

**İstanbul
Hukuk
Mecmuası**

İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt/Volume: 77 • Sayı/Number: 1 • Haziran/June 2019
ISSN: 2636-7734 • E-ISSN: 2667-6974 • DOI: 10.26650/mecmua

İstanbul Hukuk Mecmuası İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını olup uluslararası indekslerde taranan ve hakemli bir dergidir. Yayımlanan makalelerin sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir.
Istanbul Law Review is the peer-reviewed, international journal of the Istanbul University Faculty of Law. Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Dergi Hakkında/About the Journal

Eski Adı/Former Name

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (1916-2017)
ISSN: 2636 - 7734 Son Sayı/Latest Issue Aralık 2017 - Sayı 75/2

Yeni Adı/New Name

İstanbul Hukuk Mecmuası (Haziran 2018 -)
ISSN: 2636-7734 İlk Sayı/First Issue: Cilt: 76 Sayı: 1

Yayın Sahibi/Owner

İstanbul Üniversitesi/Istanbul University

Yayın Sahibi Temsilcisi /Owner's Representative

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen

Sorumlu Müdür/Responsible Director

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Rektörü
Prof. Dr. Halil Akkanat

YAYIN KURULU/EDITORIAL MANAGEMENT

Baş Editörler/Editors-in-Chief

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen
Doç. Dr. Ali Pahlı

Yardımcı Editörler/Co-Editors

Arş. Gör. Numan Sabit Sönmez, İstanbul Üniversitesi, İstanbul
Arş. Gör. Mustafa Ahioğlu, İstanbul Üniversitesi, İstanbul
Arş. Gör. Canberk Değerliyurt, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat Buz, Bilkent Üniversitesi, Ankara
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul
Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi, İstanbul
Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara Üniversitesi, İstanbul
Prof. Dr. İsmail Kırca, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Ankara
Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul
Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara

Çeviri Editörleri/English Language Editors
Dorian Gordon Bates, İstanbul Üniversitesi, İstanbul
Alan James Newson, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Yönetim Yeri/Head Office
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Türü/Type of Publication
Yaygın Süreli Yayın/International Periodical

Yayın Dili/Language
Türkçe, İngilizce/Turkish, English

Yayın Periyodu/Publishing Period
Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır/Biannual (June & December)

Tarandığı Endeksler/Indexed by
Emerging Sources Citation Index (ESCI / Web of Science ‘WOS’)/ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi)
Ulusal Hukuk Veritabanı

Baskı ve Cilt/Printing Office
Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul
Tel: +90 (212) 269 30 00
Sertifika No: 20179

Basımı ve dağıtımı On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.



İletişim/Correspondence

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 34116 Beyazıt/İstanbul e-posta: hukuk_dekan@istanbul.edu.tr

HYPERLINK “<http://www.istanbul.edu.tr/>” www.istanbul.edu.tr/hukuk

Tel: +90 (212) 440 01 05

Fax: +90 (212) 512 41 35

Web: <http://mecmua.istanbul.edu.tr/> / www.dergipark.gov.tr/iuhfm

Elektronik posta: ilr@istanbul.edu.tr / iuhfdergiler@istanbul.edu.tr

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

- Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Türk Hukukunu Resen Uygulamasının Temeli: Vakıalar, Vakıaların Önemi, Vakıaların Çeşitli Yönlerden Sınıflandırılması ve Vakıaların Tespiti**
The Basis of Ex-Officio Application of Turkish Law By Judge In Terms of Civil Procedure Law: Facts, Importance of Facts, Classification of Facts from Different Aspects and Determination of Facts..... 1
A. Selman Arısoy

Araştırma makalesi/Research article

- Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ayrılma Hakkını Kullanan Pay Sahibinin, Şirketler Topuluğu Düzenlemelerinden Yararlanma Olanığı (TTK m. 202/2 ve SerPK m. 24 Hükümlerinin Karşılıklı Uygulama Alanı)**
The Opportunity of the Shareholder, Who Has Used the Right of Leave/Appraisal Right in Publicly-Held Joint-Stock Companies, to Benefit From the Regulations Regarding Group of Companies (Mutual/Comparative Scopes of TCC art. 202/2 and CML art. 24) 49
Ali Pahlı, Hasan Onur Akay

Araştırma makalesi/Research article

- Paylı Mülkiyete Tabi Bir Taşınmazda Paydaşların Yararlanma, Kullanma ve Yönetime İlişkin Hukuki İşlemlerinin Şerhi**
Annotation of the Legal Transactions of the Joint Owners Concerning the Use, Utilization and Management of A Property 71
Arzu Genç Arıdemir, Sanem Aksoy Dursun

Araştırma makalesi/Research article

- Yabancı Unsurlu Futbol Menajerliği Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları ve Uygulanacak Hukuk**
The Solutions of Disputes Arising From the Football Manager Contract with Foreign Element and the Applicable Law 103
Cemil Güner

Araştırma makalesi/Research article

- Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda 20 Haziran 2017'de Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk/ İsviçre Hukuku'nda Araçların Otonomlaştırılmasının İşletenin Sorumluluğuna Etkisi**
The Effect of Motor Vehicle's Autonomisation to Operator's Liability in Turkish/ Swiss Law within Scope of Modifications Come Into Force in 20. 06. 2017 on German Road Traffic Code..... 153
Cüneyt Pekmez

Araştırma makalesi/Research article

- Ceza Mahkemesi Tarafından Ceza Verilmesine Yer Olmadığına İlişkin Kararın Hukuk Mahkemesi Kararlarına Tesiri**
The Effects Of The "Non Necessity Of Punishment" Decision That Handed Down By Criminal Court On Civil Court 185
Derya Belgin Güneş

Araştırma makalesi/Research article

- İrtifak Hakkına Bağlı Taşınmaz Yükü**
Real Burden Linked with an Easement 217
Gülen Sinem Tek

Araştırma makalesi/Research article

- Kambiyo Senedinin Cirosunun Düzenleyen Tarafından Yasaklanması**
Forbiddance of Endorsement of the Bill of Exchange by Drawer..... 241
İsmail Cem Soykan

Araştırma makalesi/Research article

- Borcun İfasının, Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Bir Olgunun Gerçekleşmesinden İtibaren Belirli Bir Sürenin Geçmesiyle Muaccel Olacağının Kararlaştırıldığı Hallerde Borçlunun Temerrüde Düşmesi İçin İhtar Şart Mıdır? (Vadenin Sonradan Belirli Hale Gelebirliliği Üzerine)**
Is It Necessary to Give Notice to the Debtor for Default, In Cases Where Parties Agreed that the Performance of the Obligation Shall Be Due by the End of a Certain Period after the Realization of an Event? (About Becoming Definite of Due Date after the Conclusion of the Contract)..... 267
Kürşad Yağcı

Araştırma makalesi/Research article

- Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?**
Blockchain Technology and Smart Contracts in terms of Law of Obligations and Data Protection Law 315
Mesut Serdar Çekin

Araştırma makalesi/Research article

- Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin Türkiye'deki Faaliyetleri ve Türk İltica Sisteminde Değişen Rolü**
Activities of the United Nations High Commissioner for Refugees in Turkey and Its Changing Role in Turkish Asylum System 343
Nuray Ekşi

Araştırma makalesi/Research article

- Tahkim Alanında Toplumsal Cinsiyetin Yansımaları (Hakem Seçiminde Cinsiyet Çeşitliliği)**
Reflection of Gender in the Field of Arbitration (Gender Equality in Arbitral Appointments)..... 371
Seda Özmumcu

Araştırma makalesi/Research article

- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Konut Finansmanı Sözleşmeleri**
The Housing Finance Agreements in Content of the Law on Consumer Protection Number 6502..... 389
Yasemin Yılmaz

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Research article/Araştırma makalesi

- Cyberbullying and Criminal Law**
Siber Zorbalık ve Ceza Hukuku..... 425
Gülşah Bostancı Bozbayındır

Research article/Araştırma makalesi

- The Conditions for the Application of Successive Crime in the Turkish Criminal Code**
Türk Ceza Kanununda Zincirleme Suçun Uygulanma Koşulları..... 451
Muhammed Demirel, Melik Kartal

ÇEVİRİ/TRANSLATION

- Tüketici İşlemlerinde Sözleşmeye Aykırı Tüketim Malının İkame Edilmesine Kadarki Sürede Bu Malın Kullanımına Karşılık Değer Tazminatı İstenememesi**
No Charge for the use of the Goods not in Conformity Until Their Replacement with New Goods in Consumer Transactions 463
Ahmet Hakan Dağdelen

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Türk hukuk camiasına sunduğu en önemli katkılardan biri olan İstanbul Hukuk Mecmuası'nın 2019/1 sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğunu yaşıyoruz.

