörlerin giderek yaygınlaşan gözetimine karşı bireysel bir direniş noktası olarak görülmektedir. Mahremiyetin öz yönetimini destekleyen uygulamalarda da bunu görmek mümkündür. Mahremiyet, bireysel özerkliği teşvik ederek, bireysel düzeyde kendi kaderini tayin gücünü ve en azından bireylerin kendini tanımlama kapasitesini korumaktadır. Büyük Veri çağında ise, gizlilik tartışmaları, gizlilik ihlallerinden kaynaklanan zararı bireysel düzeyde tanımlamanın zorluğu nedeniyle karmaşıktır. Aksine şirketler, kullanıcıların artık çevrimiçi ortamlarının gerçek zamanlı olarak aşırı kişiselleştirilmesini belediklerini ve karşılığında gizlilikten vazgeçmenin karşılıklı olarak bu tür hizmetlerin varsayılını olarak anlaşıldığını iddia etmektedir. Bu mantığa göre mahremiyet, bir hak olmak yerine, tüketicilerin, özerk aktörler olarak ele alınmaları için ödemek zorunda oldukları bedel haline gelmektedir⁷⁴.

Mahremiyet toplumsal içeriğinden uzaklaşıp, bireysel bir değere indirgendikçe, adeta bir fetiş haline gelir⁷⁵. Kaldı ki hukuksal korumanın hedefi de öncelikle ve tercihen bireydir. Özellikle tarihsel süreçte mahremiyete verilen değer değişimini atlayan, kişisel verileri, büyük veriyle birlikte kapitalist üretim ilişkilerinde bir meta veya hammadde kaynağı

⁷³ Neil M. Richards, "Four Privacy Myth", içinde *A World Without Privacy: What Law Can and Should Do?*, ed. Austin Sarat (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2015), s. 71-74.

⁷⁴ Baruh ve Popescu, "Big data analytics and the limits of privacy self-management", s. 591.

⁷⁵ Christian Fuchs, "Towards an alternative concept of privacy", *Journal of Information, Communication and Ethics in Society* 9, sy 4 (01 Ocak 2011): 220-37.

olarak değerlendirmeyen, mahremiyetin korunması düzenlemelerini kapitalist üretim ilişkilerinde anlamlandırmayan ve mevcut güç eşitsizliklerinin üzerini örten bir yaklaşımın, mahremiyeti fetişleştirdiğini söylemek mümkündür.

Oysaki, Allen'ın vurguladığı gibi genç olduğumuz, meşgul olduğumuz ya da zevk aldığımız gizemli teknolojiyle gelen veri toplama, paylaşma ve depolama risklerine aşına olmadığımız için kendi mahremiyetimize bilinçsizce kayıtsız kalabiliriz. Burada hukuksal düzenlemeler vasıtasıyla, devletin bizi yalnız bırakmasını gerektiren yasalar kadar, başkalarının bizi yalnız bırakmasını sağlamak için devletin bize yardım etmesini gerektiren yasalara da ihtiyaç vardır⁷⁶. Dolayısıyla, mevcut durumda bireylerin mahremiyetlerine verdikleri değeri azaltan ve çeşitli sebeplerle önemsizleştiren anlayışlar karşısında, hukuksal düzenlemelerin sağladığı koruma bulanıklaşmaktadır.

B) BÜYÜK VERİ VE MAHREMİYETİN KORUNMASININ OLANAKLARI

Kişisel verilerin yaygınlığı ve neredeyse siber alandaki her faaliyete saçılmış olması, hukuk uygulaması veri üreticileri olarak bireylerin mahremiyetlerini korumayı değerli bulup bulmamaları yanında bunun olanaklarını da etkilemektedir. Veri toplamanın teknik kolaylıkları ile bireylerin bu teknik okuryazarlığa sahip olmaması, ayrıca birey düzeyinde bağımsız bir korumanın mümkün olmaması korumayı sınırlamaktadır. Bu konuda bir başka dikkat çekici husus, hukuk uygulamasının bireylerin anlayışlarında ve teknik kapasitede yarattığı sınırlardır. Sürekli olarak izleniyor olma hali, hukukun çeşitli sebeplerle ve küçük de olsa izlenmeyi hem meşru hem de yasal kılması, mahremiyetin korunmasını zorlaştırmaktadır.

Siber alanın ağ yapısından kaynaklı, verilerin dolaşımı bir ağda gerçekleşir ve bireysel faaliyetler doğrudan ya da dolaylı olarak diğer kullanıcıları etkileyebilir. Kişisel verilerin korunması açısından bireyler kendi

⁷⁶ Allen, *Unpopular Privacy: What Must We Hide?*, s. 196.

mahremiyetlerini korumak adına ne kadar özenli davranırlarsa davranırlar, başkalarının verilerinin de dolaşımında ve verilerin birbirleriyle etkileşimde olması sebebiyle, diğerlerinin ağlarının dışında kalamazlar ve böylece kendi mahremiyetleri de dolaylı da olsa tehdit altında olabilir⁷⁷. Dolayısıyla birbirine bağlı bir mahremiyet olgusundan bahsetmek mümkündür. Bir çalışmada bireylerin kişisel bilgilerinin başkaları aracılığıyla açıklanmasının, özellikle çevrimiçi platformlar bağlamında gizliliği giderek daha fazla tehdit ettiğine değinilmiştir⁷⁸. Yazarlar, kullanıcıların çevrimiçi platformlarla etkileşimde bulunurken başkalarının gizliliğini neden ve nasıl korumaya veya ihlal etmeye karar verdiğinin daha derin bir şekilde anlaşılması ve etkili çözüm yollarının araştırılması probleminden hareketle çeşitli sonuçlara ulaşmışlardır. Buna göre, GDPR gibi mevcut düzenlemeler, birbirine bağlı gizlilik ihlallerini yeterince dikkate almamaktadır. Bu, çevrimiçi platform sağlayıcılarının bireylerin gizlilik haklarını akranları aracılığıyla ihlal etmeleri için bir boşluk sunar. Çevrimiçi platformlar, başkalarının bilgilerini paylaşırken kullanıcıdan onayını isterken (örneğin, “Erişime İzin Ver”), veri aktarımına dahil olan çok sayıda veri, sahibine ne bildirilir ne de vazgeçme imkânı verilir⁷⁹. Gizlilik açısından ideal bir dünyada, kullanıcıların ortak sahiplerinin rızası olmadan başkalarının kişisel verilerini paylaşmalarına izin verilmeyecek olsa da günümüzün birbirine bağlı ortamında bu mümkün değildir. Bununla birlikte, kullanıcıların başkalarının kişisel bilgilerinin açıklanması konusunda bilinçli bir karar vermelerini sağlamanın, birbirine bağlı gizlilik ihlallerini önemli ölçüde azaltabileceği iddia edilmektedir. Her ne kadar kişinin kendi bilgilerine erişim sağlarken zorunlu katılım mekanizmaları talep eden GDPR’ın yürürlüğe girişiyle, kuruluşların gizlilik politikalarının şeffaflığı ve görsel temsili iyileşmiş olsa da yeni düzenlemelerin başkalarının verilerini açıklarken zorunlu ve bilgilendirici katılım mekanizmalarını içermesi gerekmektedir. Kullanıcıların gizlilik endişeleri, çevrimiçi platformlardaki tercihlerini ve davranışlarını bireysel düzeyde

⁷⁷ Solove, “The Limitations of Privacy Rights”.

⁷⁸ Anjuli Franz ve Alexander Benlian, “Exploring Interdependent Privacy – Empirical Insights into Users’ Protection of Others’ Privacy on Online Platforms”, *Electronic Markets* 32, sy 4 (01 Aralık 2022): 2293-2309.

⁷⁹ Age, s. 2304.

etkileyebilmekle birlikte, birbirine bağılı gizlilikle ilgili bilinçli kararlar alınabilecek kullanıcı arayüzlerinin tasarımı önerilmektedir⁸⁰.

Mahremiyete verilen değerle bağlantılı olarak şunu da vurgulamak gerekir ki, kültürel farklılıklar her zaman mevcuttur. Farklı kültürlerde mahremiyete verilen değer, ya da hangi verinin korunmaya değer olduğu konusundaki yaklaşımların çeşitliliği, hukuksal korumayı zayıflatmaktadır. Bilgi çağında mahremiyete dair insan davranışlarında belirsizlik ve bağlam bağımlılığı, insanların mahremiyeti içeren karmaşık takaslarda kendi çıkarları doğrultusunda hareket etmelerine her zaman güvenilemeyeceği anlamına gelir. İnsanlar genellikle paylaştıkları bilgilerin farkında değildirler, bu bilgilerin nasıl kullanılacağına farkında değildirler ve paylaşmanın sonuçları hakkında tam bilgiye sahip oldukları nadir durumlarda bile kendi tercihleri konusunda belirsizdirler. Değişen koşullara uyum sağlama yetisi, sırayla, insanların neyi ve ne kadar ifşa ettikleri konusunda kolayca etkilenmelerine sebep olur. Dahası, paylaştıkları şey, bireyler, tüketiciler ve vatandaşlar olarak yaşamlarının birçok alanında duygularını, düşüncelerini ve davranışlarını etkilemek için kullanılabilir. Bu tür bir etki her zaman veya zorunlu olarak kötü niyetli veya tehlikeli olmasa da kişinin kişisel verileri ve gizliliği üzerindeki kontrolünden vazgeçmesi, verileri elinde tutanlar ile bu verilere tabi olanlar arasındaki güç dengesini değiştirir. Verilerin olağanüstü bir hızla üretildiği ve toplanabildiği teknolojik ortamda, yalnızca bireyi bilgilendirmeye veya güçlendirmeye dayanan politika yaklaşımları, son bilgi teknolojilerinin yarattığı risklere karşı yeterli koruma sağlama olasılığının düşük olduğunu göstermektedir. Gerçekten gizliliğin korunması için gerekli koşullar olarak tasarlanan iki ilke olan şeffaflık ve kontrolün, verilerin akışkan büyümesindeki etkisi sınırlı olabilmektedir⁸¹.

⁸⁰ Age, s. 2305.

⁸¹ Alessandro Acquisti, Laura Brandimarte, ve George Loewenstein, "Privacy and Human Behavior in the Age of Information", *Science* 347, sy 6221 (2015): 509-14.

Belirli bir amaçlar toplanan verinin başka amaçlarla kullanılması⁸² ve kişilerin haberleri dahi olmadan (örneğin nesnelere interneti aracılığıyla) toplanan pek çok “yapılandırılmamış” verinin anlamlı içeriklere dönüştürülebilmesi üzerine kurulu Büyük Veri sistemi, gözetim olgusunun, yalnızca devletlerle sınırlandırılmayacak biçimde⁸³ gündelik yaşamın tüm alanlarında hâkim hale gelmesine yol açmıştır. Sürekli gözetleniyor olmak ve bundan kaçışın olmaması hali, hukukun izin verdiği gözetim, veri toplama ve üstü çeşitli sebeplerle örtülmüş veri ihlalleriyle pekişmektedir. Hartzog, Selinger ve Gunawan insanların çok çeşitli araçlarla ve sürekli gözetlenmesi eğiliminin, mahremiyeti koruyan yasalar her zamankinden daha sağlam hale gelse bile, devam edeceğini iddia etmektedir⁸⁴. Bunun nedeni, mahremiyet yasalarının insanların gözetimin sınırlarını belirleme beklentilerine bakıyor oluşudur. İnsanların izlenmeye alışmaları, yani gözetime maruz kalmaya duyarsızlaşmaları, makul gözetim önlemlerini ve adil uzlaşmaları nasıl gördüklerini etkilemektedir. “Mahremiyet çentikleri” teorisine göre yasa yapımcılar ya da yorumcular daha büyük ve daha ciddi mahremiyet ihlallerini hedefleme eğilimindedir, örneğin zarar eşiği karşılanıyor mu? Bu, daha zayıf, küçük, daha sık ve sıradan mahremiyet ihlallerini göz ardı ederek gözetimi sistematik olarak normalleştirmektedir. Yasa, normlara ve insanların gizlilik ihlali olarak kabul ettikleri için eşikler belirleme beklentilerine baktığı için, çentiklerin normalleştirilmesi, gizlilik standartlarının dezavantajlı bir biçimde sürekli olarak yeniden müzakere edilmesine neden olmaktadır. Mahremiyeti koruyan yasalar, bir süre sonra insanların tahammül edebileceği her şeye izin verir hale gelir. Mahremiyet çentikleri, kapı zilleri, gözlükler ve saatler üzerindeki kameraların ve biyometrik sensörlerin çoğalmasının yanı sıra gözetim ve veri analizinin seyahat, egzersiz

⁸² Örneğin çeşitli sağlık verilerinin toplanması, insanların belirli sağlık hizmetlerini ulaşımını kısıtlayabilir. Bu verilerin kimin tarafından, ne şekilde değerlendirileceğine ilişkin uygulamadaki belirsizlikler sebebiyle misal iş hayatında karşısına çıkmaması için pek çok insan psikolojik sağlık hizmetlerine erişimden çekinebilmektedir.

⁸³ Şirketler aracılığıyla toplanan çeşitli verilerin şirketler ve devletler arasında nasıl değiş tokuş edildiğine dair ayrıntılı bir inceleme için bkz. Wolfie Christl, “Corporate Surveillance in Everyday Life: How Companies Collect, Combine, Analyze, Trade, and Use Personal Data on Billions” (Vienna: Cracked Labs, 2017).

⁸⁴ Woodrow Hartzog, Evan Selinger, ve Johanna Gunawan, “Privacy Nicks: How the Law Normalizes Surveillance”, *Washington University Law Review* 101 (2023): 1-77.

ve sosyal toplantılar gibi hayatımızın yeni alanlarına sürüklenmesiyle etkinleştirilir. Hayatın her alanına yayılan ve denetlenmeyen mahremiyet ihlallerinin sonucu yavaş yavaş izlenmeye şartlandırılmış bir toplumdur. Hukuk aracılığıyla bireylerin “makul gizlilik beklentilerinin” düşmesi sonucu gözetim kapasitesinin genişlemesi ve mahremiyetin azalması, kişisel verilerin korunmasında hukukun sınırlarından biri haline gelir.

SONUÇ

Kişisel verilerin korunması mevzuatı, kâğıt üzerinde oldukça güçlüdür. Dijital olarak bağlantılı bir dünyada insanların mahremiyet ihtiyaçlarına belirli değerler çerçevesinde cevap veren mevzuatın etkisi ve gücü yadsınamaz. Bu çalışma, kişisel verilerin korunması hukukunun kuralları, prensipleri, hedeflerinden ziyade, farklı açılardan hukukun gücünü ve etkisini sınırlandıran olgulara odaklanmıştır. Hukukun öngördüğü korumayı sınırlandıran sebepler hukukun iç kısıtlamaları, hukukun yapısal sınırları ve sosyal kısıtlamalar olarak üç ana başlıkta değerlendirilmiştir.

Siber alanın hukuksal atmosferini belirleyen küresellik ve çok hukukluluk özellikleri, hiper regülasyona da yansır. Gerçekten siber alandaki çok taraflı ve katmanlı regülasyon eğilimi, normlar dolayısıyla değerler ve uygulama arasında çelişkilere yol açmaktadır. Ayrıca etkili bir korumanın hayata geçirilmesinde yargı yetkisinin kapsamından kaynaklanan problemler, hukuk içi bir başka sınırlılığı oluşturur. Üstelik teknolojik gelişmelerin hukukun değişimine yansımadaki gecikmeler sonucunda nesnelere interneti, yüz tanıma teknolojileri başta olmak üzere biyometrik veriler, kamusal alanda kameralı idari gözetim gibi alanlarda hiç hukuksal düzenleme olmayışı, yani düzenleme boşlukları korumayı zayıflatmaktadır. Nihayet, özellikle GDPR kapsamında hukuk uygulamasını da değerlendirmek gerekir. Kişisel verilerin korunmasının veri sahiplerinin öz yönetimine bırakılmış olması, yasanın korumadan ziyade veri toplamasını yasallaştıran, rızaya sıkıştırılmış hukuk pratiğinin merkezini oluşturmaktadır. Bildirim ve onay aşamalarında verisi toplanan bireylerin aydınlatılmış rızalarının alınmasının önünde, uzun gizlilik sözleşmeleri, hizmetten faydalanmak için onayların zorunlu tu-

tulması gibi kurnazlıklar çıkmaktadır. Bütün bunların toplamı hukukun iç kısıtlamaları oluşturur.