Eski adıyla İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası olan dergimizle ilgili geçtiğimiz sene isim ve sistem değişikliğine gidilerek, derginin etki alanının genişletilmesi ve ulaşılabilirliğinin sağlanması, özellikle yalnızca yurt içiyle sınırlı kalmaksızın dergimizin bilinirliğinin artırılması için birtakım adımlar atıldı. Bu yeni süreci şekillendirmek ve sürece adapte olmak elbette belirli bir mesai istediğinden, bu sayımızdan önceki birkaç sayı sizlerle biraz da olsa gecikmeli şekilde bulundu. Ancak 2019/1 sayısıyla birlikte, dergimizi zamanında okuyuculara sunmaktan memnuniyet duyuyor ve sonraki sayılar için de derginin zamanında ve düzenli şekilde çıkarılacağını şimdiden bildiriyoruz.

Dergimizin bu sayısı -geleneğe uygun bir şekilde- özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında tasnif edilmiş, birbirinden değerli on altı makale içermektedir. Dergimizde yalnız İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mensuplarının değil diğer birçok değerli akademisyenin ve uygulayıcının çalışmalarının gün ışığına çıkartılması için çaba sarf edilmiştir. Bu bağlamda dergimizin uluslararası alandaki bilinirlik ve takip edilebilirlik düzeyinin artırılması için daha önceki sayılarda benimsemiş olduğumuz genişletilmiş İngilizce özet kısmına makalelerde yine yer verilmiştir. Ayrıca ilk defa bu sayıda benimseyeceğimizi duyurduğumuz OSCOLA atıf standartları da mümkün olduğu ölçüde dergimizde yer alan makalelere yansıtılmış durumdadır. Bundan sonraki sayılarda da söz konusu ilkeler çerçevesinde Türkçe ve İngilizce makale kabul edilmeye ve yayımlanmaya devam edilecektir.

Derginin yayınlanabilmesi için ciddi bir uğraş veren editör ekibine ve bu sayıda hakemlik görevini gerçekleştiren Fakülte bünyesi içindeki ve dışındaki tüm akademisyenlere teşekkürler ediyoruz. Nihayet dergimizin işbu sayısına çok değerli yazıları ile katkı veren tüm öğretim üyelerine samimi destek, sabır ve katkılarından ötürü şükranlarımızı sunuyoruz. Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN

Doç. Dr. Ali PASLI



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 30.04.2019
Kabul: 15.06.2019

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Türk Hukukunu Resen Uygulamasının Temeli: Vakıalar, Vakıaların Önemi, Vakıaların Çeşitli Yönlerden Sınıflandırılması ve Vakıaların Tespiti*

A. Selman Arısoy**

Öz

Medeni yargılama hukukunda vakıalar her şeydir: Hak ve borçlar vakılardan doğar, davanın sebebi vakılardır ve hukukun resen uygulanması, diğer bir deyişle bizatihi yargılama faaliyetinin yapılabilmesi için vakıalara ihtiyaç vardır. Vakıalar hiçbir sınıflandırmaya sığmaz; önemli olan hukuken önemli, çekişmeli ve uyumsuzluğun çözümüne etkili olmalarıdır. Hukuken önemli, çekişmeli ve uyumsuzluğun çözümüne etkili olduğu takdirde her bir vakıanın ispatı gerekir ve bu vakıalar ispatlandığı takdirde Türk hukuku bu vakıalara resen uygulanmak suretiyle hüküm verilecektir (HMK m. 33; iura novit curia).

Anahtar Kelimeler

Vakıalar • İspat • Yargılama faaliyeti • Hukukun uygulanması • Iura novit curia

The Basis of Ex-Officio Application of Turkish Law By Judge In Terms of Civil Procedure Law: Facts, Importance of Facts, Classification of Facts from Different Aspects and Determination of Facts

Abstract

In civil procedure law, facts are everything: Rights and obligations arise from facts, facts are the basis of an action and the ex-officio application of law, in other words the very act of judging, requires facts. Facts do not fit into any classification; what matters is that a fact is legally important, contested and effective for resolving the litigation. Provided that it is legally important, contested and effective for resolving the litigation, each and every fact should be proven, and when proven, a decision shall be made by way of an ex-efficio application of Turkish law to those facts (Art. 33 of Turkish Code of Civil Procedure; iura novit curia).

Keywords

Facts • Proof • Act of judging • Application of law • Iura novit curia

* Bu çalışma İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü nezdinde, Doç. Dr. Seda ÖZMUMCU danışmanlığında hazırlanan ‘Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Türk Hukukunu Resen Uygulaması (iura novit curia prensibi)’ başlıklı Yüksek Lisans Tezinden (2017) türetilmiş olup; bundan böyle ilgili yüksek lisans tezi Tez olarak anılacaktır.

** **Sorumlu Yazar:** A. Selman Arısoy (Araş.Gör.), Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul, İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: asarisoy@fsm.edu.tr ORCID: 0000-0002-6148-6054

Atf: Arısoy AS, “Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Türk Hukukunu Resen Uygulamasının Temeli: Vakıalar, Vakıaların Önemi, Vakıaların Çeşitli Yönlerden Sınıflandırılması ve Vakıaların Tespiti” (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 1 <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0016>

Extended Summary

A fact is whatever happens, which makes it different from law, that is, that which should be or that which should happen. Not all facts are legally important facts that lead to legal consequences. Facts are either legal cause or legal consequence. Thus, facts can be a pre-requisite for legal consequences, and legal consequences that are also a consequence of some prior facts may appear as a pre-requisite for other legal consequences. For example, the expressions of will from two parties are the pre-requisite of a contract. But a contract, which is the legal consequence of expressions of will from two parties, is the pre-requisite for the rights and obligations that arise from the contract.

In civil procedure law, facts are everything: rights and obligations arise from facts. By fact, one should understand undertakings as well as acts of disposal, legal deeds, legal transactions and so on.

Although there was once some controversy as to whether facts or legal concepts are the cause of an action, scholars and jurisprudence are now unanimous in the belief that facts are the cause of action. The concept of the cause of action – and therefore facts, matter in many questions of civil procedure law, such as pendency, *res judicata*, prohibition of extension or alteration claim and defense.

Facts are the pre-requisite of an *ex-officio* application of law, in other words the very act of judging. Because, the very act of judging is actually the act of applying abstract rules of law to tangible facts.

Although some authors suggest certain models, facts do not fit into any classification. What matters is that a fact is legally important. Words, gestures, contracts, writings, knowledge of something, will, intention, approval, validity of contract, existence of a certain right, status of being married, the headquarters of a company being situated in a certain place, that a person is shareholder of a company – all of these can be legally important facts and thus legal cause or legal consequence for other legal consequences. Each and every legally important fact should be proven if contested and effective for resolving the litigation, and when proven, a decision shall be made by way of *ex-officio* application of Turkish law to those tangible facts (Art. 33 of Turkish Code of Civil Procedure; *iura novit curia*).

Facts can be exterior facts. Legal deeds are a person's intentional actions that lead to legal consequences without the need of an expression of will. Legal transactions are legal deeds that lead to legal consequences in the same direction of expression of will. There are some legal deeds that are expressions of will, but the legal consequence arises without the need of the expression of will being in the same direction. A basic example of this is creditor's reminding a debtor to pay. By reminding a debtor to

pay, the creditor only wants a practical consequence, which is the payment of a debt. But this reminder creates a legal consequence for the debtor - called default. Physical deeds create legal consequences without an expression of will. For example, the rights of an author arise directly and ipso iure from the very act of making an intellectual work. Expressions of thoughts, news, and feelings are generally not legally important, but exceptionally they can be legal facts. For example, for certain causes of divorce, the spouse who forgives the other has no right to divorce, so in this case the expression of forgiveness is a legal fact. Deeds that are compatible with law lead to convenient legal consequences. For example the payment of a debt terminates the debt. Deeds that are against the law are legal facts as well, so they lead to inconvenient legal consequences (sanctions), since rules of law mean rules that are sanctioned by state power. For example that a creditor does not accept payment leads to the creditor's default.

Facts can be interior facts, such as error, intention, cognition, knowledge of some point, good faith, bad faith. So, interior facts should be proven when they are legally important, contested and effective for resolving the litigation.

Facts can be positive facts and negative facts. For example, the payment of a debt is a positive fact, but the non-existence of a debt is a negative fact. That someone does not know the existence of a fraud, that the subject-matter of a contract is impossible, that someone makes a legal transaction without having the right of representation, that someone has no fault, can all be legally important facts because rules of law directly attach legal consequences to those negative facts. Although sometimes it is hard and only possible in an indirect way, negative facts should be proven as well.

Facts can be past, present and future facts. So, if the rules of law attach legal consequences to them, even future facts should be proven. For example, if someone claims compensation due to a loss of support, the future fact that support would have remained had the loss never occurred should be proven.

Facts can happen before or after the action. If they happen before the action, they are the cause of action. It is however controversial whether the facts that happen after the action can or cannot be alleged in the action. Some authors claim that these facts can be alleged without prohibition of extension or alteration of claim and defense; others however claim that these cannot be alleged due to the prohibition of extension or alteration of a claim or defense. If facts happen before the action, they can be subject to *res judicata*, so they can no longer be alleged in a new action. If they happen after the action, however, they are the cause of another action.

Facts can happen outside of or during the action. Although some authors claim that confession outside of court constitutes discretionary evidence, we are of the opinion

that it is a fact that needs to be proven. To us, facts that happen during the action can be evaluated as facts of procedure, so that they lead to procedural consequences. With facts being either cause or consequence, procedural facts bring the whole proceeding together. But in some cases, they can lead to consequences in material law as well, and thus can have a double effect.

Giriş

Yargılama faaliyeti bir uyuşmazlığın esası hakkında gerçek vakıalara ve geçerli hukuk kurallarına uygun bir karar verilmesi amacıyla yönelir. Esasen doğru hukuk kurallarının (hem maddi hukukun hem usul hukukunun) gerçek maddi vakıalara uygulanması, diğer bir deyişle hâkimin önüne gelen vakıalara hukuku (resen) uygulayıp onları hukuken nitelendirerek karar vermesi, yargılamanın (maddi anlamda yargı faaliyetinin) özüdür.

Hâkimin Türk hukukunu resen uygulaması ilkesi (HMK m. 33), farklı hukuk sistemlerinde “*iura novit curia*” (mahkeme hukuku bilir) yahut “*da mihi factum dabo tibi ius*” (vakıaları getir, hukuku vereyim) özdeyişleri (*adage*) ile anılmaktadır. Buna göre önce vakıalar taraflarca yargılamaya getirilecek, hâkim ancak bundan sonra hukuku resen uygulayacak ve getirilen vakıalara göre hüküm verecektir. Hukukun uygulanmasının ön koşulu vakıalardır; uyuşmazlığın çözümüne etkili ve çekişmeli vakıalar ise hukukun uygulanması ve buna bağlanacak sonuçlara göre hüküm verilmesinin temelini oluşturmak üzere, ispatın konusunu oluşturur.

Bu çalışmada amaç, medeni yargılama hukukunda hâkimin Türk hukukunu resen uygulamak görevinin yerine getirilişi bakımından yukarıda ifade edildiği üzere hayati önem arz eden vakıa kavramını ve vakıaların önemini açıklamak, vakıaları çeşitli yönlerden sınıflandırmaya çalışarak çekişmeli ve uyuşmazlığın çözümüne etkili olduğu ölçüde ispatı mümkün olacak ve böylece davada hukukun uygulanması suretiyle hüküm verilmesine temel teşkil edecek vakıaların ne şekillerde zuhur edebileceğini, belli bir ölçüde ortaya koymaktır. Buna göre, çalışmanın ilk bölümünde vakıalar başlığı altında vakıa kavramı, vakıaların önemi incelenecek ve vakıaların çeşitli yönlerden sınıflandırılmasına çalışılacaktır. Çalışmanın ikinci bölümde ise vakıaların tespiti başlığı altında vakıaların tespiti gereği ve tespit edilecek vakıalar ele alınacaktır.

I. Vakıalar

A. Vakıa kavramı

Vakıa (fact, fait, Tatsache) sözcüğü Arapça’dan dilimize geçmiş bir kelime olup, vuku bulmak, vaki gibi sözcüklerle aynı kökten türetilmiştir. Vakıa; olan, meydana gelen her şeydir¹. Bu anlamda vakıa “olması gereken” olarak nitelendirilebilecek “hukuk”tan ayrılmaktadır².

¹ Burhan Gürdoğan ‘Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından: Vakıa ve Hukuk’ (1956) 11 (3) AÜSBFD 258-285, 260; Henri Deschenaux, *La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal Fédéral* (1948) 17; Orhan Yılmaz, ‘Hukukun Vakıaya Uygulanması’ *Dr. A. Recep Recai Seçkin’e Armağan* (1974) 895-917, 898.

² Barış Toraman, *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi* (Doktora tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012) 88.

Vakia sözcüğünün Türkçe sözlükteki karşılığı *olgu*'dur. *Olay* sözcüğü (*event, événement, ereignis* yahut *Tatbestand*) sözcüğü vakıayı tam olarak karşılamamaktadır³. *Olgu* sözcüğü ise, Türkçe sözlükte “*birtakım olayların dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç*” olarak tanımlanmaktadır⁴.

Davanın yahut yargılamanın vakıaları ise, hâkimin altlama faaliyetinin küçük önermesini oluşturan, dış dünyaya veya insanın iç dünyasına ait (iç vakıalar), geçmiş veya halen mevcut, müspet veya menfi, yargılama dışında veya yargılamadan hasıl olan, zaman ve mekânla belirli hal ve şartlardır⁵.

Bu noktada *Toraman*; gerek öğretide, gerek mahkeme kararlarında vakia, olgu, olay, “hayat olayı” (ve hatta “*oluntu*”⁶) kavramlarının kullanımında bir yeknesaklık bulunmadığı, öteyandan *Türk Medeni Kanununda olgu sözcüğünün*; *Hukuk Muhakemeleri Kanununda ise, vakia kavramının tercih edildiği*⁷ tespitini ortaya koymaktadır⁸.

*Her vakia, hukuki anlamda vakia değildir. Hukuki vakia, hukuken önemi haiz olan ve hukukun netice bağladığı olaylar*⁹; *hak ve vecibe doğuran fiil, hâl ve vaziyetler*¹⁰; nihayet, “*bir hukuk normunun unsur vakıalarını karşılayabilecek (...) durumlar*”¹¹ demektir. Hukukun ilgi alanına henüz girmemiş, yani hukukun

³ Mustafa Göksu, ‘Vakia ve Hukuk’, *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin 2009) 323-350, 325; Toraman 87; Muhammet Özkes, ‘Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur’ *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin 2009) 745-781, 751, dn. 4. Olay – olgu, vakia – vakia arasındaki ayrımın yabancı dillerde de aynı şekilde var olduğu yönünde, bkz. Toraman 87. Öte yandan, vakıanın bir hadise (olay, événement) örneğin kavga şeklinde olabileceği gibi, bir hâl (durum, état) şeklinde olabileceği yönünde bkz. Gürdoğan 260.

⁴ *Güncel Türkçe Sözlük* <www.tdk.gov.tr> Erişim tarihi 31 Mart 2019; Toraman 84-87; Göksu 324-325; Mert Namlı, *Türk ve Fransız Hukukunda İsticvap ve Tarafların Dinlenmesi* (Yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007) 57.

⁵ Gürdoğan 260; William Dunand, *Du rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, (1940) 30'da anılan “*Stein, F. Das private Wissen des Richters, Tübingen (1907) 252*”.

⁶ *Karayalçın Yargıtay*'ın hukuk dili bakımından genel kabul görmüş bir görüşü bulunmadığını, ancak genel olarak Yargıtay kararlarında öztürkçe kelimelere yer verildiği belirtiltikten sonra, bu türden öztürkçe kelimelere “vakia” yerine kullanılan “oluntu”yu da örnek olarak göstermiştir Yaşar Karayalçın, Aynur Yongalık, *Hukukta Öğretim, Kaynaklar, Metod, Problem Çözme* (7. Baskı, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2008) 171-172 ve oradaki dn. 8'de künye bilgileri verilen Yargıtay 2. HD 27.10.1977 E. 1977/7041 K. 1977/7408 sayılı kararına göre: “*Bir tarafa bir oluntu (vakia) hakkında yemin teklif edilebilmesi o oluntunun o kimsenin kendisinden gelmesine (sâdir olmasına) bağlıdır. Ancak bir şeyi bilip bilmemek kendisinden gelme kapsamına girer.*” <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019.

⁷ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bazı eski terimleri tercih etmiştir; bunlar arasında “vakia” terimi de yer almaktadır. Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı: Değerlendirme ve Öneriler* (İstanbul Barosu Yayınları 2006) 160.

⁸ Toraman 85. Örneğin: “*Vakia tabiri, olgu veya olay olarak da söylenebilir. Ancak, yerleşmiş olması nedeniyle kitabımda 'vakia' tabirini kullanmaya devam edeceğim.*” Ejder Yılmaz, *İslah* (4. Baskı, Yetkin 2014) 147.

⁹ *Yılmaz*'ın da ifade ettiği üzere “*Hukuki terim olarak vakia, hukuken önemi haiz olan ve Hukukun netice bağladığı olay demektir.*” Yılmaz O, *Hukukun Vakıaya Uygulanması* 898.

Ancak maddi hukuka ilişkin ders kitaplarında vakia yerine “olay” kavramı kullanıldığı, hukuki “vakia”lara ilişkin en geniş kapsamlı başlığın “hukuki olay” olduğu görülmektedir. Bkz. M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (20. Bası, Vedat 2014) 169; Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (37. Baskı, Turhan 2012) 83. Aşağıda ise, hukuki vakıaların sadece dış vakıalar olmadıkları, iç vakıaların da hukuki vakia olduğu izah edilecektir. Bkz. aşağıda I. C. 3. b) İç vakıalar.

¹⁰ “*Hukuki vakia nedir? Cemiyet içindeki ferдин başkalarını herhangi bir şekilde alakalandırın ve neticesi sırf ferдин şahsına inhisar etmiyerek başkalarına geçen ve başkalarile bir nevi münasebet tesis eden her fiiline ve hareketine, vaziyet ve haline hukuki vakia denir. Mesela: alış veriş etmek, hibe etmek, vasiyet etmek, bilerek veya bilmiyerek başkasının mal ve veya canına zarar vermek fiilleri; doğmak, ölmek, küçük veya yetim olmak, akıl hastalığına tutulmak, malul veya matuh olmak halleri; evli veya baba olmak, oğul olmak vaziyetleri ve ilah. hep birer hukuki vakıadır. Çünkü bu fiil, hal ve vaziyetlerden her biri bir nevi hak ve vecibe doğurmaktadır.*” Ali Fuat Başgil, ‘Hukukta Beyyine Nazariyesi’, *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri*, (1946) 349-361, 351.