Hukukun teknolojiyle ilişkisi, hukuk-sermaye ilişkisinin kişisel verilerin korunmasına yansıyan kısımları ve kişisel verilerin korunmasının gözetimle ilişkisi, yapısal sınırları oluşturur. Hukukun teknolojik gelişmeler karşısındaki tutucu ve tepkisel tavrı, her iki olgunun oluşma süreçleriyle karşılaştırılmalıdır. Siber alanın özelliklerinden kaynaklanan etkiler, farklı kural koyucuların müdahaleleriyle birleştiğinde, hukukun yapısından kaynaklanan kısıtlar belirginleşir. Ayrıca hukuk-sermaye ilişkisi, neoliberal dönemde geleneksel olanı dönüştürürken, kişisel verilerin korunmasının payına, bir biçimde kayırılan sermaye temsilcileri, korumayı tüketicilere indirgeyen yasal yaklaşımlar ve mahremiyetin korunması aleyhine öne çıkan piyasa verimliliği düşmektedir. Kişisel verilerin, devletin güvenlik amacıyla gözetimi sonucunda topladığı verilerle örtüşmesi, hatta alelade, ham, kişisel ya da hassas veriler arasında herhangi bir ayırım yapmaya gerek bırakmayan kitlesel gözetimin olağanüstü artışı ve yaygınlaşması, gözetim alanında devlet ve şirketlerin dirsek temasları, hukukun bir başka yapısal sınırlılığını oluşturmaktadır.

Son olarak, kişisel verilerin korunması hukukunun uygulamasını belirleyen sosyal kısıtlamalar mevcuttur. Bireylerin mahremiyete verdikleri anlamın kültürlere göre değişmesinin yanında, hukukun mahremiyete dair çizdiği çerçeveye de mahremiyetin korunmaya değer olup olmadığını belirler. Bireyleri, mahremiyetlerini korumaya değer olmadığına motive eden, böylece yasal korumayı etkileyen başka olgular da vardır. Hukukun öngördüğü birey bazlı ve bağımsız korumanın, bireylerin mahremiyetlerinin birbirine bağlı olması sebebiyle etkisiz kalması söz konusu olabilmektedir. Gözetimin olağanüstü yaygınlaşması ve sıradanlaşması da korumanın düzeyini etkilediği gibi, bir noktada insanlar bunun imkânsız olduğuna ikna olabilir ya da ikna edilebilirler. Ayrıca bireylerin yasada tanımlanan haliyle kişisel verilerini toplamadan da kullanıcı verileriyle kendileri hakkında bir profil çıkarılabilmesi ve hedefin bu olması, mevzuatı etkisizleştirmektedir. Üstelik yasaların büyük ve görünür veri ihlalleriyle meşgul olmaya eğilimli olmaları ve bunları

parlatmaları, mahremiyet çentiklerini artırarak, küçük, yaygın, sıradan ve gündelik ihlalleri önemsizleştirmektedir. Böylece yasal düzenlemeler gözetimin sıradanlaştırılmasına mahremiyetin değerinin düşmesine yol açmaktadır.

Kişisel verilerin kâğıt üzerinde güçlü korumasının önündeki engeller daha da ayrıntılandırılabilirdiği gibi, her bir başlık ayrıca ele alınmaya değerdir. Bundan sonrası için kişisel verilerin korunmasında hukukun bahsedilen sınırlarının farkında olunması, küresel bir fenomenin farklı biçimlerde ele alınarak, kamusal menfaatlerin korunmasının özel menfaatler karşısında güçlendiği, kolektif, gerçek ve etkili bir korumanın yolunu açabilecektir.

KAYNAKÇA

“The BE DPA to restore order to the online advertising industry: IAB Europe held responsible for a mechanism that infringes the GDPR | Autorité de protection des données
Gegevensbeschermingsautoriteit”, Şubat 2022. <https://www.dataprotectionauthority.be/citizen/iab-europe-held-responsible-for-a-mechanism-that-infringes-the-gdpr>. (E.T. 25.04.2023)

Acquisti, Alessandro, Laura Brandimarte, ve George Loewenstein. “Privacy and Human Behavior in the Age of Information”. *Science* 347, sy 6221 (2015): 509-14.

Acquisti, Alessandro, ve Jens Grossklags. “Privacy Attitudes and Privacy Behavior”. İçinde *Economics of Information Security*, editör L. Jean Camp ve Stephen Lewis, 165-78. *Advances in Information Security*. Boston, MA: Springer US, 2004. https://doi.org/10.1007/1-4020-8090-5_13.

Allen, Anita. *Unpopular Privacy: What Must We Hide?* Oxford University Press, 2011. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195141375.001.0001>.

Andrew, Jane, ve Max Baker. “The General Data Protection Regulation in the Age of Surveillance Capitalism”. *Journal of Business Ethics* 168, sy 3 (2021): 565-78. <https://doi.org/10.1007/s10551-019-04239-z>.

Aydın, Mustafa Berkay. “Dijital Sosyoloji Üzerine Notlar”. İçinde *Dijital Sosyoloji Çalışmaları*, editör Aslıhan Zinderen, 1-18. Ankara: Nobel Bilimsel Eserler, 2021.

Barth, Susanne, ve Menno D. T. de Jong. “The Privacy Paradox – Investigating Discrepancies between Expressed Privacy Concerns and Actual Online Behavior – A Systematic Literature Review”. *Telematics*

and Informatics 34, sy 7 (2017): 1038-58. <https://doi.org/10.1016/j.tele.2017.04.013>.

Baruh, Lemi, ve Mihaela Popescu. “Big data analytics and the limits of privacy self-management”. *New Media & Society* 19, sy 4 (2017): 579-96.

Bellaby, Ross W. “Going Dark: Anonymising Technology in Cyberspace”. *Ethics and Information Technology* 20 (2018): 189-204.

Benjamin, Garfield. “Privacy Norms and Resistances Between the Performative, the Habitual and the Periperformative”. *Social Epistemology Review and Reply Collective* 11, sy 1 (2022): 7-13.

Birch, Kean, D Cochrane, ve Callum Ward. “Data as asset? The measurement, governance, and valuation of digital personal data by Big Tech”. *Big Data & Society* 8, sy 1 (16 Mayıs 2021): 1-15. <https://doi.org/10.1177/20539517211017308>.

Bygrave, Lee. “Privacy Protection in a Global Context- A Comparative Overview.” *Scandinavian Studies in Law*, 2004, 319-48.

Cate, Fred H. “The Changing Face of Privacy Protection in the European Union and the United States”. *Indiana Law Review* 33, sy 1 (1999): 173-232.

Christl, Wolfie. “Corporate Surveillance in Everyday Life: How Companies Collect, Combine, Analyze, Trade, and Use Personal Data on Billions”. Vienna: Cracked Labs, 2017.

———. “Digital Profiling in the Online Gambling Industry. A report on marketing and risk surveillance by the UK gambling firm Sky Betting and Gaming, TransUnion, Adobe, Google, Facebook, Microsoft and other data companies”. Vienna-Essex: Cracked Labs- CleanUp Gambling, 2022.

Cofone, Ignacio. “Nothing to Hide, but Something to Lose”. *University of Toronto Law Journal* 70 (2019): 1-41.

Cohen, Julie E. *Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*. New York, NY: Oxford University Press, 2019.

———. “The Regulatory State in the Information Age”. *Theoretical Inquiries in Law* 17, sy 2 (27 Temmuz 2016). <https://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/1425>.

———. “What Privacy is for”. *Harvard Law Review* 126, sy 7 (2013): 1904-33.

Courmont, Antonie. “Le plaignant type ? Un homme, diplômé et cadre | LINC”. [linc.cnil.fr](https://linc.cnil.fr/fr/le-plaignant-type-un-homme-diplome-et-cadre), Şubat 2023. <https://linc.cnil.fr/fr/le-plaignant-type-un-homme-diplome-et-cadre>. (E.T. 28.04.2023)

De Hert, Paul, ve Auke Willems. “Dealing with overlapping jurisdictions and requests for mutual legal assistance, while respecting individual rights. What can data protection law learn from cooperation in criminal justice matters?” İçinde *Enforcing privacy: lessons from current implementations and perspectives for the future*, editör Paul De Hert, Dariusz Kloza, ve Pawel Makowski, 49-76. Wydawnictwo Sejmowe, 2015.

Deakin, Simon, David Gindis, Geoffrey Hodgson, Kainan Huang, ve Katharina Pistor. “Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law”. *Journal of Comparative Economics* 45 (2015): 188.

Etzioni, Amitai. *Privacy in a Cyber Age*. New York: Palgrave Macmillan, 2015.

Ford, Richard T. “Law’s Territory (A History of Jurisdiction)”. *Stanford Law School* 97 (1999): 843-930.

Franz, Anjuli, ve Alexander Benlian. “Exploring Interdependent Privacy – Empirical Insights into Users’ Protection of Others’ Privacy on Online Platforms”. *Electronic Markets* 32, sy 4 (01 Aralık 2022): 2293-2309. <https://doi.org/10.1007/s12525-022-00566-8>.

Friedland, Steven I. “Drinking from the Fire Hose: How Massive Self-Surveillance from the Internet of Things Is Changing the Face of Privacy”. *West Virginia Law Review* 119, sy 3 (2017): 891-914.

Fuchs, Christian. “Towards an alternative concept of privacy”. *Journal of Information, Communication and Ethics in Society* 9, sy 4 (01 Ocak 2011): 220-37. <https://doi.org/10.1108/14779961111191039>.

Hanff, Alexander. “The problem with Consent Management Platforms is they are unlawful by design”. *linkedin.com* (blog), Aralık 2021. <https://www.linkedin.com/pulse/problem-consent-management-platforms-unlawful-design-alexander/>. (E.T. 05.05.2023).

Hartzog, Woodrow. “Facial Recognition Is the Perfect Tool for Oppression”. *Medium* (blog), 02 Ağustos 2018. <https://medium.com/s/story/facial-recognition-is-the-perfect-tool-for-oppression-bc2a08f0fe66>. (E.T. 04.05.2023).

Hartzog, Woodrow, ve Neil Richards. “Privacy’s Constitutional Moment and the Limits of Data Protection”. *Boston College Law Review* 61, sy 5 (2020): 1687-1762.

Hartzog, Woodrow, Evan Selinger, ve Johanna Gunawan. “Privacy Nicks: How the Law Normalizes Surveillance”. *Washington University Law Review* 101 (2023): 1-77.

Hatipoğlu Aydın, Duygu. *Siber Alan ve Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

Humerick, Matthew. “The Tortoise and the Hare of International Data Privacy Law: Can the United States Catch Up to Rising Global Standards?” *Catholic University Journal of Law and Technology* 27, sy 1 (2018): 77-125.

Işıқтаç, Yasemin, ve Sevtap Metin. *Hukuk Metodolojisi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.

Kohl, Uta. “Jurisdiction in Network Society”. İçinde *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, editör Nicholas Tsagourias ve Russell Buchan, 69-96. UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2021.

Kokolakis, Spyros. “Privacy Attitudes and Privacy Behaviour: A Review of Current Research on the Privacy Paradox Phenomenon”. *Computers & Security* 64 (2017): 122-34.

Kröger, Jacob Leon, Milagros Miceli, ve Florian Müller. “How Data Can Be Used Against People: A Classification of Personal Data Misuses”. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 30 Aralık 2021. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3887097>.

Leith, Philip. “The socio-legal context of privacy”. *International Journal of Law in Context* 2, sy 2 (2006): 105-36.

Lessig, Lawrence. “Code Is Law”. Harvard Magazine, 01 Ocak 2000. <https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law.html>. (E.T. 06.03.2023).

———. “The Constitution of Code: Limitations on Choice-Based Critiques of Cyberspace Regulation”. *CommLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Technology Policy (1993-2015)* 5, sy 2 (1997): 181-92.

Lyon, David. *Elektronik Göz: Gözetim Toplumunun Yükselişi*. Çeviren Dilek Hattatoğlu. İstanbul: Sarmal Yayınevi, 1997.

———. *Gözetlenen Toplum- Günlük Hayatı Kontrol Etmek*. Çeviren Gözde Soykan. İstanbul: Kalkedon Yayınları, 2006.

———. “Surveillance, Snowden, and Big Data: Capacities, Consequences, Critique”. *Big Data & Society* 1, sy 2 (01 Temmuz 2014): 2053951714541861. <https://doi.org/10.1177/2053951714541861>.

Mann, Monique, ve Tobias Matzner. “Challenging Algorithmic Profiling: The Limits of Data Protection and Anti-Discrimination in Responding to Emergent Discrimination”. *Big Data & Society* 6, sy 2 (01 Temmuz 2019): 2053951719895805. <https://doi.org/10.1177/2053951719895805>.

Matte, Celestin, Nataliia Bielova, ve Cristiana Santos. “Do Cookie Banners Respect my Choice? : Measuring Legal Compliance of Banners from IAB Europe’s Transparency and Consent Framework”. İçinde *2020 IEEE Symposium on Security and Privacy (SP)*, 791-809, 2020.

McGillivray, Kevin, ed. “Data Privacy and Data Protection Issues in Cloud Computing”. İçinde *Government Cloud Procurement: Contracts, Data Protection, and the Quest for Compliance*, 91-156. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. <https://doi.org/10.1017/9781108942485.006>.

Orito, Yohko, ve Kiyoshi Murata. “Privacy Protection in Japan: Cultural Influence on the Universal Value”. Linköping University, Sweden, 2005. <https://rcvest.southernct.edu/ethicomp2005-linkaping-sweden/>.

Pagallo, Ugo. “The Legal Challenges of Big Data”: *European Data Protection Law Review* 3, sy 1 (2017): 36-46. <https://doi.org/10.21552/edpl/2017/1/7>.

Pasquale, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Reprint edition. Cambridge, Massachusetts London, England: Harvard University Press, 2016.

Politou, Eugenia, Efthimios Alepis, Maria Virvou, ve Constantinos Patsakis. “Privacy and Personal Data Protection”. İçinde *Privacy and Data Protection Challenges in the Distributed Era*, editör Eugenia Politou, Efthimios Alepis, Maria Virvou, ve Constantinos Patsakis, 7-12. Learning and Analytics in Intelligent Systems. Cham: Springer International Publishing, 2022.

Popescu, Daniela, ve Laura-Diana Genete. “Data Security in Smart Cities: Challenges and Solutions”. *Informatica Economică* 20, sy 1 (2016): 29-38.

Reidenberg, Joel. “Technology and Internet Jurisdiction”. *University of Pennsylvania Law Review* 153 (2005): 1951-74.

Richards, Neil M. “Four Privacy Myth”. İçinde *A World Without Privacy: What Law Can and Should Do?*, editör Austin Sarat, 33-82. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2015.

Rubinstein, Ariel. “Economics and Psychology? The Case of Hyperbolic Discounting*”. *International Economic Review* 44, sy 4 (2003): 1207-16.

Satariano, Adam. “ChatGPT Is Banned in Italy Over Privacy Concerns”. *The New York Times*, 31 Mart 2023, blm. Technology. <https://www.nytimes.com/2023/03/31/technology/chatgpt-italy-ban.html>. (E.T. 29.04.2023).

Schaub, Florian, Rebecca Balebako, Adam L. Durity, ve Lorrie Faith Cranor. “A Design Space for Effective Privacy Notices”. İçinde *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy*, editör Evan Selinger, Jules Polonetsky, ve Omer Tene, 365-93. Cambridge Law Handbo-

oks. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. <https://doi.org/10.1017/9781316831960.021>.

Skatova, Anya, Rebecca McDonald, Sinong Ma, ve Carsten Maple. “Unpacking privacy: Valuation of personal data protection”. *PloS one* 18 (03 Mayıs 2023): 1-21. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0284581>.

Solove, Daniel J. “I’ve Got Nothing to Hide’ and Other Misunderstandings of Privacy”. *San Diego Law Review* 44 (2007): 745-72.

———. *Nothing to Hide: The False Tradeoff between Privacy and Security*. Illustrated edition. New Haven London: Yale University Press, 2013.

———. “Privacy Self-Management and the Consent Dilemma”. *Harvard Law Review* 126 (2013): 1880-1904.

———. “The Limitations of Privacy Rights”. *Notre Dame Law Review* 98, sy 3 (2023): 975-1036.

Svantesson, Dan Jerker B. “Are we Stuck in an Era of Jurisdictional Hyper-regulation”. İçinde *50 Years of Law and IT*, editör Peter Wahlgren, 143-58. Scandinavian Studies in Law. Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2018.

———. *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2017.

Turgut Bilgiç, Ezgi. “Kamusal Alanda İdarenin Video Gözetiminin Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi”. Yüksek Lisans, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2023.

Van Dijk, Jan. *Ağ Toplumu*. İstanbul: Kafka Yayınları, 2018.

Waldman, Ari Ezra. “How Big Tech Turns Privacy Laws Into Privacy Theater”. *Slate*, 02 Aralık 2021. <https://slate.com/technology/2021/12/facebook-twitter-big-tech-privacy-sham.html>. (E.T. 05.04.2023).

———. *Industry Unbound: The Inside Story of Privacy, Data, and Corporate Power*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

———. “Privacy, Practice, and Performance”. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 01 Şubat 2021. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3784667>.

Ward, Alexis. “The Oldest Trick in the Facebook: Would the General Data Protection Regulation Have Stopped the Cambridge Analytica Scandal?” *Trinity College Law Review* 25 (2022): 221-42.

Zuboff, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. New York: PublicAffairs, 2019.

MAKALELER

■ Av. Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES* ■

İCRA TAKİPLERİNDE NEMALANDIRMA VE MÜLKİYET HAKKI İHLALİ SORUNU

THE PROBLEM OF GAINING PROFIT FROM THE MONEY IN EXECUTION PROCEEDINGS AND
THE VIOLATION OF PROPERTY RIGHT

ÖZET

İcra takiplerinde farklı sebeplerle icra veznesine giren paralar hemen hak sahiplerine ödenememekte, bazen uzunca sayılacak şekilde sürelerle icra dairesi uhdesinde kalabilmekte, süreç sonuçlandığında hak sahiplerine ödeme yapılmaktadır. Aslında hak sahiplerine ait olan, yani tarafların veya ilgililerin mülkiyetinde olan bu paralar, belirli süre icra dairesi (yani Devlet) uhdesinde tutulmaktadır. Bu süre içinde paranın değer kaybına uğraması söz konusudur. Bu değer kaybının önüne geçmek için bu paraların nemalandırılması, aynı zamanda mülkiyet hakkının korunmasının da bir gereğidir. Konuyla ilgili doğrudan açık düzenleme İcra ve İflâs Kanunu m. 134'de ihalenin feshinde yer almaktadır. Fakat bunun dışındaki durumlarda da benzer sorun yer almaktadır. Konuyla ilgili farklı yargı kararları bulunması yanında Anayasa Mahkemesi, bu paraların nemalandırılmaması halinde mülkiyet hakkı ihlali oluşacağına da karar vermektedir. Kanunda daha geniş bir ifade olarak nemalandırma kullanılmakta iken, Anayasa Mahkemesi kararlarında ve uygulamada, bu daha çok sadece faizlendirme olarak anlaşılmaktadır. Bu çalışmada, icra takiplerinde paraların nemalandırılması veya nemalandırılmamasının, keza nemalandırmanın yönteminin mülkiyet hakkıyla ilişkisi, bu konudaki sorunlar ile değerlendirilmeler yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: İcra takipleri, ihalenin feshi, ödeme, nemalandırma, mülkiyet hakkı.

ABSTRACT

The money paid in execution proceedings may not be transferred to claimants because of various reasons, it is often held by the execution Office for quite some time and paid to claimants at the end of procedure. The money, in fact belonging to claimants in other words owned by the parties or other interested people, is held by the execution Office (i.e. State). It is possible that it loses in value within this period of time. It is necessary to benefit from the money in order to prevent the loss in value as well as to preserve the right of property. There is a direct clear regulation in the Article 134 of the Execution and Bankruptcy Code. However, similar problems can occur in other situations. Beside different judicial decisions about the related problem, Constitutional Court rules that it violates the right of property if the money is not benefited. While it is stated to benefit as a wider expression in the code, this is understood mostly as only to get interest in Constitutional Court decisions and practice. Discussions and other related problems about not benefiting or benefiting from the money in execution proceedings as well as the relationship between the way chosen to benefit and property right are evaluated in this study.

Keywords: Execution proceedings, annulment of tender, payment, benefit, property right.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 06.07.2023 Kabul Tarihi: 21.08.2023

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-9689-1693>

Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı

Av. İzmir Barosu, mozekes@yahoo.com.tr, muhammet.ozekes@deu.edu.tr

PLAN

Giriş

A. Sorunun Tespiti

B. Konuyla İlgili Yargı ve Anayasa Mahkemesi Kararları

1. Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarının Konuya Yaklaşımı
2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Durum

C. Mülkiyet Hakkının Cebri İcra Hukuku Yönünden Kapsamı ve Nemalandırma Bakımından Ortaya Çıkan Sorun

1. Mülkiyet Hakkı ve Cebri İcrada Durum
2. Nemalandırmanın Mülkiyet Hakkıyla İlişkisi

D. Değerlendirme ve Görüşümüz

1. Genel Olarak
2. “Nemalandırma” dan Anlaşılması Gereken ve AYM Kararının Yetersizliği
 - a. AYM'nin Kanunun Açık Hükmü Karşısında Eksik Yorumu
 - b. AYM Kararı Karşısında Uygulama ve Uygulamanın Anayasa Aykırı Yaklaşımı

Sonuç

GİRİŞ

Farklı sebeplerle icra daireleri cebrî icra faaliyeti sırasında uhdelelerinde para tutmaktadırlar. Bu paraların bir kısmı doğrudan Devlete ait olan veya olacak paralardır. Cebrî icra faaliyetinin sahibi olan Devletin kendi parası üzerinde hukuka uygun olarak istediği şekilde tasarruf etmesi mümkündür. Ancak icra dairesinin uhdesinde, belirli sürelerle Devlet dışında başta taraflar olmak üzere, diğer hak sahiplerine ait paralar da muhafaza edilmektedir. Özellikle Ülkemizdeki gibi ciddî enflasyon ve paranın değer kaybı riski, hatta açık bir gerçekliği olan durumlarda, bu paraların uzun süre aynı şekilde kalması ciddi hak kayıplarına yol açmaktadır.

Devletin temel hakları ihlâl etmeme yanında, bunları korumak yönünden pozitif yükümlülükleri mevcuttur. Bu kapsamda bir temel hak olarak mülkiyet hakkı, yalın olarak sadece belirli bir mal üzerindeki mülkiyeti değil, ücret, alacak vs. ekonomik değer ifade eden malvarlığı değerlerini de kapsamaktadır. Kişilerin kendilerinin hak aramasının yasaklandığı ve mecburen takip yoluyla alacaklarını elde etmek durumunda kalmaları sebebiyle icra dairesinde muhafaza edilmek durumunda olan paralar da bu kapsamdadır. Dolayısıyla belirtilen şekilde paranın doğru bir şekilde değerlendirilmesinden doğan değer kaybı, mülkiyet hakkı ihlali kabul edilmektedir.

Konuyla ilgili olarak İcra ve İflâs Kanunu (İİK) m. 134'de, ihalenin feshi halinde bu süreç kesinleşinceye kadar ihale bedelinin nemalandırılacağı belirtilmiştir¹. Bunun dışında diğer durumlar için kanunda bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi (AYM), sıra cetvelinin kesinleşme sürecinde de² kanunda açık düzenleme olmasa da,

¹ İhalenin feshi hakkında genel bilgi için bkz. Çon, s. 5 vd.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 242 vd.; Kuru/Aydın, s. 242 vd.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası, s. 424 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 318 vd.

² Sıra cetveli hakkında bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 253 vd.; Kuru/Aydın, s. 251 vd.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası, s. 435 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 335 vd.

paranın değerlendirilmeden muhafazasını mülkiyet hakkı ihlali saymıştır. Benzer şekilde ön alım bedeli için de kararlar verilmiş bulunmaktadır. Ancak bu kararlarda, nemalandırma kapsamında sadece vadeli mevduat faizi şeklinde bir değerlendirmeden söz edilmektedir. Bu çerçevede, uygulamada da sadece kanunda açıkça düzenlenen hususlarda ve AYM kararında belirtilen durumlarda paranın değerlendirileceği, bunun da vadeli mevduat faizi şeklinde gerçekleştirileceği kabul edilmektedir. Bunun dışındaki durumlarda bir nemalandırma yapılmadığı gibi, vadeli mevduat dışında da bir değerlendirme yöntemi benimsenmemektedir.

Konuyla ilgili AYM kararlarındaki temel yaklaşım mülkiyet hakkını koruyucu niteliktedir. Çünkü, kanunda açıkça belirtilmese de, bu kararlarla mülkiyet hakkının konusu olan paranın değer kaybının ortaya çıktığı diğer durumlarda da, Devletin pozitif yükümlülüğünün sonucu olarak, gerekli tedbirleri almasına dikkat çekilmektedir. Ancak diğer yandan da, bu konuda emsal alınan açık kanunî düzenleme olan İİK m. 134'de değer kaybının önüne geçmek için “nemalandırma”dan söz edilirken, bunun sadece “faiz” olarak yorumlanması şeklinde daraltıcı bir yorum yoluna gidilmiştir. Oysa, enflasyonist ortamda, para değerinin dalgalandığı, alım gücünün zayıfladığı enflasyonun altında kalan faizle paranın (yani mülkün) değerini korumak mümkün değildir.

Biz bu çalışmada İİK m. 134 ve benzeri durumlarda, cebrî icra faaliyetinde icra dairesi uhdesinde tutulan paraların değer kaybına karşı mülkiyet hakkının durumu, konuyla ilgili başta AYM kararları olmak üzere, yargı kararları ile uygulamadaki sorunları değerlendirerek görüşümüzü ortaya koymaya çalışacağız.

A. SORUNUN TESPİTİ

İİK içerisinde farklı yerlerde ödenen, yatırılan veya bekletilen paraları icra dairesinin muhafazası düzenlenmiştir. Bunların bir kısmı anlık bir muhafaza olabilir. Ancak belirli bir dönem ve zaman icra dairesinde muhafaza edilmesi gereken paraların, değer kaybına karşı nasıl korunacağı konusunda genel veya özel şekilde Kanunda çerçeve bir düzenleme

bulunmamaktadır. Bu konuda sadece İİK m. 134/8'de³ şu şekilde bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre:

“Taşınmazı satın alanlar, ihaleye alacağına mahsuben iştirak etmemiş olmak kaydıyla, ihalenin feshi talep edilmiş olsa bile, satış bedelini derhâl veya 130 uncu maddeye göre verilen süre içinde nakden ödemek zorundadırlar. İcra müdürü, ödenen ihale bedeli ile ilgili olarak, ihalenin feshine yönelik şikâyet sonucunda verilecek karar kesinleşinceye kadar para bankalarda nemalandırılır. İhalenin feshine ilişkin şikâyetin kabulüne veya reddine ilişkin kararın kesinleşmesi üzerine, ihale bedeli nemaları ile birlikte hak sahiplerine ödenir.”

Takip hukuku sistemimizde ilâmsız icra takipleri temel altı aşamadan oluşmaktadır. Bunlar: (i) Takip talebi (ii) Ödeme Emri (iii) Takibin Kesinleşmesi (iv) Haciz (v) Satış (Paraya Çevirme) (vi) Paranın Ödenmesi/Paylaştırılması (veya Aciz Vesikası)⁴. Bir para alacağının tahsili amacıyla yürütülen ilâmlı icra takiplerinde ise, takibin ikinci aşaması olan ödeme emri yerine icra emri söz konusu olmakta ve takibin kesinleşmesi farklılıklar göstermektedir.

Takip hukukumuzda alacaklının hacizli maldan aynen tatmin yasağı söz konusudur. Bunun anlamı, bir takip hangi maksatla yapılıyorsa, amaç o sonucun elde edilmesidir. Bu sebeple, şayet bir para alacağının tahsili amacıyla takip yapılıyorsa, o zaman borçlunun mallarına el konulmasının amacı da takip konusu para alacağını elde ederek alacaklıya vermektir⁵. Bunu gerçekleştirmek için de takip kesinleştiğinde -borçlu borcunu hâlâ ödemezse- önce borçlunun takip konusu alacak kadar haczi kabil malları haczedilir, daha sonra bunlar belirli usûllerle satılıp paraya

³ Daha önce 5. fıkra olarak düzenlenmiş olan ve yargı kararlarında da öyle geçen bu hüküm, hükümde yeni fıkralara yer verilmesi sebebiyle 8. fıkra halini almıştır. O sebeple doktrin ve kararlarda daha önce m. 134/5 şeklindeki atıfların m. 134/8 olarak anlaşılması gerekmektedir.

⁴ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 92 vd.

⁵ Özekes, Temel Haklar, s. 96; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 31.

çevrilir. Bu paraya çevrilme (satış) sonucu, ihale gerçekleşinceye kadar hacizli de olsa mal halen borçlunun mülkiyetindedir; ancak satış sonucu ihale söz konusu olduğunda, bu andan itibaren malın mülkiyeti alıcıya geçer. Bununla birlikte ihale ile mülkiyeti kazanan alıcıya malın teslim ve tescil işlemlerinin yapılması için ihalenin kesinleşmesi gerekir. İhalenin kesinleşmesi ise, hem alıcının ihale bedelini ödemesi (İİK m. 131) hem de ihalenin kesinleşmesi (feshi) sürecinin tamamlanması (İİK m. 134/12) ile mümkündür. Bu süre zarfında mal icra dairesince idare edilir; yatırılan ihale bedeli ise, ihalenin feshi yargılaması hakkındaki karar kesinleşinceye kadar icra dairesince bankalarda nemalandırılır. İhalenin feshine ilişkin şikâyetin kabulüne veya reddine ilişkin kararın kesinleşmesi üzerine, ihale bedeli nemaları ile birlikte hak sahiplerine ödenir. Şayet ihalenin feshine karar verilirse bu para alıcıya geri verilir; ihalenin feshi talebi reddedilirse o zaman alacaklıya ve artan para olursa borçluya ödeme yapılır⁶.

Bu noktada iki temel soru karşımıza çıkmaktadır. Birincisi, İİK m. 134, yani ihalenin feshi dışında icra dairesinin uhdesinde bulunan diğer durumlarda da paraların değer kaybının önüne geçmek için nemalandırılması gerekir gerekmediği; ikincisi ise, bu nemalandırmanın nasıl yapılacağı hususudur.

Konunun anayasa hukuku bakımından ortaya çıkardığı sorun ise, kanunda açıkça düzenleme olmayan durumlarda, belki de uzunca süre icra dairesi uhdesinde kalan paranın nemalandırılmaması, özellikle mülkiyet hakkı kapsamında bir temel hak ihlâli sayılır mı? Şayet nemalandırılacaksa da, özellikle enflasyon karşısında paranın değer kaybına engel olacak, bu kaybı karşılayacak yöntemle nemalandırılmadığında (örneğin, enflasyonun altında bir faiz getirisi şeklinde) ayrıca bu durum bir mülkiyet hakkı ihlâli sayılacak mıdır?

⁶ “... ihale bedeli nemaları ile birlikte hak sahiplerine ödenir. İhalenin feshi talebinin kabulü halinde nemalandırılmış bu satış bedeli ihale alıcısına, reddi halinde ise alacaklıya ödeneceğinden ve bu durumda somut olayda hak sahibi alacaklı olduğundan, alacaklının kendi yatırdığı paranın tamamı üzerinde hakkı olup nema alacaklıya ödenir, borçlunun borcundan mahsup edilemez.” 12. HD., 15.06.2017, 2016/16422, 2017/9471 (Lexpera İçtihat). Aynı şekilde Yargıtay 12. HD, 01.07.2021, 2021/2739, 2021/6941 (Kazancı İçtihat).

Bu durum farklı şekillerde AYM kararlarına yansımışsa da, AYM kararları konuyu tam olarak çözememiş; ayrıca bu sorun tam bir değerlendirmeye konu olmamış ve bu bütünlük içinde değerlendirilmemiştir. Biz bu kapsam sorunu bir bütün olarak ele alıp değerlendirmeye çalışacağız.