¹¹ Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler* (Fakülteler Matbaası 1979) 86.

henüz sonuç bağlamadığı vakıalar ise, ham (*brute*) yani hukuk dışı vakıalar olarak adlandırılmaktadır¹². Hayat olayları (*fait social*) hukukun teması ile hukuki vakıalara dönüşmektedir. Böylece hukuk yapmak, ham hayat olaylarından normatif ilkeler çıkarmak anlamına gelmektedir¹³.

Kelime anlamına uygun olarak (“*birtakım olayların dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç*”), birden fazla vakıanın bir “sonucu” olabileceği gibi, vakıa tek başına da “etki” doğurabilir¹⁴. Diğer bir ifadeyle, vakıalar birtakım olayların dayandığı bir “sebep” olabileceği gibi, bu sebeplerin yol açtığı bir “sonuç” da olabilir. Çünkü hukuk kuralları, hukuki vakıalara hukuki sonuç olarak ikinci bir vakıa bağlanmıştır ki bu ikinci vakıa da ilk vakıayla aynı özellikleri taşır¹⁵. Böylece hukuk kuralları birbirleriyle öylesine eklenir ki, bir hukuk kuralının ortaya koyduğu (hukuki) sonuç, diğerinin (koşul) vakıalarına dâhil olur¹⁶.

Örneğin, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları, sözleşmenin kurulması sonucunu gerçekleştirecektir (TBK m. 1). Burada icapçının (önerenin) “icabi” (önerisi) ayrı bir vakıadır; kabulcünün “kabulü” de ayrı bir vakıadır ki bu vakıalar sözleşmenin kurulabilmesi için birer koşul (sebep) vakıa konumundadır. Sözleşme ise, icap ve kabulün sonucu olarak ortaya çıkmış bir hukuki sonuç vakıası ise de, artık bir “sözleşme” olmak bakımından, sözleşmeye bağlanan diğer hukuki sonuçların sebep vakıası konumundadır¹⁷.

B. Vakıaların önemi

1. Hak ve borçların kaynağı olması bakımından

Hukuk kuralları, hukuki sonuçları bir¹⁸ veya genelde birden fazla¹⁹ hukuki (koşul)

¹² Toraman 87.

¹³ Henri Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé: La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs* (1948) 16.

¹⁴ Toraman 86, dn. 345'te anılan “T. Le Bars, *Le Défait de Base Légale en Droit Judiciaire Privé, L.G.D.J., no 117, Paris (1997) 154.*”

¹⁵ Ernest Roguin, *La règle de droit* (1889) 49.

¹⁶ Deschenaux 10-11; Roguin 68-69.

¹⁷ Bkz. Yılmaz O, *Hukukun Vakıaya Uygulanması* 899.

¹⁸ Örneğin, “*İntifa hakkı gerçek kişilerde hak sahibinin ölümü ... ile sona erer*” (TMK m. 797, f. 1; İsviçre Borçlar Kanunu, m. 749, f. 1: “*L'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier...*”) şeklindeki hukuk kuralında, gerçek kişilerde intifa hakkının sona ermesi sonucu, intifa hakkı sahibinin ölümü şeklindeki tek bir vakıaya bağlanmıştır. Deschenaux 10.

¹⁹ Örneğin, TMK m. 165 hükmüne göre “*Eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hale gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir.*” Bu hükümden (diğer birçok hukuk kuralında olduğu gibi) birden fazla koşul vakıa vardır; evlilik ilişkisi, eşlerden birinin akıl hastası olması, bu yüzden ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale gelmesi ve bu hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmiş olması. Bu örnekte koşul vakıalara bağlanan hukuki sonuç (akıl hastalığına dayanan) boşanma davası açma hakkıdır. Bu koşul vakıalardan biri yoksa (akıl hastalığına dayanan) boşanma davası açılmaz; fakat örneğin şiddetli geçimsizliğe dayanan boşanma davası açılması mümkün olabilir. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (3. Baskı, Yetkin 2015) 369-370; Atalay, *Pekcanitez Usul-Cilt: II 1627-1628*. Bu noktada, bkz. *Tez*, Üçüncü Bölüm, III. C. 3. c. Terditli davalarda hâkimin hukuku re'sen uygulaması. Yine, haksız fiilden doğan tazminat sorumluluğu şeklindeki hukuki sonuç, TBK m. 49'a göre, hukuka aykırılık, fiil, kusur, zarar ve illiyet bağı koşul vakıalarına bağlıdır. Özkes, *Hukuki Sebep* 762. Aynı yönde: Deschenaux 10.

vakıya bağlamıştır²⁰; vakıalar her hukuki sonucun vazgeçilmez şartıdır²¹.

Kişilerin hak ve yetkileri, hak ve borçların doğum (yahut sona erme) şartları da kanunlarda gösterilmiştir²². Dolayısıyla bu hukuk kuralları hak ve borçların kazanılması ve kaybedilmesini de bazı vakıalara bağlamıştır. Hâkimin görevi ise, kanun hükümlerini dile getirerek (“*bouche de la loi*”), taraflar arasındaki ihtilaflara uygulamak suretiyle hüküm vermektir²³. Bu yüzden, hak ve borçlar vakılardan doğar; yani hak ve borçların dayanağı vakılardır²⁴; diğer bir deyişle hukuki vakıalar öyle fiil, hal ve vaziyetlerdir ki bunlar, hak ve vecibe doğurur²⁵. Nitekim vakıalar hem mantıken, hem de kronolojik olarak hukuk kuralının meydana getirilmesinden önce gelmektedir²⁶.

Hakların kazanılması ve kaybedilmesi hukuki olay, hukuki fiil ve hukuki işlemlerle olmaktadır²⁷. Hukuki fiiller vakıa kavramına dâhil olduğu gibi, hukuki işlemler de vakıa kavramına dâhildir; taahhüt işlemleri birer vakıa olduğu gibi tasarruf işlemleri de (örneğin paranın ödenmesi) birer vakıadır²⁸. Bu sebeple kişi ancak bazı vakıaların vukuundan bahisle bir hakkının olduğunu dava yoluyla iddia edebilir yahut borçlu olmadığını savunabilir ve böylece bir netice talebe (davanın tamamen veya kısmen, kabulü veya reddine) ulaşmayı hedefleyebilir. Davada ileri sürülen hukuki ilişki, hak ve borçlar da dış dünyada somut bir varlığa sahip olmadığından, bunların bizatihi ispatı mümkün değildir; bunlar, ancak vakıalar aracılığıyla²⁹ ispat edilebilir. Keza, delil de vakıaların ispatı için gösterilir (HMK m. 187).

2. Davanın sebebi olması bakımından

Bir dava şu üç ana unsurdan meydana gelir: davanın tarafları, davanın sebebi ve talep sonucu (dava konusu). Bunlar davanın unsurları olduğu içindir ki bu unsurlardan

²⁰ Gürdoğan 258; Ernst Hirs, *Pratik Hukukta Metod* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001) 6; Oğuz Atalay, *Medeni Usul Hukukunda: Menfi Vakıaların İspatı*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2001) 57.

²¹ Alangoya 102.

²² Yılmaz O, *Hukukun Vakıaya Uygulanması* 896. Aynı yönde bkz: “**Hukuki sonuçlar haklar ve ödevlerle ilgilidir**; bir başka deyimle onun aracılığı ile birtakım haklar kurulur ve ödevler yüklenir. Böyle hukuki sonuçlar, olumlu (müspet) hukuki sonuçlar olarak adlandırılır. Buna karşılık bir de olumsuz hukuki sonuçlar vardır. Bunlar; hak ve ödevlerin doğmasını olanaksız kılar.” Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (7. Baskı, Oniki Levha 2010) 175. Yine, öğretilde Atalay da, menfi vakıaların hukuk kurallarında düzenlenmesini incelerken hukuk kurallarını, hukuki sonuçları bakımından: (1) Hakkı engelleyici kurallar, (2) Hakkı sona erdirici ve hakkı bertaraf edici kurallar, (3) Hak doğurucu kurallar şeklindeki üçlü bir sınıflandırma içerisinde incelemiştir. Görüldüğü üzere, bu ayırmda hukuk kurallarının “hakkı engelleyici”, “hakkı sona erdirici”, “hakkı bertaraf edici” yahut “hak doğurucu” olma niteliği vurgulanmış olmaktadır. Bkz. Atalay, *Menfi Vakıalar* 60-64.

²³ Yılmaz O, *Hukukun Vakıaya Uygulanması* 896.

²⁴ İmran Öktem, *Hukuk Muhakemesinde Hak Nasıl Müdafaa Edilir* (Hapısane Matbaası 1938) 9-10; Yılmaz O, *Hukukun Vakıaya Uygulanması* 895, 899-900.