B. KONUYLA İLGİLİ YARGI VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Konuyla ilgili olarak ortaya çıkan uygulamadaki sorunu, önce normal derece yargılamasında (ilk derece, istinaf ve Yargıtay) verilen kararlar noktasında ortaya koymaya, daha sonra AYM'nin kararlarındaki duruma bakmaya çalışacağız.

1. Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarının Konuya Yaklaşımı

Konuyla ilgili yargı kararlarına bakıldığında ilk tespit ettiğimiz husus, her ne kadar İİK m. 134 dışında başka bir hükümde icra dairesi uhdesinde tutulan paranın nemalandırmasına yönelik açık bir düzenleme olmasa da, özellikle Anayasa'da güvence altına alınan mülkiyet hakkının gereği ve ayrıca taraf menfaatlerine de uygun olarak bunların da nemalandırılması yönündeki eğilimdir. Bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay bu kararlarında, her ne kadar İİK m. 134 dışında düzenleme bulunmakla birlikte, engelleyici bir hüküm de bulunmadığı ve yukarıda belirtilen gerekçelerle (aşağıdaki AYM kararı da esas alınarak) nemalandırmanın hukuka uygun olduğunu belirtmektedirler. Bu tür kararların konumuza ışık tutması bakımından önemli yerleri aşağıda aynen alınmıştır.

Bu kararlara rağmen, dikkate çeken diğer husus ise, nemalandırmanın kapsamının ne olacağı ve paranın değer kaybına engel olacak bir değerlendirme yöntemi konusunda kararlarda açıklık bulunmamasıdır. Bizim de bu çalışmada üzerinde duracağımız konulardan biri budur.

“Borçlu vekili tarafından icra müdürlüğünden dayanak ilamın tehiri icra yoluyla temyiz edildiği, tehiri icra talebiyle dosya-

ya yatırılan 18.534,19 TL'nin kazanma ihtimalleri çok yüksek olduğundan müvekkilinin zarara uğramaması adına, en yüksek faiz oranından nemalandırılması talep edilmiş olup, icra müdürlüğünce mehil vesikası için yatırılan dosya borcu kadar teminatın nemalandırılmasına dair yasal düzenleme bulunmadığından, borçlu vekilinin talebinin reddine karar verilmiştir.

İİK 134.maddesine göre, ihale bedelinin nemaları ile birlikte hak sahiplerine ödeneceği belirtilmiştir.

İİK'da yatırılan diğer paraların nemalandırılıp nemalandırılmayacağına dair açıkça yasal bir düzenleme mevcut değildir. Ancak nemalandırılmamasını gerektirir yasal bir engel de mevcut değildir.

İcra dosyasına tehiri icra talebiyle yatırılan paranın nemalandırılması hem alacaklının hem de borçlunun menfaatedir.

Tüm bu nedenlerle; mahkemece şikayetin reddine karar verilmesi yerinde olmadığından, davacının istinaf talebinin HMK 353/1/b/3 madde gereğince kabulüne mahkeme kararının ortadan kaldırılmasına, şikayetin kabulüne, 30/03/2018 tarihli müdürlük kararının iptali ile mehil vesikası alınmak için dosyaya ibraz edilen teminatın nemalandırılmasına dairesimizce oy çokluğu ile karar verilerek aşağıdaki hüküm tesis edilmiştir.”⁷

Görüldüğü üzere açık düzenleme olmayan tehiri icra talebiyle yatırılan paranın da nemalandırılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kararın karşı oy yazısında ise, özetle kanunda açıkça nemalandırmanın sadece m. 134'de yer aldığı, bunun dışındaki hallerde nemalandırmanın kanuna aykırı olacağı ve icra dairesinin böyle bir görevi ve yükümlülüğü olmadığı belirtilmiştir. Aşağıdaki kararda ise yine açık düzenleme olmayan sıra cetveline itiraz davası sebebiyle ödenmeyen paranın nemalandırılacağı kabul edilmektedir.

⁷ İstanbul BAM 22. HD, 23.10.2018, 2018/1749, 2018/2240 (Kazancı İçtihat).

“Alacaklı icra müdürlüğüne taşınmazın ihale ile satılmasından sonra üzerinde çok sayıda haciz olması nedeni ile düzenlenen sıra cetvelinin iptali amacı ile 2009 yılında açılan davanın hâlen neticelenmemesi ve ihale bedelinin de icra müdürlüğüne nemalandırılması nedeni ile ilgili nemanın hak sahibine ödemesi talebinde bulunmuş, icra müdürlüğüne nemanın kasa fazlası olarak hazineye kalacağı gerekçesi ile reddedilmiştir.

İİK.nun 134.maddesinin 5.fıkrasının son cümlesinde; «İhalenin feshine ilişkin şikayetin kabulüne veya reddine ilişkin kararın kesinleşmesi üzerine, ihale bedeli nemaları ile birlikte hak sahiplerine ödenir» denilerek icra müdürlüğü tarafından elde edilen nemaların hazineye değil hak sahibine ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm icra müdürü tarafından hak sahibine ödenmesi gerekirken bankaya yatan tüm paraların nemalarının ödenmesinde uygulanacak kuralı belirlemektedir.

Somut olayda sıra cetveline itiraz davası nedeni ile ihale bedeli hak sahiplerine ödenmeyip icra müdürlüğüne nemalandırılmıştır. Bu nemanın İİK.nun 134.maddesinin 5.fıkrasının son cümlesi hükmüne göre değerlendirilerek hak sahibine ödemesi gerekir. Nema hazineye ödenemez. O halde mahkemece şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi isabetsizdir.”⁸

Buna benzer şekilde daha ayrıntılı ve konuyu tam olarak açıklayan başka bir karar olarak da şu kararı örnek verebiliriz:

“İİK’nın 134/8’inci fıkrası ‘Taşınmazı satın alanlar, ihaleye alacağına mahsuben iştirak etmemiş olmak kaydıyla, ihalenin feshi talep edilmiş olsa bile, satış bedelini derhâl veya 130. maddeye göre verilen süre içinde nakden ödemek zorundadırlar.

8 Yargıtay 12. HD, 08.04.2013, 2013/4378, 2013/13197 (Kazancı İçtihat).

İcra müdürü, ödenen ihale bedeli ile ilgili olarak, ihalenin feshine yönelik şikâyet sonucunda verilecek karar kesinleşinceye kadar para bankalarda nemalandırılır. İhalenin feshine ilişkin şikâyetin kabulüne veya reddine ilişkin kararın kesinleşmesi üzerine, ihale bedeli nemaları ile birlikte hak sahiplerine ödenir' hükmünü içermektedir.

Genel olarak icra takibinin son aşaması borçluya ait bir malın veya hakkın paraya çevrilmesi ve paranın paylaşılması aşamasıdır. Kural olarak borçluya ait malın veya hakkın paraya çevrilmesi sonucu elde edilen para derhal alacaklı ya da alacaklılara ödenmesi gerekmektedir. Ödenmeyen süre içerisinde alacaklının para üzerinde tasarrufta bulunma imkanı olmadığından, parayı kullanma ve paranın değerini koruma imkanından, değerinin eksilmesine yönelik önleyici tedbirler almaktan mahrum kalmaktadır. Bu nedenle ödenmeyen süreç içerisinde alacaklının hak kaybına uğramaması için anılan hükümde belirtildiği üzere paranın nemasından alacaklılar alacakları oranında faydalanmalıdır.

Somut olayda, bedeli paylaşımına konu taşınmazın 22.04.2015 tarihinde 565.000,00 TL'ye ihale edildiği, ihalenin feshi süresince işleyen faiz ile beraber bedelin 675.271,88 TL olduğu, satış tarihi itibarıyla şikâyetçi alacaklının alacağı 385.243,29 TL, şikâyet olunan alacaklının alacağı 2.939.145,71 TL olduğu, 25.10.2019 tarihinde düzenlenen sıra cetvelinde şikâyetçi alacaklının satış tarihi itibarıyla belirlenen alacağının tamamının ödenmesine, nema bedeli dahil kalan bakiye 290.028,59 TL'nin şikâyet olunan alacaklıya ödenmesine karar verildiği görülmüştür.

Şikâyetçi alacaklının kendisine düşen bedel üzerinde yaklaşık 4 yıl 6 aylık süre boyunca tasarrufta bulunma imkanından mahrum kaldığı, bu nedenle şikâyetçi alacaklının alacağı oranında nemanın ödenmesi gerektiği göz önünde bulundurularak sıra

cetvelinin iptaline karar verilmesi gerekirken, ilk derece mahkemesince yazılı şekilde hüküm kurulması ve istinaf başvurusunun esaslan reddi kararı doğru olmamış, istinaf mahkemesi kararı kaldırılarak ilk derece mahkemesi kararının bozulması uygun görülmüştür.”⁹

Yargıtay’ın bu kararları dışında ayrıca ön alım hakkında da benzer yönde kararları olması dikkat çekmektedir.

“Önalım hakkının kullanılmasıyla bu hakkı kullanan paydaş ile alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur. Kural olarak önalım bedeli tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masrafların toplamından ibaret olup bu bedelin dava açılırken hazır edilmesi ve mahkemece makul süre içinde mahkeme veznesine depo edilmesiyle birlikte vadeli bir hesapta değerlendirilmesi gereklidir.

Anayasanın “Mülkiyet hakkı” kenar başlıklı 35.maddesine göre, “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

Anayasanın 35. maddesiyle, bireyin mülkiyet hakkının korunması konusunda devlete atfedilebilen müdahalelere yönelik sınırlamalar getirildiği gibi, lafzında açık bir biçimde düzenlenmemiş ise de, üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korumasız bırakmaması için devlete birtakım pozitif yükümlülükler de yüklediği kabul edilmektedir.

Pozitif yükümlülüklerin ortaya çıkmasının nedeni, mülkiyet hakkına gerçek anlamda koruma sağlama amacıdır.

⁹ Yargıtay 6. HD, 20.06.2022, 2021/5024, 2022/3417 (Kazancı İçtihat).

Anayasada, temel hak olarak güvence altına alınan mülkiyet hakkının gerçekten ve etkili bir şekilde korunabilmesi için yalnızca devletin müdahaleden kaçınması yeterli olmayıp, devletin negatif yükümlülükleri dışında pozitif yükümlülüklerinin de olması gerekir. Bu bağlamda, söz konusu pozitif yükümlülükler, bazı durumlarda özel kişiler arasındaki uyumsuzluklar da dâhil olmak üzere mülkiyet hakkının korunması için belirli tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir.

Özel kişilerin mülkiyet haklarının çatıştığı durumlarda, her iki tarafın menfaatlerinin mümkün olduğunca dengelenmesi ve sürecin taraflardan biri aleyhine ölçüsüz bir sonuca da yol açmaması gerekir. Olayın bütün koşulları ve taraflara tanınan tüm imkânlar ile tarafların tutum ve davranışları gözönünde bulundurularak menfaatlerin adil bir şekilde dengelenmesi sağlanmalıdır.

Bu kapsamda mahkemeler, dava açıldıktan sonraki makul bir süre içinde ön alım bedelinin, vadeli bir mevduat hesabına yatırılmasını sağlayarak yargı sürecinin hızlı işlememesinin taraflar üzerinde oluşturduğu olumsuz etkileri asgari seviyeye indirgeyerek mülkiyet hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülüğü gerçekleştirmiş olacaktırlar.

Somut olayda; davalı, satış tarihinden bu yana 6 yıl süre geçtiğini, bu sürede meydana gelen objektif değer ve enflasyon artışları nedeniyle önalım bedelinin yeniden belirlenmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, ön inceleme duruşmasında bedelin vadeli hesapta nemalandırılmak üzere depo edilmesi hususunda karar verilmesi gerekirken; ön inceleme duruşmasının yapıldığı 19.07.2016 tarihinden uzun bir zaman sonra 19.02.2019, 27.05.2021 ve 28.04.2021 tarihlerinde önalım bedeli mahkeme veznesine depo ettirilerek satış bedelinin değerinde meydana gelen azalmanın önüne geçilmemiştir.

Resmi satış sözleşmesindeki önalım bedelinin makul süre içerisinde depo edilmemesi ve vadeli bir mevduat hesabında değerlendirilmemesi nedeniyle pay satın alan davalıyı fakirleştirecek, önalım hakkını kullanan davacıyı amaç dışında zenginleştirecek yorum ve sonuçlardan kaçınılmalıdır.

Hakkın kullanılması hiçbir zaman davalının zararına olmamalıdır.

Dava konusu paya yönelik önalım davasının açıldığı tarih ile önalım bedelinin depo edildiği tarih arasında uzunca bir zamanın geçtiği; bu süre gözönüne alındığında, önalım bedelini zamanında depo etmeyerek kullanması nedeniyle davacının amacı dışında zenginleştirildiği, nemalandırılmayan satış tarihindeki miktarın depo edilmesi nedeniyle enflasyon oranında veya faiz getirisinden mahrum kalınması oranında davalının da fakirleştiği, bir tarafın diğer taraf zararına azımsanamayacak derecede oransız bir çıkar sağladığı, bu durumun 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olacağı açıktır.

Mahkemelerce, ön inceleme tarihi itibarıyla resmi senetteki bedelin, satış masraflarıyla birlikte, vadeli bir mevduat hesabında depo edilmesine karar verilerek yargılama sürecinin uzaması nedeniyle önalım bedelinde meydana gelecek değer kaybının önüne geçilmesi sağlanmış olacaktır.

Mahkemece yapılması gereken; konusunda uzman bilirkişiden denetime elverişli rapor alınarak; önalım bedeli olan 816.000 TL'nin ön inceleme tarihi olan 19.07.2016 tarihinden bilirkişi incelemesi yapılan tarihe kadar nemalandırılması halinde ulaşacağı değer belirlenerek, belirlenen bu miktardan depo edilen miktar ile nemalandırılmış ise nema miktarı çıkarıldıktan sonra aradaki farkın da depo edilen önalım bedeline ilavesi suretiyle karar vermektir.

Davacı tarafından aradaki fark depo edildikten sonra işin esası hakkında bir hüküm kurulması gerekirken yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Kabule göre de; hükmün 10. ve 11. bendinde davalıdan mükerrer nitelikte harç alınması doğru olmadığı gibi, Harçlar Kanununun 8. maddesi uyarınca bozmadan önce davalıdan alınmış olan karar ve ilam harcının mahsubuna karar verilmemiş olması da doğru görülmemiştir.”¹⁰

Yargıtay başka bir kararında da haklı olarak, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte nemanın ipotekten ayrı düşünülmesi ve hesaplanması gerektiğini belirtmektedir¹¹.

2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Durum

Konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında ise, bu konuda dikkat çeken temel kararın bireysel başvuru üzerine verilen *Fatma Yıldırım kararı* olduğu görülmektedir¹². Bundan sonra verilen gerek bireysel başvuru gerekse norm denetimi kapsamındaki diğer kararlarda da bu karar esas alınarak değerlendirilme yapılmıştır¹³.

¹⁰ Yargıtay 7. HD, 28.06.2022, 2021/6324, 2022/4545 (Kazancı İçtihat). Benzer şekilde Yargıtay 7. HD, 10.05.2022 2021/2032, 2022/3315 (Kazancı İçtihat); Yargıtay 7. HD, 21.6.2022, 2021/2880, 2022/4369 (Kazancı İçtihat).

¹¹ “TMK’nun 851. ve 881. maddelerinde ifadesini bulan muhtemel bir alacağın teminatı olarak tesis edilen üst sınır (limit) ipoteğinde, borcun ulaşacağı miktar belirsiz olduğundan, taşınmazın ne miktar için teminat teşkil edeceği ipotek akıt tablosundaki limitle sınırlandırılmış olup bu durumda, alacaklıya limit miktarı kadar ödeme yapılabilecek olsa da İİK 134/5 maddesinden kaynaklı nemalar, alacaklıya alacağının yanında ihalenin kesinleşmesine kadar tahsil edememesi nedeniyle ödenmesi gereken ve depo edilen ihale bedelinin getirisi niteliğinde paralar olduğundan ipotek limitine dahil edilmesi doğru bulunmamıştır.” 12. HD., E. 2021/2739, K. 2021/6941, T. 1.7.2021 (Lexpera İçtihat). Aynı yönde 12. HD, 16.11.2021, 2021/5067, 2021/10173 (Lexpera İçtihat).

¹² AYM, *Fatma Yıldırım Kararı*, 16.02.2017, 2014/6577. Bu konuda ayrıca bkz. Çon, s. 108 vd.