²⁵ Bkz. yukarıda dn. 10.

²⁶ Motulsky 16.

²⁷ Oğuzman, Barlas 169, s. 226 vd; Mustafa Dural, Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri* (6. Baskı, Filiz 2011) 187; Öztan B, *Medeni Hukuk* 83.

²⁸ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Hukuku - Cilt: II* (6. Baskı, 2001) 1587; Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (25. Baskı, Yetkin, 2014) 280, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, (1. Baskı, Yetkin 2016) 314; Yılmaz O, *Hukukun Vakıaya Uygulanması* 899.

²⁹ Alangoya 75; Pekantez, Atalay, Özkes, *Usul Ders* 368; Başıl 351.

herhangi biri değişirse dava da mahiyeti itibariyle başka bir dava olur³⁰.

Davanın ana unsurlarından olan, dava sebebinin ne olduğu konusunda ise, öğretilerde temelde şu iki teorinin ön plana çıktığı görülmektedir:

Vakıalara Dayandırma Teorisine (*Substantiierungstheorie*) göre dava sebebi (*Klagegrund*), davacının talebinin dayandığı, talebin sebebi olan (*Anspruchsgrund*), talebi haklı gösteren ve olayı en ince ayrıntıya kadar, boşluksuz olarak betimleyen vakıaların tümüdür³¹.

Ferdileştirme Teorisine (*Individualisierungstheorie*) göre ise; davanın sebebi, talebin kendisinden çıkarıldığı, davada dayanılan hukuki ilişkidir, hukuki sebeptir³².

Ancak zaman içinde bu teoriler birbirine yaklaşmış ve teorilerin katı halleri yumuşamış olup³³; günümüz itibariyle, davanın sebebinin vakıalar olduğu gerek

³⁰ Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (7. Baskı, 2000) 527; Kuru, *Cilt: II* 1693-1694; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Legal 2015) 186. Davanın yapıcı unsurları olarak taraflar, mevzu ve “hukuki sebep”i gören görüş için bkz. Hayri Domanıç, *Hukukta Kazıyee Muhkeme ve Nisbi Kuvveti*, (1964) 27-28. Davayı unsurları ile birlikte tanımlarken öğretilerde Karşlı'nın kullandığı ifadeler dikkat çekici gelebilir: “*Dava bir iddia ile ortaya çıkmak, bir fikre taraf olmak, bir hususta bir delile ve sebebe dayanarak bir talepte bulunmaktır. O halde davanın unsurları şunlardır. Bir davada mutlaka taraflar vardır. İkincisi bir talep söz konusudur. Üçüncüsü de bu talep veya iddia bir sebebe ve delile dayanmaktadır. Her insanın bu hayatta bir hedefi, bir fikri, bir gayesi, bir meselesi olduğuna göre aslında geniş manada davası olmayan insan da yoktur. Davası ve fikri olmayan insanlar aslında gayesi maksadı muradı ve arzusu bitmiş hareketli mezar gibidir.*” Abdurrahim Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (4. Baskı, Alternatif 2014) 18.

³¹ Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri* (7. Baskı 1960) 236; Üstündağ, *Medeni Yargılama* 460; Kuru, *Usul* 157; Kuru, Arslan, Yılmaz, *Usul* 281; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz 316; Necip Bilge, Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, (3. Baskı, 1978) 438, 439, 694-695; Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (1979) 145; Baki Kuru, ‘Hukuk Usulünde Dava Sebebi’ *Makaleler* (Ankan 2006) 215-246, Baki Kuru, ‘Hukuk Davası Açarken ve Davaya Cevap Verirken Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar’ *Makaleler* (Ankan 2006) 203-214, 205; Alangoya 103; Yılmaz E, *Islah*, 148; Yılmaz O, *Hukukun Vakıaya Uygulanması* 895, 899-900; Ahmet Cahit İyilikli, ‘Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme’ (2013) 106 *TBB* 139-204, 144.

HUMK m. 179 ile Alman Medeni Usul Kanununun 253. Paragrafı arasında ifade ayrımı olduğu ve Alman Medeni Usul Kanunundaki hükümde her ne kadar “talebin sebebi” denmişse de bundan ne anlaşılması gerektiğinin ifade edilmediği; oysa HUMK’da davanın sebebinin belirtilmesi istendikten sonra davanın sebebinden ne anlaşılacağına matuf olarak “davanın sebebini teşkil eden bilmüle vakıaların” belirtilmesi gerektiğinin düzenlendiği yönünde bkz. Saim Üstündağ, *İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı* (1967) 50.

³² Ansay 236-237; Üstündağ, *Medeni Yargılama* 461; Kuru, *Cilt: II* 1589; Kuru, Arslan, Yılmaz, *Usul* 280; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz 315; Bilge, Önen 439; Alangoya 102; Özekes, *Hukuki Sebep* 751; Yılmaz E, *Islah* 144-147. Karş. Domanıç 83.

³³ Bkz. Özekes, *Hukuki Sebep* 752; Yılmaz E, *Islah* 146, s. 148; Alangoya 103; Necmettin Berkin, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, (1969) 97, dn. 8. Nitekim Üstündağ, bu iki teoriden başka Alman ve İsviçre öğretilerinde, bu iki teoriyi bağdaştırmaya çalışan karma (muhtelit, mutavassıt) teorilerin ileri sürüldüğünden bahsetmektedir. Bkz. Üstündağ, *Yasak* 40-46. Gerçekten, Ferdileştirme görüşünün Türk hukukundaki temsilcilerinden Postacıoğlu da bir hakkın, maddi hukuka göre onu doğurmaya elverişli vakıaların gerçekleşmesine bağlı olduğunu [bkz. İlhan Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (6. Baskı, 1975) 232 s. 174] “*iddia sebebi*” tabirinin hukuki sebepten önce maddi vakıaları hedeflediğini, zira iddianın vücut bulmasına sebeb en başta maddi olaylar olduğunu kabul etmektedir. bkz. Postacıoğlu, *Usul* 234 [Bu noktada bkz. HUMK m. 75: “*iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini*”; karş. HMK m. 25: “...şeyi veya vakıaları”. Öğretilerde Tanrıver, HMK m. 25’in buradaki “iddia sebepleri” kavramına “vakıalar” şeklinde bir açıklık kazandırılmak suretiyle yeniden düzenlendiğini ifade etmektedir. Süha Tanrıver, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın 1 ilâ 122. Maddelerinde Yer Alan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçevde Değerlendirilmesi’ (2008) 57 (3) *AÜHF* 635-664, 643]. Öğretilerde Yılmaz ve Kuru da, Postacıoğlu’nun görüşleri bakımından benzer kanaattir: “*Türk hukukunda gerek ferdileştirme kuramını, gerek vakıalara dayandırma kuramını benimseyenler her iki kuramın yabancı öğretilerde görülen yeni biçimlerini kabul etmektedirler. Örneğin Postacıoğlu, dava sebebi yalnızca ‘hukuksal ilişki’dir demekle ve vakıaların da önemine değinmektedir.*” Yılmaz E, *Islah* 150. “*dava sebebinden maksat hukuki sebeptir*’ tezine taraflar olan müellifler, vakıalardan mücerret bir hukuki sebep tezini savunmamakta, bilakis hukuki sebebi daima vakıalarla birlikte mütalaa etmektedirler.” Kuru, *Dava Sebebi* 234. Nitekim Alangoya’nın da işaret ettiği üzere “...dava temeli olarak, doktrinde yer alan görüşlerin hiçbirinde dava temelinin, maddi vakıaları hiçbir surette içermeyen bir kavram olduğu yolunda bir sonuc savunulmuş değildir” bkz. Alangoya 100. Nihayet Alangoya, “*Türk doktrininde mesele üzerinde yazılan eserler ve görüşler incelendiğinde, görüşler arasındaki farkların önemli olmadığını hatta çoğu yerde bilim adamlarının diğerini kendi görüşüne ilithak etmiş saydığına şahit [olduğunu]*” belirtmiştir bkz. Alangoya 101.

öğretide³⁴ gerekse – her ne kadar “hukuki sebep” kavramının bazı kararlardaki kullanılışı yanıltıcı olsa da³⁵ - Yargıtay kararlarında³⁶ ittifakla kabul edilmektedir. Nihayet bu teoriler bakımından artık kabul gören görüşe göre vakıalar davanın temelidir; ancak dava dilekçesinde (en ince ayrıntısına kadar) olayın bütün vakıalarının değil, fakat talebi belirleyecek olan vakıaların belirtilmesi yeterli olacaktır³⁷.

Vakıalar davanın temelidir. Çünkü sadece bu vakıalar davanın sınırını çizmekte, hâkim ancak bu vakıalar hakkında inceleme yapabilmektedir³⁸. Böylece vakıalar – “*dava sebebi*” olmak yönünden - davanın ana unsurlarından olmaktadır. Dava sebebi kavramı kesin hüküm³⁹, derdestlik⁴⁰, davanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı⁴¹, davanın inşası, dava şartlarının muhakemenin hangi anında bulunması gerektiği⁴²... gibi

³⁴ Bkz. yukarıda dn. 31’de anılan yazarlar. Karş. “*Davanın sebebi, olaylarla netice talep arasında bağlantı kurmak imkanı veren olayların mahiyeti ve dahil oldukları hukuki kategoridir. (...) Demek oluyor ki (...) sebepte tabiri caizse iki yönlü bir istikamet vardır. Sebep mazide cereyan etmiş olayları içine almakta, bu vasfı ile bizzarure maziye dönük bulunmaktadır. Buna mukabil davacıyı gayesine götürmesi, dava sonunda netice talebin davacı lehine hükme bağlanmasını sağlaması itibarıyla de sebep geleceğe dönüktür.*” İlhan Postacıoğlu, ‘Davanın ve Kaziyeli Muhkemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep’, Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan (1974) 497-527, 501.

³⁵ Gerçekten, Yargıtay’ın bazı kararlarında “*ıstihla hukuki sebep değiştirilebilir*” şeklinde bir ifade kullanılsa da, Yargıtay’ın bu kararlarında sadece yasa maddesinde değişiklik değil, fakat aynı zamanda davanın gerçek sebebi olan vakıalarda da değişiklik söz konusu olmak ve hukuki sebepler de buna paralel olarak değişmektedir. Dolayısıyla bu kararlarda geçen “hukuki sebep” ifadesi yanıltıcıdır. Bkz. Yılmaz E, *Islah* 456.

³⁶ Örneğin; “*Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın derdestlik sebebiyle reddine dair karar verilmiştir. (...) Davaların aynı dava sayılabilmesinin bir diğer şartı her iki davanın sebebinin aynı olmasıdır. Dava sebebinin aynı olmasından kasıt hukuki sebepler değil, davacının davasını dayandırdığı vakıalardır.*” Yargıtay 10. HD 23.11.2015 E. 2015/17294 K. 2015/20195 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019.
“*Gerek doktrinde ve gerekse de Yargıtay uygulamalarında “dava sebebi”nin, hukuki sebepler değil, taraflarca ileri sürülmesi zorunlu olan “vakıalar” olduğu kabul edilmektedir. O halde, kesin hükmün varlığından söz edilebilmesi için ikinci davada ileri sürülen vakıaların ilk davada da ileri sürülmüş ve tartışılmış olması zorunludur. (...)*” Yargıtay 20. HD 1.4.2015 E. 2014/9101 K. 2015/2418 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019.

³⁷ Alangoya 103.

³⁸ Kuru, *Cilt: II* 1590; Kuru, *Usul* 158; Kuru, Arslan, Yılmaz, *Usul* 281; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz 316. Örneğin: “... vakıalar davanın sınırını çizmekte ve mahkemece ancak bu vakıalar hakkında inceleme ve değerlendirme yapılabilmektedir... ön inceleme aşamasına kadar usulüne uygun şekilde dayanılmayan vakıanın, tanık beyanlarında geçtiğinden bahisle davalıya kusur olarak yüklenmesine imkan bulunmamaktadır.” Yargıtay 2. HD 10.3.2015 E. 2014/12005 K. 2015/4023 (2015) Mayıs YKD 901-902.

³⁹ Örneğin: “*Dava sebebinden maksadın, hukuki sebepler değil, bilakis davanın dayanağı olan olaylar ve olgulardır. Çünkü taraflar mahkemeye hukuki sebep bildirmek zorunda olmayıp, vakıaların hukuki niteliğini belirlemek, Türk hukukunu kendiliğinden uygulamakla yükümlü olan (HMK. m. 33) hakime düşen bir ödevdir. (...) Bu durumda, kesinleşen boşanma davası sırasında manevi tazminat istemine dayanak yapılan maddi olguların yeniden eldeki davada manevi tazminat istemine dayanak yapılması olanaklı değildir.*” Yargıtay HGK 16.4.2014 E. 2013/4-1005 K. 2014/536 (2015) 146 LHD 268. Bununla birlikte, kesin hüküm bakımından davaların “hukuki sebebinin” aynı olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Domaniç 82-92. Ancak Kuru, Domaniç’in in dava sebebinden maksat hukuki sebeptir tezini savunduğu halde, hukuki sebep kavramına ilişkin açıklamalarında bu kavramı hemen daima onun dayandığı vakıalarla izah ettiğini ifade etmektedir. Bkz. Kuru, *Dava Sebebi* 233. Bu noktada, Alangoya’nın “*Türk doktrininde mesele üzerinde yazılan eserler ve görüşler incelendiğinde, görüşler arasındaki farkların önemli olmadığını hatta çoğu yerde bilim adamlarının diğerini kendi görüşüne iltihak etmiş saydığına şahit oluyoruz*” ifadeleri hatıra gelmektedir. Bkz. Alangoya 101.

⁴⁰ “...aynı maddi vakıalardan dolayı bir miktar paranın ödenmesi bir davada vekâlet akdine, diğerinde vekaletsiz iş yapmaya, yahut aynı şekilde bir malın teslimi bir davada tevdi veya ödünç akdine, diğerinde sebezisz iktisaba veya şirket mukavelesine istinat ettirildiği takdirde, hukuki sebeplerdeki değişikliğe rağmen, vakıalar aynı kaldığı sürece iki dava arasında derdestlik durumunun varlığı kabul olunabilir.” Bilge, Önen 420 ve oradaki dn. 19’da anılan “Schönke/Niese, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts* (8. Auflage, 1956) 223” Ayrıca bkz. yukarıda dn. 36’da anılan Yargıtay 10. HD 23.11.2015 E. 2015/17294 K. 2015/20195 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019.

⁴¹ Hukuki sebeplerdeki değişikliğin bu yasağa dahil olmadığı hakkında bkz. *Tez*, İkinci Bölüm, I. D. 3. Hukuki sebeplerin değiştirilmesi.

⁴² Bu konuda Ferdileştirme Teorisi ile Vakıalara dayandırma teorisi arasında fark vardır: Ferdileştirme teorisine göre dava sebebi ferdileştirilmiş hukuki ilişki olduğu için, aynı hukuki kalıp içinde kalmak suretiyle dava şartları yargılamanın seyri sırasında tamamlanabilir. Ancak Vakıalara Dayandırma teorisine göre dava sebebi vakıalar olduğu için dava şartları

çok önemli usul hukuku konuları bakımından önem arz ettiği⁴³ için, bütün bu çok önemli usul konuları bakımından (dava sebebi olarak) önem arz edecek olan, hukuki sebepler değil vakıalar olacaktır. Gerçekten öğretilde dava sebebi kavramının “*hukuk usulünün her müessesesinde aynı şekilde (manada) anlaşılması*” gerektiğine vurgu yapılmaktadır⁴⁴.

3. Hukukun uygulanması bakımından

Hâkim hukuku resen uygulayacaksa da (... *dabo tibi ius; iura novit curia*), dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi uyarınca öncelikle vakıaların taraflarca getirilmesi (*da mihi factum...*) gerekir⁴⁵. Gerçekten, maddi anlamda yargı faaliyeti “*hukukun vakıalara uygulanması*” demek olduğu için⁴⁶ yargılama yapılabilmesi, diğer bir deyişle hukukun vakıalara uygulanabilmesi için, öncelikle bir dava açılması ve vakıaların yargılamaya getirilmesi gerekir. Nitekim “*iura novit curia*” ilkesi ile eş anlamlı olarak anlaşılan⁴⁷ “*da mihi factum dabo tibi ius*” özdeyişine göre de hukukun uygulanması için (...*dabo tibi ius*), önce hukukun uygulanacağı vakıaların mahkemeye getirilmesi (*da mihi factum...*) gerekmektedir.

Hukukun uygulanması için gerekli olduğu böylece ifade olunan “vakıaların” ise, dava malzemesi kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Nitekim dava malzemesi (*Prozessstoff*) kavramı ile kastedilen, davanın ve savunmanın dayandığı maddi vakıalar ile bunların ispatı için söz konusu olacak ispat araçları, yani vakıaların delilleridir⁴⁸. Dava malzemesi kavramı bu şekilde ifade edilince, dava malzemesi bakımından da esas olarak “vakıa” kavramının ön plana çıktığı görülmektedir. Çünkü deliller de – her ne kadar bazen delil ileri sürülmesi yeni vakıaların, örneğin borcun ödendiği vakıasının, ileri sürülmesi anlamına gelebilirse de- esas olarak yargılamada ileri sürülen vakıaların ispatına yarayacaktır.

yargılamanın başında var olmalıdır, yargılamanın seyri sırasında dava şartı eksikliği tamamlanamaz, dava usulden reddedilir. Bkz. Seda Özümücü, ‘Davanın Açılmasına Bağlı Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi’ (2012) 70 (2) İÜHF 183-206, 186-188. *Üstündağ*, Yargıtay’ın dava şartı eksikliğinin hüküm verileceği sırada giderilmiş olması halinde, davanın reddedilmeyip esas hakkında karar verilmesi gerektiği yönündeki içtihatlarına işaret etmiş; bu görüşün ferdileştirme teorisi taraflarına ait olduğunu, bu görüşün kabulü halinde böyle bir sonucu kabul etmeyen vakıalara dayandırma teorisi ile ferdileştirme teorisi arasında farkın kalmayacağını belirtmiştir. Bkz. *Üstündağ*, *Medeni Yargılama* 461, dn. 23. Bununla birlikte, hâlihazırda, 6100 sayılı HMK m. 115, f. 3 bu hususu açıkça düzenlemiş bulunmaktadır: “*Dava şartı noksanlığı mahkemeye davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez.*”

⁴³ *Üstündağ*, *Yasak* 17; Bilge, Önen 439; Yılmaz E, *İslah* 144.