¹³ AYM, *Hüseyin Ak Kararı*, 01.07.2020, 2016/77854; *Icon Tekstil Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.Kararı*, 16.06.2022, 2019/10467; *S.G. Kararı*, 18.01.2022, 2018/25664; *İsmail Sarıtaş Kararı*, 28.01.2020, 2017/21889; *Elsis Elektrik İnşaat Plan Proje Taahhüt Turizm İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Kararı*, 31.03.2022, 2019/20771. Bu çerçevede yakın tarihte verilen Harçlar Kanunu m. 36/1-2’nin iptaliyle ilgili kararda da bu hususlara ayrıca dikkat çekilmiştir (AYM, 05.04.2023, 2023/48, 2023/72- RG, 04.05.2023, 32180). Bu karara ayrıca aşağıda değinileceğinden burada sadece işaret etmekle yetiniyoruz.

Bu (*Fatma Yıldırım* kararı) başvuruda, alacağın tahsili amacıyla borçlu aleyhine başlatılan icra takibi sırasında borçluya ait taşınmazların satışından elde edilen bedelin, yaklaşık dokuz yıl süren sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde nemalandırılmamış olması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlâl edildiği iddiası söz konusudur. AYM, bu başvuru hakkında mülkiyet hakkı kapsamında hak ihlâlî kararı vermiştir. Kararın önemli noktaları şöyledir:

“55. Başvuruya konu olayın temelinde başvurucu ile borçlu A.S. arasındaki özel borç ilişkisi yatmakta ise de başvurucunun yakındığı husus, borç ilişkisinin taraflara yüklediği edimlerin ifasına ilişkin olmayıp icra müdürlüğünce borçluya ait taşınmazların satışından elde edilen bedelin, yaklaşık dokuz yıl süren sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde nemalandırılmamasıdır. İcra müdürlükleri, mülkiyet hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler gereğince oluşturulan ve özel kişilerin ödenmeyen alacaklarını kanunda öngörülen usullere uygun olarak gerektiğinde zor kullanmak suretiyle tahsil ederek alacaklılara ödeyen kamu kuruluşlarıdır. İcra müdürlüklerinin bu görevlerinin ifası sırasında tesis ettiği işlem ve eylemler kamu gücü işlem ve eylemleri niteliğinde olup bu işlem ve eylemler veya eylemsizlikler nedeniyle hak ve özgürlüklerin ihlâl edildiği iddialarının, icra takibinin temelindeki borç ilişkisinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda, borçlunun taşınmazlarının satışı sonucu tahsil edilen ihale bedelinin nemalandırılması veya nemalandırılmaması icra müdürlüklerinin bu görevlerinin ifası kapsamında kaldığından somut olayda nemalandırmama şeklinde tezahür eden uygulamanın devlete yüklenen pozitif yükümlülüklerle ilişkili olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

56. Bununla birlikte pozitif yükümlülükler kapsamında inceleme yapılabilmesi için öncelikle, somut olayın koşulları da dikkate alınmak suretiyle, Devletin (icra müdürlüğünün) tahsil ettiği ihale bedelini nemalandırmak şeklinde pozitif bir yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir.

57. Yukarıda değinildiği gibi mülkiyet hakkı, Devlete, özel kişiler tarafından yapılacak müdahalelere karşı malike koruma sağlama biçiminde pozitif bir ödev yüklemektedir. Özel borç ilişkileri bağlamında mülkiyetin korunması ödevi, somutlaşmış ve icra edilebilir hale gelen ancak borçlu tarafından rızaen ödenmeyen alacakların Devlet tarafından kamu gücü kullanılmak suretiyle borçludan tahsil edilebilmesini gerektirmektedir. Cebri icranın, devlete yüklenen bu ödevin ifası kapsamında kurulan hukuksal bir mekanizma olduğu anlaşılmaktadır.

58. Öte yandan, rızaen ödenmeyen alacakların tahsili amacıyla oluşturulan ve bu çerçevede kamu gücü yetkileriyle donatılan cebri icra organlarının, bu görevini yerine getirirken, mülkün (somutlaşmış alacağın) korunmasına yönelik bir takım tedbirler alması gerekebilir. Alınması gereken tedbirlerin neler olduğu, her somut olayın kendi koşulları içinde değişebilmektedir. Ancak bu çerçevede, cebri icra organlarından olağanın ötesinde bir tedbir alınması beklenmemelidir.

59. Bu bağlamda, Devletin, cebri icra sürecini makul bir sürede sonuçlandırma yükümlülüğü altında bulunduğu gözetildiğinde cebri icranın uzaması halinde, gerek borçlunun gerekse alacaklının hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla somut olayın gerektirdiği her türlü tedbirin alınmasının Devletin sorumluluğunda bulunduğu söylenebilir. Özellikle, icra sürecinde Devletin hakimiyeti ve kontrolü altında bulunan borçlu veya alacaklıya ait mal ve hakların ekonomik değerini koruyucu ve idareye, normal idari işleyişin dışında bir külfet yüklemeyecek tedbirlerin alınmaması somut olayın koşulları çerçevesinde koruma yükümünün ihlali olarak yorumlanabilir.

60. Olayda icra müdürlüğünce sıra cetvelinin düzenlendiği tarih ile başvurucuya fiilen ödeme yapıldığı tarih arasında yaklaşık dokuz yıllık süre geçmiştir. Cebri icranın bir parçası olan sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde geçen dokuz yıllık makul

olmayan sürede borçlu ve alacaklının hak ve menfaatlerini koruyucu ve durumun gerektirdiği olağan tedbirlerin idare tarafından alınması beklenmektedir.

61. Borçluya ait taşınmazların satışından tahsil edilen bedelin alacaklılara ödendiği ana kadar alacaklının para üzerinde tasarrufta bulunma, parayı kullanma veya paranın değerinin enflasyon karşısında aşınmasını önleyici tedbirler alma imkanı bulunmamaktadır. Tahsil edilen bedel bu süreçte henüz icra müdürlüğünün yedi ve kontrolü altındadır. Dolayısıyla bu paranın enflasyon karşısında kıymet yitirmesini önleyebilecek olan da para üzerinde tasarrufta bulunma kudretini elinde bulunduran icra müdürlüğüdür. Tahsil edilen ihale bedelinin alım gücünü kaybetmesini engellemenin yolu bunun nemalandırılmasıdır. Ayrıca bu paranın nemalandırılması, icra müdürlüğüne olağan idari işleyişin ötesinde bir külfet de yüklemektedir. İcra müdürlüğünün yapması gereken tek şey, ihale bedelinin vadesiz mevduat hesabında bekletilmesi yerine vadeli bir hesapta tutulmasıdır. Bu nedenle olayın somut koşulları gözetildiğinde mülkiyet hakkının korunması ödevinin gerektirdiği pozitif yükümlülüklerin, ihale bedelinin nemalandırılması tedbirinin alınmasını da içerdği sonucuna ulaşılmaktadır.

62. Bu itibarla icra müdürlüğünün, ihale bedelinin vadeli bir mevduat hesabına yatırılması biçiminde alacağı basit bir tedbirle icra sürecinin hızlı işlememesinin başvuru üzerinde oluşturduğu olumsuz etkileri asgari seviyeye indirememiş olması, mülkiyet hakkının devlete yüklediği koruma pozitif yükümlülüğün ihlali sonucunu doğurmaktadır.

63. Açıklanan nedenlerle başvuruçunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”

AYM'nin bu kararında dikkat çeken hususları şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Burada her ne kadar özel bir alacağın tahsili söz konusu olsa da, iki tarafın birbirine karşı ifası değil, alacak takibi sonucu zor kullanma yetkisini haiz icra dairesinin kamusal bir faaliyeti söz konusudur.
- İcra daireleri, bu çerçevede mülkiyet hakkının Devlete yüklediği pozitif yükümlülükler kapsamında, alacakların tahsili için kanunda öngörülen usullere göre, gereğinde zor kullanarak alacağı tahsil eden kamu kuruluşlarıdır. Bu sebeple görevlerinin ifası sırasında hak ve özgürlüklerin ihlâli konusunda, icra takibinin temelindeki borç ilişkisinden bağımsız bir değerlendirilmeye tâbi tutulmaları gerekir.
- Bu durumda, takip sonucu borçlunun taşınmazının satışıyla elde edilen ihale bedelinin nemalandırılıp nemalandırılmaması, icra müdürlüklerinin yükümlülükleri arasında yer alıp devletin pozitif yükümlülükleri arasında değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır.
- Mülkiyet hakkı, Devlete malike koruma sağlama şeklinde pozitif bir yükümlülük yüklemektedir. Keza rızaen ödenmeyen alacakların tahsili amacıyla kurulan cebri icra mekanizması içinde, kamu gücünü kullanan cebri icra organlarının, bu görevlerini yerini getirirken alacağın (genel anlamda mülkün) korunmasına yönelik tedbirler alması gerekir. Alınacak tedbirlerin neler olduğu somut olaya göre belirlenir. Ancak bu kapsamda cebri icra organlarının olağanın ötesinde bir tedbir alması beklenmemelidir.
- Cebri icranın makul süreyi geçmesi halinde hak ve menfaatlerin korunmasına yönelik tedbirler almak da Devletin görevidir. Çünkü, cebri icra faaliyeti tarafların tasarrufu dışında temelde

Devletin kontrolü altında gerçekleşmektedir. Keza aslında kişilere ait olup veya nihai olarak onlara verilmesi gereken, ancak bu süreçte Devletin hâkimiyetinde bulunan mal ve hakların ekonomik değerinin korunması ve idaresi bakımından (normal işleyişin dışına çıkmayacak) gerekenin yapılmaması, koruma yükünün ihlali sayılmalıdır.

- Cebri icra sonucu satılan maldan elde edilen paranın alacaklıya ödeneceği ana kadar, tarafların tasarrufu olmadığı da dikkate alındığında, parayı kullanmak veya paranın değerinin enflasyon karşısında koruma konusunda gerekli tedbirleri almak Devletin görevidir. Bu sebeple de paranın alım gücünü kaybetmemesi için başvurulacak yol paranın nemalandırılmasıdır.
- Bu noktada AYM, paranın nasıl nemalandırılacağı hakkında ise, bu paranın nemalandırılmasının icra müdürlüğüne olağan idari işleyişin ötesinde bir külfet de yüklememesi gerektiğini belirterek, burada yapılması gerekenin ihale bedelinin vadesiz mevduat hesabında bekletilmesi yerine, vadeli bir hesapta tutulması şeklinde bir yol göstermektedir. İcra müdürlüğünün, ihale bedelinin vadeli bir mevduat hesabına yatırılması biçiminde alacağı basit bir tedbirle, icra sürecinin yavaş işlemesinin başvuru üzerinde oluşturduğu olumsuz etkileri asgari seviyeye indirememiş olması, mülkiyet hakkının Devlete yüklediği koruma pozitif yükümlülüğün ihlali sonucunu doğurmaktadır.

Konumuzla ilgili olarak bu karardan çıkan temel sonuç ise şudur: Cebri icra faaliyeti sırasında Devletin uhdesinde icra dairesi kontrolünde bulunan paranın değer kaybının önüne geçmek Devletin pozitif yükümlülüğüdür. Çünkü, hak arama özgürlüğünün bir gereği olarak yürütülen cebri icra faaliyeti sırasında takibe konu ve onun sonucunda elde edilen alacak, aslında mülkiyet hakkının bir parçasıdır. Mülkiyet hakkının korunması konusunda Devletin pozitif yükümlülüğü bulun-

maktadır. Ayrıca burada bir cebri icra faaliyeti söz konusu olup bu da Devletin kontrolünde gerçekleşen bir faaliyettir. Bu sebeple paranın icra dairesinde bulunduğu sürece nemalandırılması gerekir.

Buna karşılık nemalandırmanın ne şekilde olacağı konusunda, kardan net bir sonuç çıkarmak tam olarak mümkün olmamaktadır. Bu konuda bir yandan paranın alacaklıya ödeneceği ana kadar değerinin enflasyon karşısında korunması, alım gücünü kaybetmemesi ve gerekli tedbirlerin alınmasının Devletin görevi olduğundan bahsedilmektedir. Diğer yandan da, icra dairesine olağan idarî işleyiş dışında bir külfet yüklenemeyeceği, burada yapılması gerekenin vadeli bir hesapta paranın tutulması olduğuna yer verilerek nisbeten daraltıcı bir yorum yapılmaktadır.

Burada temel sorun, şayet AYM'nin belirttiği şekilde vadeli bir hesapta para tutulur, ancak bu vadeli hesaptaki faiz oranı paranın değer kaybının makul olanın çok ötesine geçerse o zaman ne olacaktır? Böyle bir durumda mülkiyet hakkının bir parçası olan alacak gerçekten korunmuş olacak mıdır? Bu sorulara aşağıda cevap bulmaya çalışacağız.

C. MÜLKİYET HAKKININ CEBRİ İCRA HUKUKUYÖNÜNDEN KAPSAMI VE NEMALANDIRMA BAKIMINDAN ORTAYA ÇIKAN SORUN

1. Mülkiyet Hakkı ve Cebri İcrada Durumu

Mülkiyet hakkı AY m. 35'de temel haklar arasında düzenlenmiştir¹⁴. Bu hükme göre:

“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.
Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.
Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

¹⁴ Anayasa bağlamında mülkiyet hakkı konusunda bkz. Karaman Odabaşı, s. 9 vd. Ayrıca bu çalışmada temel aldığımız *Fatma Yıldırım Kararı*'nda da AYM konuyla ilgili yaklaşımını ve daha önce verilmiş kararlardaki ilkesel yaklaşımını ortaya koymuştur. Aynı şeyleri tekrar etmemek için buraya almıyor, sadece belirtmekle yetiniyoruz.

Mülkiyet hakkı ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) Ek 1 nolu Protokolünün 1. maddesinde de korunmuştur¹⁵.

İnsan, varlığını sürdürebilmek için maddî ve manevî ihtiyaçlarını gidermek zorundadır. Bu kapsamda insanın sahip olması gereken maddî şeylerle, eşya ve ekonomik değerlerle bazı ilişkiler kurması gerekmektedir. Bunun sonucu olarak da eşya hukuku, borçlar hukuku, ticaret hukuku gibi alanlar, hatta kişinin emeği karşılığında hayatını sürdürmesi çerçevesinde kurduğu iş ilişkileri kapsamında iş hukuku, gayri maddî mallar olarak fikrî ve sınaî mülkiyet hukuku gelişmiştir. Bunların temelinde farklı şekillerde mülkiyet ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Mülkiyet hakkı, hukukun dışında felsefî, ideolojik ve siyasî tartışmaların konusu, keza tercihler, rejimler ve hukuk sistemini belirleyici olmuştur¹⁶. Bu tartışmalar bir yana¹⁷, mülkiyet hakkı, liberal demokratik hukuk devletlerinde temel haklardan biri olarak kabul edilmektedir.

Mülkiyet hakkı özellikle AİHS kapsamında oldukça geniş bir çerçevede ele alınmakta, AY ve AİHS ile güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır¹⁸. Bu sebeple alacak ve ücret gibi ekonomik değerler de mülkiyet hakkının içerisinde dikkate alınmaktadır. Yine takip ve icrası mümkün olan her türlü alacak hakkı da bu çerçevede değerlendirilmektedir.

Mülkiyet hakkı, mutlak bir aynî hak olarak hak sahibine, malike *usus, fructus, abusus* şeklinde kullanma, yararlanma, tüketme tasarruf etme hakkını bahşeder¹⁹. Bu sebeple tam bir mutlak aynî haktır²⁰. Diğer sınırlı aynî haklarda ise, bu unsurlardan biri veya birkaçı eksik olabilir.

¹⁵ AİHS kapsamında mülkiyet hakkı için bkz. Gemalmaz, s. 1 vd.

¹⁶ Mülkiyet hakkıyla ilgili farklı bakış açıları için bkz. Serozan, s. 239 vd.; Gemalmaz, s. 1 vd.; Bulut, s. 15 vd.

¹⁷ Mülkiyet hakkına eleştirel bir yaklaşım için bkz. Özen, s. 88 vd.

¹⁸ Mülkiyet hakkının koruma alanına dahil olanlar hakkında bkz. Gemalmaz, s. 124 vd. Ayrıca bkz. Demirboğa, s. 146 vd.