⁴⁴ Kuru, *Dava Sebebi* 216.

⁴⁵ Alangoya 95-96; Pekcantez, Atalay, Özkes, *Usul Ders* 225; Eberhard Schilken, ‘Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü’, *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku* (Derleyen: M. Kamil Yıldırım) (2. Baskı, Alkim 2001) 43-66, 44; Max Guldener, *Schweizerisches Zivilprozessrecht* (3. Auflage, 1979) 159; Ömer Ulukapı, ‘Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Yargılamaya Hâkim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi’ (1998) 1-2 SÜHFD 713-732, 716, dn. 22’de anılan “*Staehelein, A/Sutter T. Zivilprozessrecht, Zürich (1992) 105 ve Paulus, C. G., Zivilprozessrecht, Berlin (1996) 102.*” Nitekim Yargıtay 22. HD 3.11.2015 E. 2014/17565 K. 2015/30021 sayılı kararına göre: “*Hukuki nitelendirme hâkime ait olsa da 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 25. maddesi uyarınca taraflarca ileri sürülen vakıaların bağlayıcılığı söz konusudur. Hâkim tarafların öne sürdüğü vakıaları değiştiremez.*” <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019.

⁴⁶ Bkz. *Tez*, İkinci Bölüm, II. C. “Hukukun vakıalara uygulanması” olarak maddi anlamda yargı faaliyeti.

⁴⁷ Isaak Meier, *Iura Novit Curia* (1975) 3. Bu latince özdeyişlerin anlamları arasındaki ayırım için bkz. *Tez*, İkinci Bölüm, I. B. 2. Terminoloji.

⁴⁸ Alangoya 7, *Üstündağ*, *Medeni Yargılama* 239; Kuru, *Usul* 211, Karşı, *Medeni Muhakeme* 246.

Bu sebeple, çalışmamızda, ilk olarak (I), Türk hukukunun, hâkim tarafından resen uygulanmasının öncülü olan “vakıaların” yargılamaya getirilmesi (*da mihi factum...*) kapsamında dava malzemesinin temelini teşkil eden vakıa kavramı ve vakıaların önemini yukarıda olduğu gibi belirtildikten sonra, aşağıda vakıaların nelerden ibaret olduğu incelenecek ve bu çerçevede vakıalar çeşitli sınıflandırmalar altında ortaya konmaya; bundan sonra ise (II) hukukun uygulanması faaliyetinde vakıaların tespiti gereğine ve tespit edilecek vakıalara –kısaca- değinilmeye çalışılacaktır.

C. Vakıaların çeşitli yönlerden sınıflandırılması

1. Hukuken önemli vakıalar

Kişinin yargılama organları nezdinde iddia veya savunmasına dayanak olarak belirlediği vakıalar hukuken önem arz eden vakıalar olmalıdır. Çünkü hukuk, hukuki sonuçları belli koşul vakıaların gerçekleşmesine bağlamıştır. Davada bir hukuk kuralının uygulanabilmesi ve talep (*Anspruch*) hakkında olumlu yönde hüküm verilebilmesi için, o talebi haklı gösteren hukuk kuralının öngördüğü koşul vakıaların, somut vakıalar şeklinde gerçekleşmiş ve bunun ispat edilmiş olması gerekir. Davadaki somut vakıalar hukuk kuralının gösterdiği olumlu veya olumsuz koşul vakıaları⁴⁹ sağlıyorsa o hukuk kuralı o vakıa veya vakıalara uygulanır⁵⁰. Her vakıanın hukuki anlamda vakıa olmadığı; hukuki sonuç bağlanmayan vakıaların hukuk dışı vakıalar olduğu ise, yukarıda ifade edilmiştir⁵¹.

Hayatın olağan akışında meydana gelen her vakıa bir hukuki sonuç doğurmayabilir. Yargılamada bir hak iddia edilebilmesi veya bir hakkın savunulabilmesi için bunun hukukça korunması gerekir. Hukuk düzenince korunmayan, fakat sadece din, ahlak, görgü kuralları kapsamındaki bir menfaat ise, yargının konusunu oluşturmaz⁵². Bu yüzden, bir vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği devlet mahkemeleri önünde gerçekleşen medeni yargılama faaliyeti bakımından her zaman için önem arz etmeyebilir. Diğer bir deyişle, “her şey” özü itibarıyla bir vakıa olmakla birlikte, bu husus, taraflar arasında çekişmeli de olsa “her şey”in – en azından her zaman için - hukuki anlamda da bir vakıa olduğu, yani hukuk kurallarının sonuç bağladığı koşul vakılardan olduğu anlamına gelmez⁵³.

⁴⁹ Bkz. aşağıda I. C. 4. Müspet (olumlu) vakıalar – Menfi (olumsuz) vakıalar.

Bunun gibi, aşağıda yaptığımız bütün sınıflandırmalardaki vakıaların da – iç vakıaların, geleceğe ait vakıaların, yargılama dışı vakıaların vs. - koşul vakıa olması ve yargılamaya kabul edilmesi hâlinde ispatı gerekir; ispat edildikten sonra hukuk bu vakıalara uygulanacaktır. Bkz. aşağıda dn. 69.

⁵⁰ Pekcantez, Atalay, Özkes, *Usul Ders* 367; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz 374; Nur Bolayır, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması ve Hâkimin Rolü* (Vedat 2014) 13; Deschenaux 10; Hırş 13; Bilge Umar, ‘İsbat Yükü Kavramı ve Bununla İlgili Diğer Bazı Kavramlar’ (1962) 28 (3-4) İÜHF 790-798, 790-791; Yılmaz O, *Hukukun Vakıaya Uygulanması* 912. Karş. Alangoya 7.

⁵¹ Bkz. yukarıda I. A. Vakıa kavramı.

⁵² Özkes, *Hukuki Sebep* 761.

⁵³ Bkz. yukarıda I. A. Vakıa kavramı.

Yargılamada hukuken önemli vakıaların tespiti bakımından hukuk kurallarından yola çıkılması önem taşımaktadır. Çünkü hukuk dilinde hukuk kuralları, vakıaların yahut davranışların doğruluğunu yahut yanlışlığını anlamaya, test etmeye yarayan bir mihenk taşı (*touchstone*) konumundadır⁵⁴. Mihenk taşı, Türkçe sözlükte “*Altın, gümüüş vb. madenlerin ayarını anlamak için sürtüldükleri bir tür taş*” olarak tanımlanmaktadır⁵⁵. Buna göre, bir vakıanın bir hukuki sonuç doğurup doğurmayacağını anlamak için, vakıalar karşısında âdeta bir “mihenk taşı” konumunda olan hukuk kuralından yararlanılacaktır. “Vakıa”, mihenk taşı konumunda olan “hukuk normu” üzerinde denenecek, böylece vakıa hukuk normu ile karşılaştırılacak, vakıanın hukuken ne anlam ifade ettiği, yani o vakıanın hukuk karşısında değeri anlaşılacaktır. Bu ise, o hukuk normunun o vakıaya bağladığı sonuç olacaktır.

Bu noktada, öğretide Özekes de hukuk kurallarından yola çıkılmasının önemine dikkat çekmekte, bir hukuki gerekçeden, hukukun tanıdığı bir haktan hareket edilmeyip içine gerçeklerin değil duyguların karıştırılmasıyla kendince bir vakıa anlatımı yolunun tercih edilmesi halinde maddi vakıaların dahi maddi vakıa niteliğini kaybedip “*sübjektif vakıa*” haline geldiğini belirtmektedir⁵⁶.

2. Vakıalar hakkında her yönden tüketici bir sınıflandırmanın yapılmasının zorluğu

Öğretide vakıaların çeşitli sınıflandırmalara⁵⁷ tabi tutulduğu görülmektedir. Ancak hayatın bir ifadesi olan vakıalar sonsuz bir çeşitlilik gösterir. Bu sebeple vakıalar aslında hiçbir sınıflandırmaya sığmaz, her türlü sınıflandırmanın dışına taşar⁵⁸. Nitekim öğretide Nomer, usul hukuku anlayışına göre, mevcut olan her şeyin⁵⁹ bir vakıa olduğunu, vakıanın bir “*var olup olmama meselesi*” olduğunu belirtmektedir⁶⁰. Yine, öğretide Toraman da vakıalar bakımından bazen nüanslarla birbirinden ayrılan, bazen hukuki olarak karşılığı olan sınıflandırmaların tahdidi olmadığını ifade etmektedir⁶¹.