¹⁹ Başpınar, s. 98.

²⁰ Mülkiyet hakkının kapsamı hakkında bkz. Başpınar, s. 109 vd.; Demirboğa, s. 203 vd.

O sebeple mülkiyet hakkı değerlendirilirken, sadece yalın bir mülkiyet hakkı koruması değil, içerdiği bu hakların da ihlâl edilip edilmediği göz önünde tutulmalıdır. Tüm bu unsurlar, sadece bir maddî hukuk meselesi olmayıp hakkın korunması aşamasında şekli hukukun, yani yargılama ve takip hukukunun da konusudur.

Takep hukuku bakımından mülkiyet hakkı farklı açılardan değerlendirilebilecek bir haktır. Çünkü, cebrî icra içerisinde mülkiyet hakkı, alacaklı, borçlu ve üçüncü kişileri ilgilendiren yönüyle karşımıza çıkmaktadır. Burada çok genel bir bakış açısıyla alacaklı, borçlu tarafından ihlâl edilen malvarlığına, yani alacağına, bu kapsamda mülkiyet hakkına ulaşmaya çalışmaktadır. Borçlu ise, takip konusu dışında malvarlığına, mülkiyetine el atılmaması, takip konusu bakımından da hukuka uygun ve ölçülü bir müdahaleye katlanması bakımından mülkiyet hakkıyla ilgilidir. Üçüncü kişiler ise, başka birinin borcu için cebrî icrada kendi malvarlığını haksız müdahalelere karşı korumak bakımından mülkiyet hakkıyla ilgili bulunmaktadır. Ancak biz mülkiyet hakkının takip içerisinde farklı boyutlarına girmeyeceğiz²¹. Burada sadece alacaklının paraya çevirme talebi üzerine, icra dairesinin muhafazası gereken paralar üzerindeki nemalandırmayla sınırlı olarak konuyu ele alacağız.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, cebrî icra alanında mümkün olduğunca mülkiyet hakkını tam olarak koruyucu bir yol izlenmelidir. Borçlunun, alacaklının malvarlığından alacağı eksilttiği kısmının tam olarak karşılanması gerekirken, diğer yandan da borçlunun malvarlığını değersizleştirilmesi sonucu ortaya çıkmamalıdır. Her ikisi açısından ise, Devletin mülkiyet hakkının ihlâli, eksiltilmesi, değersizleştirilmesi bakımından bunları önleyici bir rolü, yükümlülüğü vardır²². Çünkü, Devlet hak arama özgürlüğünün gereği ve sonucu olarak adalete erişimi sağlamak, hak arama yollarını açmak noktasında yargılama ve cebrî icra tekeli de elinde tutmaktadır.

²¹ Bu konuda cebrî icra hukukunda temel hak olarak mülkiyet hakkının korunması bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Özkes, Temel Haklar, s. 182 vd. Ayrıca, özellikle hukuki güvenlik ilkesi ile ilişkisi için bkz. Köksoy, s. 79 vd.

²² Özkes, Temel Haklar, s. 184-185; Köksoy, s. 82-83.

2. Nemalandırmanın Mülkiyet Hakkıyla İlişkisi

Cebrî icra takiplerinde nemalandırma, mülkiyet hakkıyla ilgili olarak karşımıza çıkan sorunlardan biridir. Çünkü, alacaklının alacağı için borçlunun malvarlığı paraya çevrildiğinde, farklı sebeplerle bu para ilgililerine hemen ödenmiyor ya da ödenemiyor, icra dairesinin, yani Devletin uhdesinde tutuluyorsa bu paranın enflasyonist bir ortamda değer kaybı ortaya çıkacaktır. Bu değer kaybının para üzerindeki mülkiyet hakkının kaybı olduğu, bunun da takip sisteminden, Devletten kaynaklandığı aşikârdır. Yani değer kaybının sebebi taraflar değildir.

Ortaya çıkan bu değer kaybı, kural olarak alacaklının, ancak duruma göre üçüncü kişi ve borçlunun da mülkiyet hakkında bir kayıp, eksilme meydana getirebilir. Konumuzla doğrudan ilgili olan ihalenin feshinde, ihale bedeli olan ve alıcı tarafından ödenen, alacaklının alacağını karşılamak için, o anda satılan malın (kanunî çerçevede tespit edilen) bedeline tekabül eden para, ihalenin feshi sürecinde icra dairesinin (Devletin) muhafazası altında olacaktır. Bu süreçte takipte yer alan ilgililerin, bu para üzerinde bir tasarruf imkânı bulunmayacaktır. Bu sebeple mülkiyette meydana gelen eksilmede ilgililerin değil, Devletin sorumluluğu söz konusudur.

Bir örnek üzerinden konuyu açıklayacak olursak: Örneğin, (A)'nın (B)'ye karşı yaptığı 100.000.-TL bedelli bir takipte, (B)'nin başkaca malı olmadığından 500.000.-TL değerindeki bir malı satışa çıkartılmış ve bu bedelle (C)'ye satılmış olduğunu, bu arada ihalenin feshi yoluna başvurulduğu ve yaklaşık bir yıl sürdüğünü kabul edelim. Normal şartlarda, ihalenin feshi olmazsa, ihale gerçekleştiği sırada (C) ihaleye katılıp kendi üzerinde kalan malı mülkiyetine geçirip tasarruf edebilecek, (A)'ya 100.000.-TL ödenecek, bakiye kısım 400.000.-TL ise (B)'ye iade edilecektir (örnek, takip masrafları vs. den arındırılarak verilmektedir). Ancak ihalenin feshi yoluna başvurulursa, bir yıl sonra ihale feshedilirse mal (B)'ye iade edilecek, (C) ise yatırdığı parayı neması ile alacaktır. Şayet ihalenin feshi talebi reddedilirse, o zaman (A)'ya alacak miktarı, (B)'ye ise artan para neması ile verilecektir.

Bu örnekte, geç ödemededen dolayı paranın değer kaybının önüne geçmek için Devletin hem düzenleme hem uygulama bakımında ilgili tedbirleri alması gerektiği ilk başta akla gelecek husustur. Böyle bakıldığında, burada İİK m. 134/8'de nemalandırmadan bahsedildiği için bu konuda düzenleme açısından mülkiyet hakkı ihlâlinin önüne geçildiği söylenebilir. Hatta yukarıda verilen, başta AYM kararı olmak üzere, derece mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere, açık düzenleme bulunmayan, ancak paranın nemalandırılması gereken diğer durumlar için de yargı kararlarıyla bu yöntem kabul edilmiştir. Ancak burada sorun, paranın değer kaybına karşı bir kuralın kabul edilmesinin ötesinde, uygulanmasıdır. Bu konuyu da yine aynı örnek üzerinden açıklamaya çalışalım.

Burada ilk başta icra dairesindeki para nemalandırıldığı için, bir sorun olmayacağı, geç ödense dahi nemanın mülkiyet kaybını karşılayacağı söylenebilir. Normal şartlarda, ekonominin ve enflasyonun, faiz oranlarının dengede olduğu bir ortamda bu söylenen doğrudur. Ancak, enflasyonun resmi rakamlarda dahi % 50-60 civarında seyrettiği, bankadaki faizlerinse bunun yarısı civarında verildiği bir döngü içinde, bir yıl sonra ihalede satılan malın değeri olan 500.000.-TL, enflasyon sebebiyle % 50 kayıpla karşılışırken, faiz geliri ancak bunun % 20'sini karşılayacaktır. Böyle bir durumda ödenecek paranın (ilgisine göre) mutlak şekilde bir değer kaybı, mülkiyette eksilme olacağı açıktır. Burada mülkiyet hakkı, kâğıt üstünde düzenleme bakımından korunmuş, ancak pratikte uygulama olarak açık ve ölçüsüz şekilde ihlâl edilmiş olacaktır.

D. DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ

1. Genel Olarak

Nemalandırma sorunu kapsamında, mülkiyet hakkının cebri icra takiplerinde AY ve AİHS'de güvence altına alınan anlamda tam olarak korunup korunmadığı, düzenleme ve uygulama bakımından ayrı ayrı

değerlendirilmelidir. Çünkü, mülkiyet hakkının etkin bir şekilde korunması için üç boyut birlikte ele alınmalıdır. Buna göre²³;

(i) Öncelikle mülkiyet hakkı kurumsal olarak tanınmalıdır.

(ii) İkinci olarak, mülkiyet hakkının varlığı hukukî şekilde korunmalıdır.

(iii) Üçüncü olarak da, mülkiyetin konusu olan malvarlığının değeri fiilen korunmalıdır.

Yukarıdaki açıklamalara bakıldığında hukukumuzda, bunlardan birincisinin tam, ikincisinin kısmen veya önemli ölçüde gerçekleştiği, üçüncünün ise hemen hemen hiç gerçekleşmediği söylenebilir.

Mülkiyet hakkı AY'da güvence altına alınarak (keza uluslararası sözleşmelerle de kabul edilerek) kurumsal olarak tanınmıştır, yine bu konuda hukukî anlamda bir tereddüt bulunmamaktadır. İkincisi bakımından ise, icra hukukunda konumuz bağlamında belirli bir yönüyle kısmen açıkça düzenleme yapıldığı, ancak diğer kısımlar için takdire açık bir durumun olduğu, genel bir düzenlemenin mevcut olmadığı, bu konuda bir çerçevenin çizilmediği görülmektedir. Zira, sadece ihalenin feshi durumunda (İİK m. 134/8) kanunda açık bir düzenleme mevcuttur. Diğer durumlarda (örneğin, sıra cetveline itirazda) kanunda düzenleme olmayıp yargı kararlarıyla nemalandırma kabul edilmiştir. Kaldı ki, bu aşamaya gelinceye kadar da, kanunda düzenleme olmayan konularda yargı kararlarında hak ihlali sayılacak durumlarla da karşılaşmıştır, karşılaşmaktadır.

Aslında icra dairesinde muhafaza edilen paraların değer kaybının önüne geçilmesi, nemalandırılması ve değerlendirilmesi bakımından genel bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu gibi, bu konunun ikincil düzenlemelerde de (Yönetmelikte) ayrıntısına yer verilmesinde yarar vardır. Çünkü, bu durum, salt genel bir düzenlemeyle çözülecek sorun değildir;

²³ Özekes, Temel Haklar, s. 183.

aynı zamanda ekonomik ve teknik bir değerlendirmeyi içermektedir. Farklı durumlarda, paranın nasıl değerlendirileceğinin değişik alternatiflere göre ayrıntısıyla düzenlenmesinde yarar vardır. Bu gerekçelerle, icra dairesinde tutulan paralarda mülkiyet hakkının tanınması yönünden bir eksiklik yoksa da, korunması ve gerçek değerin karşılanması bakımından önemli bir eksiklik olduğu söylenebilir.

İİK’da bu şekilde icra dairesi nezdinde tutulan paraların gerçek değerinin korunması bakımından kanaatimizce en önemli ve açık sorun, uygulama ve belirli ölçüde de alt düzenleme sorunudur. Çünkü, AY’da tanınan mülkiyet hakkı, İİK’da kısmen düzenlenmiş, düzenleme olmayan konularda da AYM ve yargı kararlarıyla tamamen olmasa da belirli ölçüde açıklığa kavuşmuştur. Ancak tüm bunlara rağmen, icra dairesi nezdindeki paraların değerinin korunması, yani para üzerindeki mülkiyet hakkının değerindeki eksilmenin önüne geçilmesi için genel ve çerçeve bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Örneğin İİK m. 9’da şu şekilde bir düzenleme mevcuttur:

“İcra ve iflas dairelerine yapılacak her türlü nakdî ödeme, Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülecek bankalarda icra ve iflas dairesi adına açılan hesaba yapılır. Haciz sırasında, borçlu veya üçüncü kişiler tarafından yapılan ödeme nedeniyle tahsil edilen paralar, en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar banka hesabına yatırılmak üzere icra veya mahkeme kasalarında muhafaza edilir.

İcra ve iflas dairelerince yapılması gereken her türlü nakdî ödeme, ilgisinin gösterdiği banka hesabına aktarılmak üzere, icra müdürü tarafından resen bankaya verilecek talimat gereği yapılır. Talimat, paranın icra ve iflas dairesi hesabına yatırılmasını takip eden en geç üç iş günü sonuna kadar verilir. İcra ve iflas daireleri aldıkları kıymetli evrak ve değerli şeyleri kasalarında, zorunlu hâllerde ise kiralanacak banka kasalarında muhafaza ederler.”

Buna uygun, ancak çok ayrıntı içermeyen düzenleme ise Kanunun Yönetmeliğinde yer almaktadır (İİK Yön. m. 92-93). Kanun ve Yönetmelikteki düzenlemeler sadece paranın icra dairesine ödenmesi ve dairesinin bunu nerede muhafaza edeceği ile ilgilidir. Bu paranın değerinin korunmasına yönelik bir düzenleme ne Kanunda ne Yönetmelikte mevcuttur. Sadece ihalenin feshinde, muhafaza edilen paranın nemalandırılmasından bahsedilmiştir. Kanaatimizce sadece burada değil, özellikle belirli bir süre icra dairesi uhdesinde kalacak paralar bakımından bunların nasıl değerlendirileceği, nemalandırılacağı ve değerinin nasıl korunacağını açıkça genel olarak düzenlenmesi gerekli ve hatta zorunludur. Aksi halde mülkiyet hakkı AY seviyesinde tanınmış olsa da, kanunî ve mevzuat boyutuyla tam olarak korunmamış demektir. Şu anda bu boşluk, İİK m. 134'deki düzenleme ve AYM'nin bu kanun hükmünü sırateline itiraz ve ön alım davasına da teşmil etmesi gibi kararlarla doldurulmaktadır. Lakin, diğer durumlarda da sorun çıktığında yeni bir hak ihlali ve yeniden konunun karara bağlanması gerekmektedir.

Bunun dışında kanaatimizce asıl ve en önemli sorun uygulama sorunudur. Çünkü, kanun “nemalandırma”dan bahsetmiş, hatta AYM kararlarında da buna dikkat çekilmiş olmasına rağmen, gerçek ve teknik anlamda bir nemalandırma değil, sadece belirli şekilde faiz şeklinde değerlendirme uygulaması karşımıza çıkmaktadır. Buna aşağıda ayrı bir başlıkta değinilecektir.

2. “Nemalandırma”dan Anlaşılması Gereken ve AYM Kararının Yetersizliği

a. Kanunun Açık Hükmü Karşısında AYM'nin Eksik Yorumu

Sınırlı şekilde sadece ihalenin feshinde paranın değerinin korunması bakımından “nemalandırma” şeklinde bir yöntemden bahsedilmiş²⁴, bu husus yukarıda verilen AYM kararlarında ve onu esas alan yargı ka-

²⁴ Nema, sözlük anlamı olarak “artmak, çoğalmak, bereketli olmak” anlamına gelmektedir. Bu konuda ve farklı anlamlarda bkz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/nema> (E.T. 01.06.2023).

rarlarında benzer bazı durumlara da teşmil edilmiştir. Ancak, bu nemalandırmadan ne anlaşılmalıdır, uygulama nasıldır, bu durum anayasal güvence altındaki mülkiyet hakkını korumakta mıdır, bunlara cevap verilmesi gerekmektedir.

Yukarıda verilen somut örnekte de görüldüğü üzere, lafzen ve şeklen bir para değerinin korunması söz konusu ise de, fiilen ve ekonomik gerçeklik olarak para değeri korunmamaktadır. Çünkü, nemalandırma sadece vadeli hesapta faizlendirme olarak anlaşılmakta ve uygulanmaktadır. Bu da özellikle enflasyonist ortamda, paranın aşırı değer kaybettiği durumlarda, enflasyonun altında kalan faiz söz konusu olduğunda para değerini korumamaktadır. Kaldı ki, “nemalandırma” şeklinde kanunun lafzında dahi geniş bir çerçeve çizdiği konuyu, “faizlendirme” şeklinde daraltmak da, kanaatimizce bir kanunî hakkın sınırlandırılması ve mülkiyet hakkının ihlâlidir. Bunların gerekçesini aşağıda açıklamaya çalışacağız.

İşin temelinde, sadece İİK m. 134’de yapılmış da olsa kanunî düzenleme değil, AYM’nin bu düzenlemeyi kanunun amacına aykırı olarak daraltıcı şekilde yorumlaması ve uygulamanın da bu yönde gelişmesi yatmaktadır. Aslında yukarıda verilen konuyla ilgili AYM’nin “Fatma Yıldırım Kararı”na bakıldığında, icra dairesine yatan paraların mülkiyet hakkıyla ilgili olduğu, bu paranın değerinin korunmasının da yine mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirileceği, bu yönüyle hak ihlâli olduğu belirtilmektedir. Bu açıdan karar olumludur ve biz de tamamıyla katılıyoruz. Ancak bu karar kendi içinde çelişkileri de barındırmakta, kanunda olmayan bir şeyi varmış gibi belirterek kanuna aykırı daraltıcı bir yorum yapılmaktadır. Karara bakıldığında bir yandan,

“Özellikle, icra sürecinde Devletin hakimiyeti ve kontrolü altında bulunan borçlu veya alacaklıya ait mal ve hakların ekonomik değerini koruyucu ... tedbirlerin alınmaması somut olayın koşulları çerçevesinde koruma yükümünün ihlali olarak yorumlanabilir.

Dolayısıyla bu paranın enflasyon karşısında kıymet yitirmesini önleyebilecek olan da para üzerinde tasarrufta bulunma kudretini elinde bulunduran icra müdürlüğüdür. Tahsil edilen ihale bedelinin alım gücünü kaybetmesini engellemenin yolu bunun nemalandırılmasıdır.”

şeklindeki ifadelerle icra sürecinde Devletin hâkimiyeti ve kontrolünde bulunan borçlu veya alacaklıya ait mal ve hakların ekonomik değerinin korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasının Devletin yükümlülüğü olduğu, bu sebeple de nemalandırılması gerektiği belirtilirken; diğer yandan da,

“Ayrıca bu paranın nemalandırılması, icra müdürlüğüne olağan idari işleyişin ötesinde bir külfet de yüklememektedir. İcra müdürlüğünün yapması gereken tek şey, ihale bedelinin vadesiz mevduat hesabında bekletilmesi yerine vadeli bir hesapta tutulmasıdır.”

şeklinde, nemalandırmayı faizle sınırlı bir anlayışa indirgemesidir. Nitekim bu karar esas alan Adalet Bakanlığı, uygulamaya yönelik olarak nemalandırmanın faizlendirme şeklinde uygulanması gerektiğine ilişkin bir görüş ortaya koymuştur. Bu konu aşağıda değerlendirilecektir.

Şüphesiz AYM bir konuda karar verirken yorum yapacaktır. Ancak özellikle AYM gibi bir yüksek yargı organının, yorum kurallarının ve ilkelerinin dışına çıkacak bir yorumu yapmaması gerekir. Keza yine yorumda benimsenecek yöntem, temel hakkı daraltıcı şekilde de olmamalıdır. Zira “*Maledicta est expositio quae corrumpit textum*” (Metni sarkatlayan yorum en kötü yorumdur)²⁵.

Kanun metninde açıkça nemalandırma denilen yerde, faiz de dahil olmak üzere önemli olan paranın değer kaybının önüne geçecek, onun ekonomik değerini koruyacak tedbirler almaktır. Nitekim AYM de kararında bu hususa dikkat çektikten sonra, “icra müdürlüğüne idari işleyişin ötesinde külfet yüklememek” kriterini koymuş, icra müdürlü-

²⁵ Bu hukukî özdeyişin açıklaması için bkz. Helvacı/Topuz, s. 59. Yine aynı anlamda özdeyişler olarak, “*Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*” (Lafzın açık olduğu hallerde başka anlama bakılmaz). “*Sensus verborum est anima legis*” (Kelimelerin -iradenin- anlamı, kanunun özüdür).

ğünün yapması gereken “tek” şeyin vadeli hesapta parayı tutmak olduğunu belirtmiştir. Burada nemalandırma için “tek” şeyin vadeli faiz hesabında tutmak olduğu ifadesi, açıkça kanunun “nemalandırma” ifadesine aykırıdır. Çünkü, İİK’da birçok yerde faizden bahsedilmişken, burada özellikle nemadan bahsedilmesi tesadüfi değildir ve kanunun amacı da bu değildir. 4949 sayılı Kanunla İİK’da yapılan değişiklikte de, Kanunun ayrıntılı olmasa da nemalandırma ile ilgili gerekçesine de bakıldığında, burada bilhassa nemalandırmaya dikkat çekildiği, nemalandırma teriminin özel olarak seçildiği görülmektedir²⁶.

AYM’nin, (kanunun daha geniş bir çerçeve kabul etmesine rağmen) paranın değer kaybını önleyici tedbirler arasından kendi ifadesi ile “tek” şey olarak “faizi” esas alması, mülkiyet hakkını kanunda öngörülmemiş ve sınırlanmayan, düzenlemenin de amacına aykırı şekilde sınırlandırmak anlamına gelmektedir. Kanunun ne lafzı, ne kavramsal ne amaçsal ne tarihi yorum buna imkân tanımaktadır. Kanunun lafzı faiz değil nemadır; kavram olarak nema faizden daha geniş bir kavramdır; düzenlemenin amacı ve gerekçesi nemanın özel olarak seçildiğini göstermektedir. Buna rağmen, deyim yerindeyse icra organlarına ve yürütmeye iş çıkarmamak için daraltıcı bir yorumun benimsenmesi doğru değildir. Bunun temel hakları değil, idareyi koruyucu bir yöntem olduğu açıktır. AYM kararından hareket edilirse, paranın değeri korunsun, ancak idareye de fazla iş çıkmadan ne kadar korunabilirse o kadar korunsun denilebilir. AYM’nin görevi, anayasal teminat altındaki bir temel hakkı, düzenlenen kanun hükmüne rağmen sınırlandırmak, daraltmak olmamalıdır. Çünkü, AY m. 13’e göre temel haklar ancak kanunla sınırlanabilir. Oysa AYM, birden fazla yorum yöntemini ihlâl ederek yanlış bir yorumla, kanunun açık hükmüne rağmen, onu yok sayarak kanunun ötesine geçen bir sınırlandırma yoluna gitmiş, daha dar bir ölçüt getirmiştir. Bunun amacı da idareye külfet yüklememektir. Bireylerin kendi başlarına bir

²⁶ Bkz. 4949 sayılı Kanunla İİK’da yapılan değişikliklerin Gerekçesi (<https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0550.pdf>, E.T. 01.06.2023). Bu konuda nemanın ne şekilde anlaşılması gerektiği ve kanundaki düzenlemenin amacı hakkında bkz. Pekcanitez H., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra - İflâs Hukuku Günleri Toplantısı’nda Tartışmalar bölümünde yapılan nema ile ilgili açıklamalar (bkz. YouTube kaydı, 3:49-3:51 - <https://www.youtube.com/watch?v=0JPLhbRsoVQ&t=13797s>, E.T. 01.06.2023). Bu açıklamalarda da görüleceği üzere, faizlendirme yerine “nema” kelimesi özel olarak ve paranın gerçek değerini korumak amacıyla, farklı alternatifleri de açık tutmak için kabul edilmiştir.

organizasyon kurmaları, özel yöntemler belirlemeleri mümkün değildir. Ancak Devlet, toplum içindeki en geniş ve güçlü örgütlenmedir, her türlü imkâna sahiptir. Bu büyük organizasyonun nemayla faiz arasındaki farkı belirleyecek bir yöntem geliştiremeyeceğini düşünmek mümkün değildir. Eğer bundan hareket edilecek olursa, o zaman sıradan bir insanın nemalandırmada ilk aklına gelen, rahatlıkla onun dahi gerçekleştireceği faizlendirme ile Devletin yapacağı iş arasında bir fark yok, Devlet gücü ve organizasyonu anlamsız demektir. Bu açılardan AYM kararı, kanunun lafzı ve amacı yanında Devlet organizasyonu anlayışına da aykırı ve onu sıradan bir kişinin seviyesine indiren gerekçeye dayanmaktadır.

Sonuç olarak AYM, bir yandan doğru bir şekilde nemalandırma konusunda uygulama alanını genişletici bir yaklaşım sergileyip İİK m. 134 dışında da hakkın korunmasının yolunu açmış; ancak diğer yandan nemalandırmayı sadece faizle sınırlı şekilde anlamlandırarak kanuna aykırı şekilde içeriğini daraltmış, sınırlandırmıştır. Bu çerçevede temel hak ihlali denetimi yapan AYM, kapsam konusunda hakkın korunması bakımından doğru bir nitelendirme yaparken, içerik konusunda hak ihlali oluşturacak bir yaklaşım sergilemiştir. Nemalandırmanın nasıl yapılması gerektiği konusunda aşağıda ayrıca açıklama yapılacaktır.

b. AYM Kararı Karşısında Uygulama ve Uygulamanın Anayasaya Aykırı Yaklaşımı

Nemalandırma konusunda uygulamanın durumuna baktığımızda ise, esasen İİK m. 134'deki ihalenin feshi dışında icra dairesindeki paraların nemalandırılacağı ve bu nemaların hak sahiplerine ödeneceği konusunda düzenleme olmadığı noktasından hareket edilmektedir. Ancak AYM'nin kararlarının bağlayıcılığı ile mülkiyet hakkı ihlalinin ortadan kaldırılması amacıyla, sıra cetvelindeki kesinleşme sürecinde de kanunî düzenlemeler yapıncaya kadar nemalandırma ve buna uygun idarî tedbirlerin de alınması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kapsamda Adalet Bakanlığı, ihalenin feshi ile sıra cetveline itiraz ve şikâyet halinde,

“... kamu bankası olarak hizmet veren TC Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası ve Türkiye Vakıflar Bankasının, ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasına “*Mevduat İlan Edilen Yıllık Faiz Oranları Bildirim Formu*” ile bildirilen ve şubelerinde ilan edilen 1 aylık mevduata uygulanacak “Tabela Faizi (cari faiz)” oranlarından en yüksek olanından az olmamak üzere nemalandırılması hususunda gereken dikkat ve özenin gösterilmesi gerekmektedir.”

yönünde bir görüş ortaya koyarak bunu ilgili yerlere bildirmiştir²⁷. Bakanlık, burada AYM kararları gereğince İİK’da açıkça nemalandırmanın bahsedilmediği durumlarda da nemalandırmanın yapılması gerektiğine dikkat çekmektedir. Ancak Bakanlık yazısı, klasik bürokratik yaklaşım ve sorumluluk almama şeklinde, hukuk devleti anlayışından uzak bir yaklaşımdır. Nitekim Bakanlık yazısındaki dayanaklardan biri olan (ve yeni iptal edilmiş olan) Harçlar Kanunu’nun 36. maddesinin 1. fıkrası ise şu şekildedir.

“Mahkemeler, hakimler, C. savcılar ve icra iflas daireleri tarafından adli ve idari işlemlerle takip işlemlerinden dolayı herhangi bir sebeple alınmış olan paraların bankaya yatırılması halinde bu paralara ait faiz, ikramiye ve sair menfaatleri Devlete aittir.”

Harçlar Kanunu’nun bu hükmünün Anayasa’nın mülkiyet hakkını düzenleyen ve bu çalışmanın konusu olan kararları karşısında sorunlu olduğu, Anayasaya aykırı olduğu açıkta ve tarafımızdan da eleştirilmekteydi. Nitekim bu makalenin yazım sürecinde Anayasa Mahkemesi, verdiği bir kararla Harçlar Kanunu’nun bu hükmünü ve bu hükümle bağlantılı 2. fıkrasını iptal etmiştir²⁸. İptal kararının konumuzla doğrudan ilgili yukarıda zikredilen *Fatma Yıldırım kararına* da atıf yapan ilgili yerlerini aşağıda dikkate sunuyoruz:

²⁷ Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü, 22.09.2017 tarih ve 82084579/7176 sayılı nemalandırma konulu yazısı.

²⁸ AYM, 05.04.2023, 2023/48, 2023/72 (RG, 04.05.2023, 32180).

“6. Anayasa Mahkemesi, icra iflas dairelerinin borçlulardan tahsil ettiği paranın durumunu incelediği Fatma Yıldırım kararında borçludan tahsil edilen bedelin alacaklıya ödendiği ana kadar borçlunun veya alacaklının para üzerinde tasarrufta bulunma, parayı kullanma veya paranın değerinin enflasyon karşısında aşınmasını önleyici tedbirler alma imkânı olmadığına altını çizerek borçludan tahsil edilen bedelin bu süreçte henüz icra müdürlüğünün kontrolü altında bulunduğunu, dolayısıyla bu paranın enflasyon karşısında kıymet yitirmesini önleyebilecek olanın da para üzerinde tasarrufta bulunma kudretini elinde bulunduran icra dairesi olduğunu belirtmiş; tahsil edilen paranın alım gücünü kaybetmesini engellemenin yolunun da bunun nemalandırılması olduğunu ifade etmiştir (Fatma Yıldırım, §§ 60, 61). Anayasa Mahkemesi sonuç olarak cebri icra organlarının tahsil ettiği parayı bir mevduat hesabına yatırılması biçiminde alacağı basit bir tedbirle icra sürecinin hızlı işlememesinin borçlu üzerinde oluşturduğu olumsuz etkileri asgari seviyeye indirememesinin mülkiyet hakkının devlete yüklediği koruma pozitif yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurduğunu kabul etmiştir (Fatma Yıldırım, §§ 60-63).

17. Anayasa Mahkemesinin Fatma Yıldırım kararında cebri icra sürecinde tahsil edilen paranın değerinin korunmasına yönelik olarak yapılan değerlendirmenin mahkemelere ve Cumhuriyet savcılıklarına herhangi bir sebeple özel hukuk kişileri tarafından verilen paralar yönünden de geçerli olduğu açıktır.

18. Bununla birlikte kural; mahkemeler, hâkimler, Cumhuriyet savcıları ve icra iflas dairelerinin -ortaklığın giderilmesi neticesinde tahsil edilen para, tereke parası ve kısıtlı veya gaibe ait paralar hariç- kendilerine tevdi edilen paraları bankaya yatırmaları durumunda bu paraların bankaya yatırılmasından dolayı elde edilen nemanın devlete ait olmasını öngörmektedir.

19. Borçludan tahsil edilen para dahil olmak üzere mahkemeler, hâkimler, Cumhuriyet savcıları ve icra iflas dairelerine verilen paraların enflasyon karşısında değer yitirmesini önlemeye yönelik bir tedbir olarak vadeli mevduat hesabına yatırılması neticesinde elde edilen nemanın Hazineye irat kaydedilmesi karşılıksız yararlanma hükmünde olup bunun herhangi bir haklı temeli bulunmamaktadır. Devletin zorlayıcı nedenler olmasızın özel bir kişinin mal varlığından karşılıksız yararlanması düşünülemez. Devletin sunduğu yargı ve takip hizmetleri karşılığında zaten harç alınmakta, ayrıca yapılan yargılama ve takip giderleri de ilgili taraflardan tahsil edilmektedir. Bu durumda bankaya yatırılan paranın nemasının Hazineye irat kaydedilmesinin sunulan yargı ve takip hizmetlerinin giderinin kısmen ilgililere yükletilmesi amacı taşıdığı da söylenemez. Dolayısıyla mahkemeler, hâkimler, Cumhuriyet savcıları ve icra iflas dairelerine tevdi edilen ve özel hukuk kişilerine ait olan paraların nemasının Hazineye intikal ettirilmesinin anayasal açıdan meşru bir amaca dayanmadığı anlaşılmaktadır.

20. Sonuç olarak mahkemeler, hâkimler, Cumhuriyet savcıları ve icra iflas dairelerine herhangi bir sebeple teslim edilen ve özel hukuk kişilerine ait olan paraların nemasının Hazineye intikal ettirilmesinin meşru bir amacı olmadığından kural mülkiyet hakkını ihlal etmektedir.”

Görüldüğü üzere AYM, nemalandırma ile ilgili asıl karar olan Fatma Yıldırım kararına da atıf yaparak, kısaca adli ve idarî işlemlerle takip işlemlerinde herhangi bir sebeple alınan paraların bankalara yatırılmasından elde edilen (ve açıkça taraflara ait olacağı belirtilmemiş olan) menfaatlerin doğrudan Devlete ait olacağı konusundaki hükmü, mülkiyet hakkını ihlâl ettiği, meşru ve anayasal dayanağı bulunmadığı, bu konudaki ilke ve kurallara aykırı bulunduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

AYM'nin Fatma Yıldırım kararı, her ne kadar sadece önüne gelen bireysel başvuru konusu olan sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecine iliş-

kin olsa da; hukuk devletinin gereği olarak, idarenin benzer durumlarda da düzeltici bir yol izlemesi en uygun olurdu. Ancak idare bu yolu tercih etmeyerek sınırlı bir yol izlemiştir. Harçlar Kanunu m. 36 ise açıkça mülkiyet hakkını ihlâl etmekteydi. Şüphesiz bireysel başvuru kararına göre daha geniş etkisi olan norm iptali niteliğindeki Harçlar Kanunu m. 36/1-2'nin iptali, bu konuda artık daha kapsayıcı bir yol izlemeyi de mümkün kılacaktır. Böylece en azından bu hüküm kapsamında, her seferinde yeniden bir bireysel başvuru yoluna başvurmak zorunluluğunu ortadan kaldırması sebebiyle Harçlar Kanunu m. 36/1-2'nin iptali isabetli olmuştur. Bireysel başvurudan farklı olarak burada daha genel bir yaklaşımı da görmek mümkündür.

Devlete ait olmayan, aslında kişilere ait bir paranın adlî bir işlem sebebiyle Devlet uhdesinde muhafaza edilmesinden dolayı ortaya çıkacak gelir ve nemada Devletin bir hakkı olamaz. Devlete, bu kamusal hizmetinin karşılığı olarak zaten harç vs. adı altında bir ödeme yapılmaktadır. Keza, bireyin kendi başına hak arama yollarının kural olarak kapalı olduğu, sadece Devlet aracılığıyla gerçekleştirilen bir faaliyet sebebiyle zorunlu olarak bir süre Devlet uhdesinde kalan paradan ayrıca Devletin bir gelir elde etmesi, haksız ve ölçsüz şekilde mülkiyet hakkı ihlâl olacak, mülkiyet hakkının ayrılmaz parçası olan onun menfaatine ve geliri-ne Devletin el koyması anlamına gelecektir.

AYM kararlarında da zikredildiği üzere, Devletin aynı zamanda pozitif bir yükümlülüğü de mevcuttur²⁹. Bu sebeple icra dairelerinde, özellikle taraflara ya da ilgililere ödenmesi gereken paraların nihaî hak sahipleri, bu kişilerdir; sadece Devletin icra faaliyeti ve bu konudaki mutlak tekeli sebebiyle bu hak sahipleri bu süreç içinde aslında kendilerine ait olan bu paralar üzerinde tasarruf edememektedirler. Oysa, mülkiyet hakkı, “*usus, fructus, abusus*” (kullanma, yararlanma ve tüketme) hakkını içeren mutlak bir aynî hak vermektedir (TMK m. 683); bir şeye malik olan onun ürünlerine, getirilerine de malik olur (TMK m. 685). Devletin icra faaliyeti ve bu yöndeki tekeli sebebiyle, ilgilinin/tarafın geçici bir süre kullanamadığı malının, parasının, alacağının getirilerinden ken-

²⁹ Karaman Odabaşı, s. 15 vd.

disinin yararlanması gerekir. Aksi halde mülkiyet hakkı eksik bırakılmış, ihlâl edilmiş olur. Bu sebeplerle de AYM'nin Harçlar Kanunu m. 36/1-2 hükmünü iptali isabetlidir. Yürütmenin de buna uygun alt düzenlemeler yapması beklenir.

Bu aşamadan sonra Bakanlık yazısı da gözden geçirilmeli, mülkiyet hakkına uygun şekilde değerlendirilmelidir. Çünkü, Bakanlık yazısında Harçlar Kanunu'ndaki düzenleme, adeta temel hakka gözünü kapatarak, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine aykırı yorumlanmış ve diğer durumları dışlayıcı şekilde bir sonuca varılmıştır. İdarenin buna uygun düzenleme yapmaması, paranın halen Devlet tasarrufunda sayılması ilgililerin sorumluluğunu da doğuracaktır.

Diğer yandan 36. maddesinin 1. ve 2. fıkrası iptal edilen Harçlar Kanununun temel düzenleme alanının Devlete intikal edecek gelirlerle ilgili olduğu, bu yönde düzenleme yapıldığı, kanunun ismi olan bizatihi harcın devletin alacağı olan bir para olduğu da unutulmamalıdır. Oysa yukarıda zikredilen ve çalışma konumuz olan nemalandırılması gereken kişilere ait tüm paralar ve alacaklar, Devlet hazinesine ait olan malvarlığı değerleri ve paralar değildir; sadece geçici bir süre Devlet uhdesinde muhafaza edilen paralardır. Bu açıdan bir harçla, alacaklının alacağı için tahsil edilen veya ödenen para arasında büyük fark vardır. Harcın nihaî hak sahibi Devlet, bu ödenen paraların nihaî hak sahibi ise esasen alacaklı, duruma göre (artan para olursa) borçlu ya da (iadesi gerekirse) alıcıdır. Paranın kendisi Devlete ait olmadığına da onun getirisinin de Devlete ait olacağı söylenemez. Nitekim AYM, İİK m. 134'deki gibi açık hüküm olmasa da, ön alım hakkında, sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde, icra dairesinin (Devletin) uhdesinde tutulan paranın değer kaybının önlenmesi ve bunun Devlete değil hak sahiplerine ödenmesi gerekeceğini kabul etmiştir.

Burada ikinci sorun ise, AYM kararından hareketle nemalandırmanın sadece vadeli mevduatta faiz getirisi olarak anlaşılmasıdır. Bu konuda AYM kararına yönelik yukarıda yaptığımız eleştiriler burası için de geçerlidir. Her ne kadar Adalet Bakanlığı AYM kararını esas alarak bu

konuda bir görüş ortaya koymuşsa da, aslında daha doğru bir uygulamaya gitmesine ve paranın gerçek anlamda değer kaybını ortadan kaldıracak başka nemalandırma yöntemlerini de kullanmasına ve çerçevesini belirlemesine hiçbir engel yoktur. Hatta bu kanundaki düzenleme karşısında bir zorunluluktur. Hukuk devletinde asıl yapılması gereken şey, engelleyici ve deyim yerindeyse yokuşa süren değil, pozitif yükümlülük anlayışı içinde bu yönde düzeltici, olumlu bir rol oynamaktır. Ayrıca icra organlarının taraf menfaatlerini korumak şeklinde bir görevi de bulunmaktadır³⁰.

Bu noktada nemalandırmanın faiz üzerinden yapılmasının, hem kolay ve belirli hem de sorunsuz ve icra organları bakımından risksiz bir yöntem olduğu şüphesizdir. Ancak faizin, paranın değer kaybının altında kaldığı ve bu farkın da önemli olduğu durumlarda, deyim yerindeyse sırf icra organlarını yormamak, onların işini kolaylaştırmak adına, bireylerin mülkiyet hakkının açık ihlâline ve zarar görmesine izin verilemez. Madem ki, Devlet uyumsuzlukları giderme, alacakları hukuka uygun yollarla tahsil etme görevini üstlenmiş, bireylere de bunu yasaklamıştır; o zaman bu görevin ve sorumluluğun gereğini yerine getirmelidir. Unutmamak gerekir ki, hukukî korunma basit ve yalın bir koruma değil, etkin koruma olursa anlamlı olacaktır. Buradan kastımız, icra organlarının adeta bir yatırım danışmanı gibi davranması, risk olarak büyük kazançlar peşinde koşması değildir. Bu çerçevede gerekirse makul ekonomik araçlardan ve ekonomi konusunda uzmanlardan da yararlanarak, nemalandırma konusunda stabil, en az riskli, sorun doğurmayacak, faiz/para değer kaybı arasındaki dengeyi kuracak başka nemalandırma yöntemleri de uygulanmalıdır. Bugün bankalar ve kredi kurumlarının, riski bulunmayan ortak yatırım havuzu ve araçları mevcuttur. Gerekirse bu konuda ilgi tarafların da görüş ve onayları alınarak belirli yöntemler arasında tercihte bulunulması yolu da benimsenebilir. Çözüm aranırsa farklı alternatiflerin değerlendirilmesi mümkündür. Yukarıda da belirtildiği üzere Devlet denilen organizma bir toplumdaki en güçlü, en geniş ve imkânları herkesten fazla olan bir organizasyondur.

³⁰ Çiftçi, s. 101.

Adalet Bakanlığı'nın faiz üzerinden bir değerlendirme içeren yazısının sadece idarî birimleri bağladığı, yargı organlarını bağlayıcı bir rolü olmadığını da belirtmek gerekir. Bu sebeple, icra dairelerinden para değerinin tam olarak korunmasına yönelik gerekli tüm tedbirlerin alması talep edilebilir. İcra dairelerinin bu talebi kabul etmemesi durumunda da, öncelikle şikâyet yoluyla (İİK m. 16 vd.) derece mahkemelerinde ve nihai olarak Yargıtay aşamasında mülkiyet hakkını tam olarak koruyucu, hukuka uygun bir yol izlenerek karar verilebilir. Bu noktada kanaatimizce AYM kararı, vadeli mevduata uygulanan faizden bahsederken, asgari bir korumadan söz etmiştir; bu kararın, gerçek anlamda değer kaybını giderecek başka nemalandırma yönteminin benimsenmesine engel olucu bir yönü de bulunmamaktadır.

Özetle, nemalandırmanın nasıl olması gerektiği konusunda uygulamanın ve bu kapsamda Adalet Bakanlığının yaklaşımı mülkiyet hakkını tam olarak koruyucu nitelikte değildir. Bu haliyle halen daha hak ihlalleri devam etmektedir. Bu konuda yargı organları yol gösterici gerekli kararları verebilir. Özellikle Yargıtay'ın kanunun lafzı ve amacına uygun kararları bunu oldukça kolaylaştıracaktır. Ancak bunu giderecek merci nihai olarak önceki kararlarının üzerine mülkiyet hakkını tam sağlayıcı şekilde karar verecek olan Anayasa Mahkemesidir. Aksi halde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne de başvuru imkânı olduğunu düşünüyüyoruz.

SONUÇ

Başta İİK m. 134 olmak üzere cebrî icra faaliyeti sonucu Devletin uhdesinde bulunması gereken aslında hak sahiplerine ait paraların mülkiyet hakkıyla ilişkisi ve değerinin korunması konusunda şu tespitleri yapmak mümkündür:

1. İİK m. 134 ve benzeri durumlarda cebrî icra faaliyetinin bir gereği olarak Devletin uhdesinde belirli bir süre tutulan taraflara veya ilgililere ait paralar, anayasal güvence altındaki temel hak olarak mülkiyet hakkının bir parçasıdır. Mülkiyet hakkı ise kullanma,

yararlanma, tüketme (usus, fructus, abusus) şeklinde tam bir mutlak hak sağlar.

2. Devletin cebrî icra faaliyetinin gereği olarak bir tekel hakkı bulunmaktadır. Bu faaliyet aşamasında Devletin nezaretinde ve uhdesindeki paralar üzerinde, başta taraflar olmak üzere ilgili hak sahiplerinin tasarrufta bulunması, yetki kullanması, bu paraları değerlendirmesi mümkün değildir.
3. Belirli bir süre Devletin uhdesinde kalan bu paraların, özellikle bu süreç içinde başta enflasyon olmak üzere değer kaybına uğraması, para üzerindeki mülkiyet hakkının eksilmesi ve kaybı demektir. Bunun önüne geçmek, gerekli tedbirleri almak Devletin temel haklara ilişkin pozitif yükümlülükleri arasındadır.
4. AYM kararlarında haklı olarak belirtildiği üzere, bu pozitif yükümlülüğün gereğini yerine getirmek için mutlaka kanunda açıkça düzenleme yapılmasına gerek yoktur. Açık düzenleme olan İİK m. 134 dışındaki benzer durumlarda da devletin paranın değer kaybının önüne geçen tedbirler alması gerekli ve zorunludur.
5. Her ne kadar AYM ve buna uygun gelişen idarî işlem ve uygulamalar, değer kaybının önüne geçmek için vadeli mevduat faizinde değerlendirmeyi kabul etmiş olsa da, aslında konuyla ilgili temel düzenleme olan İİK m. 134’de faizden değil, daha geniş bir kavram olan “nemalandırmadan” bilinçli olarak bahsetmektedir.
6. AYM’nin bireysel başvuru üzerine veya norm denetimi yoluyla mülkiyet hakkının ve para değerinin korunmasına yönelik olarak kararları ve bu konuda uygulama alanını genişletici yorumları doğru ise de; kanunda açıkça nemadan bahsedilmesine rağmen, bu konuda sadece “faiz” şeklinde daraltıcı bir yaklaşımı doğru değildir. Bu, hem açık kanun hükmüne aykırı bir yorumdur hem de bizatihi AYM kararında zikredilen mülkiyet hakkının gerçek anlamda korunmasını sağlayıcı bir yöntem değildir. Faiz, özellik-

le yüksek enflasyonist ortamda, Ülkemizdeki gibi ekonomik istikrarın mevcut olmadığı zamanlarda paranın değer kaybını tam karşılamayabilir. Bu sebeple gerçek anlamda en makul nemalandırma yönteminin ve araçlarının belirlenmesi gerekir.

7. Paranın değer kaybının önüne geçecek şekilde, özellikle cebri icra faaliyeti sonucu, hak sahiplerinin paralarının icra dairesi (yani Devlet) uhdesinde muhafaza edilmesi gerektiği tüm durumlarda, değer kaybını gerçek anlamda önleyecek nemalandırma yöntemlerinin seçilmemesi halinde, kanaatimizce Devletin mülkiyet hakkı ihlâli devam edecektir. Bunun idarî birimler, derece mahkemeleri ve AYM’de giderilmemesi halinde ise sorunun AİHM taşınması da mümkündür.
8. Bu konuda yapılması gereken en doğru şey, böyle münferit hükümler ve yargı kararlarında eksik ve açık olmayan şekilde konuya yer vermek değil; İİK’da bunun için, yani icra takibinde hak sahiplerine ilişkin paralar hakkında nemalandırmayla ilgili genel, çerçeve bir düzenleme yapmaktır. Konunun ayrıntısı, yani nemalandırmanın yöntemi ve diğer teknik konuları ise, ikincil düzenlemelerle, Yönetmelikle yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S./Hanağası E., İcra ve İflâs Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2022.

Atalı M./Ermenek İ./Erdoğan E., İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, Ankara 2022.

Başpınar V., Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdâhaleler, Ankara 2009.

Bulut N., Mülkiyet Konusunda Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı, Erzincan ÜHFD, 2006/3-4, s. 15 vd.

Çiftçi P., İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010.

Çon Ö., İhâlenin Feshi, Ankara 2021.

Demirboğa A., Türk Medeni Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Mülkiyet Hakkının Konusu ve Kapsamı, Ankara 2021.

Gemalmaz H. B., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009.

Helvacı S./Topuz M., Özdeyişlerle Hukukun Kadim İlkeleri, Ankara 2022.

Karaman Odabaşı F., Anayasal Bağlamda Mülk Kavramı, Fikri Mülkiyet Haklarının Mülkiyet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi, Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasa'nın Özel Hukuka Etkileri (Edt. Özel/Pürselim Arning/Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut), C. I, İstanbul 2022, s. 9 vd.

Köksoy M., İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Ankara 2018.

Kuru B./Aydın B., İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2021.

Özen B., Özü Olmayan Bir Temel Hak: Mülkiyet, Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasa'nın Özel Hukuka Etkileri (Edt. Özel/Pürselim Arning/Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut), C. I, İstanbul 2022, s. 87 vd.

Özekes M., İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.

Pekcantez H., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra - İflâs Hukuku Günleri Toplantısı, Tartışmalar (bkz. YouTube kaydı, 3:49-3:51 - <https://www.youtube.com/watch?v=0JPLhbRsoVQ&t=13797s>, E.T. 01.06.2023).

Pekcantez H./Atalay O./Sungurtekin Özkan M./Özekes M., İcra ve İflâs Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2022.

Serozan R., Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları, Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s. 239 vd. <https://islamansiklopedisi.org.tr> (E.T. 01.06.2023)

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (<https://www.kazanci.com.tr/>) (E.T. 01.06.2023)

Lexpera İçtihat (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>) (E.T. 01.06.2023)