⁵⁴ Hanneke van Schooten, ‘Law as Fact, Law as Fiction: A Tripartite Model of Legal Communication’, *Interpretation, Law and The Construction of Meaning, Collected Papers On Legal Interpretation in Theory, Adjudication And Political Practice*, (Editörler: Anne Wagner, Wouter Werner Deborah Cao) (Springer 2007) 3-20, 5.

⁵⁵ *Güncel Türkçe Sözlük* <www.tdk.gov.tr> Erişim tarihi 31 Mart 2019.

⁵⁶ Bkz. Özekes, *Hukuki Sebep* 758.

⁵⁷ Örneğin Gürdoğan, Dış vakıalar – iç vakıalar, geçmişe ait vakıalar – halen mevcut vakıalar, müspet vakıalar – menfi vakıalar, yargılama dışı vakıalar – yargılamadan hasıl olan vakıalar şeklinde ayrımlar yapmıştır. Gürdoğan 260 vd. Aynı sınıflandırma için bkz. Yılmaz O, *Hukukun Vakıaya Uygulanması* 898. Alangoya ise yapmış olduğu vakıa tanımında, dış vakıalar – iç vakıalar, geçmiş vakıalar – halen mevcut vakıalar ayrımlarına işaret etmektedir: “...vakıa bir hukuk normunun unsur vakıalarını karşılayabilecek, zaman ve mekân ile belirli, dış dünyaya (dış vakıalar – *äussere Tatsachen*) veya insanın iç dünyasına (içsel-deruni vakıalar, *innere Tatsachen*) ilişkin cereyan etmiş veya halen mevcut durumlardır.” Alangoya 75.

⁵⁸ Deschenaux 17. Vakıaları dörtlü bir ayırmda ele alan Gürdoğan da, aynı sebeple, aslında böyle bir sınıflandırmanın “imkânsız” oluşuna dikkat çekmiştir. Gürdoğan 260.

⁵⁹ Aynı yönde: Gürdoğan 260; Göksu 326.

⁶⁰ Ergin Nomer, *Davada Yabancı Kanun* (1972) 5.

⁶¹ Toraman 88.

Buna göre vakıa, bir “*olay*”, “*nitelik*”, “*bağıntı*” veya “*durum*”⁶²; insanın dışarıda tezahür eden filleri, sözleri, hareketleri, yaptığı akitler, yazılar, imal ettiği şeyler, vukuf, kast, niyet, rıza⁶³; olabilir. Yine, sözleşmenin geçerliliği yahut mülkiyet hakkının varlığı⁶⁴, evlilik bağı⁶⁵ gibi, bir hakkın veya hukuki ilişkinin kendisi de, diğer bir deyişle birtakım sebep vakıaların birleşmesiyle meydana gelmiş hukuki sonuç da (sonuç vakıası), diğer başka hukuki sonuçlar bakımından bir vakıa olabilir (sebeb vakıası). Aynı şekilde, örneğin, şirket merkezinin belli bir yerde bulunup bulunmamasının, kişinin o şirketin ortağı olup olmamasının ve davalı şirketin o şirket olup olmamasının (husumet bakımından), kişinin şirket genel kurul toplantısına katılıp katılmamış olmasının da, şirket genel kurul kararının iptali dava dilekçesinde bildirilebilecek maddi vakıalar arasında gösterildiği görülmektedir⁶⁶.

Her ne kadar vakıaların her yönden tüketici bir sınıflandırması yapılamayacak ise de “vakıa” kavramını büyük ölçüde açıklayıcı olması açısından, vakıalar hakkında yapılmış bazı (örnekleyici) sınıflandırmalara yer vermek tümüyle faydasız olmayacaktır. Bu sebeple, aşağıdaki açıklamalarda esas olarak öğretilde *Gürdoğan*’a atfedilen⁶⁷ bir sınıflandırmadan yararlanılacaktır.

Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, vakıalar bakımından asıl önemli olan, onların, hukuki anlamda vakıa olup olmadığıdır⁶⁸. Bu sebeple, bir vakıanın, aşağıdaki tüketici olmayan sınıflandırmalardan herhangi birine girmesi onun mutlakla hukuken önem arz eden bir vakıa olduğunu göstermez. Bunun gibi, hukuki anlamda önem ifade eden, koşul vakıa niteliğindeki bir vakıanın aşağıda yer verilecek çeşitli yönlerden sınıflandırmalara dâhil edilememesi de o vakıanın hukuki anlamda bir vakıa olma niteliğine zarar vermeyecektir.

Vakıaların bu şekilde çeşitli yönlerden sınıflandırılmasındaki amaç, hukuken önemli vakıa olmak şartıyla, çekişmeli ve uyumsuzluğun çözümüne etkili olduğu ölçüde (ve tabii

⁶² Toraman 86.

⁶³ Gürdoğan 261; Yılmaz O, *Hukukun Vakıaya Uygulanması* 898.

⁶⁴ Deschenaux 10.

⁶⁵ Namlı 58.

⁶⁶ “*HMK 119/1-e maddesine göre davacı, iddiasının dayanağı olan bütün vakıaları bildirmekle yükümlüdür. Bu maddeyi değerlendirirken, iddiamızın sınırlarını doğru çizmek zorundayız. Görevli ve yetkili mahkeme her ne kadar iddiamız gibi görünmüyor ise de özünde, bunlar da bizim iddiamızı oluşturmaktadır. Örneğin bir anonim şirketin genel kurulunda alınan bir kararın iptali davası açılacak ise, şirketin merkezinin maddi vakıa olarak bildirilmesi gerektiğine inanmaktayız. Çünkü ortaklarla şirket arasındaki davalar şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde açılır, bu husus kamu düzenine aittir. Aynı şekilde, böylesi bir davada davacı olabilmek, şirket ortaklarına ilişkin haklardandır. O halde, davacının şirket ortağı olduğu da bir şekilde belirtilmelidir. Bu maddi vakıa aynı zamanda şirketin davalı olduğunu da gösteren maddi vakıadır. TTK ya göre, toplantıya katılan ortak ile toplantıya katılmayan ortağın hangi konularda, genel kurul kararının iptali davası açabileceğini hükme bağlamıştır. Bu nedenle, toplantıya katılıp katılmadığımızı da maddi vakıa olarak belirtmemiz gerekecektir. Elbette kararın iptali için ileri sürdüğümüz maddi vakıaları da belirtmemiz gerekecektir. Bu belirtmeyi yaparken, yasanın aradığı koşulların yanı sıra, Yargıtay kararlarından da yararlanmamız gerekir. Örneğin genel kurula katılan bir ortağın iptal davası açması için sadece olumsuz oy kullanması yeterli olmamaktadır. Olumsuz oyunun yanı sıra, muhalefetini bildirmiş olması ve bunu toplantı tutanağına işletmesi de gerekmektedir.” Ender Dedeğaç, ‘Stajyerler için HMK: Üçüncü Bölüm, Dava Dilekçesinin Hazırlanması’ (3 Eylül 2013) <http://enderdedeagac.blogspot.com.tr/2013_09_01_archive.html> Erişim tarihi: 31 Mart 2019.*

⁶⁷ Bkz. Gürdoğan 260-262; Bolayır 12, dn. 11; Toraman 88, dn. 356; Gökso 326.

⁶⁸ Bkz. yukarıda I. A. Vakıa kavramı, I. C. 1. Hukuken önemli vakıalar.

olduğu ispat rejimi çerçevesinde) ispatı mümkün olacak ve böylece davada “*hukukun uygulanması suretiyle hüküm verilmesine yarayacak*” vakıaların ne şekillerde zuhur edebileceğini, tüketici olmasa da çeşitli vakıa türlerini büyük ölçüde kapsayıcı bir sınıflandırma dahilinde ortaya koymaktır. Buna göre aşağıda yer verilen her bir başlık altındaki vakıalar (dış vakıalar, iç vakıalar, müspet vakıalar, menfi vakıalar ...) ispatın konusu olabilir⁶⁹. Şu hâlde, dış vakıalar hukuken önemli vakıa olmak şartıyla, çekişmeli ve uyuşmazlığın çözümüne etkili olduğu ölçüde ispatın konusu olacağı gibi, iyiniyet gibi iç vakıalar da hukuken önemli vakıa olmak şartıyla, çekişmeli ve uyuşmazlığın çözümüne etkili olduğu ölçüde ispatın konusu olmak bakımından vakıa kapsamında yer alacak ve ispatlandığı takdirde iç vakıalara da hukuki sonuç bağlanacaktır. Gerçekten de TMK m. 3 hükmü gereğince: “*Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda...*” iyiniyet hukuken önemli bir iç vakıa konumunda olacağı gibi, çekişmeli ve uyuşmazlığın çözümüne etkili olduğu ölçüde iyiniyetin varlığı gerek “... *asil olan iyiniyetin varlığıdır*” (TMK m. 3, f. 1) hükmü gerekse “...*durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz*” (TMK m. 3, f. 2) hükmü de göz önünde tutularak ispat edilmek gerekecektir⁷⁰. Yine, geçmişe ait, tamamlanmış vakıalar yahut varlığı halen devam eden veyahut yeni meydana gelen vakıalar, hukuken önemli vakıa olmak şartıyla, çekişmeli ve uyuşmazlığın çözümüne etkili olduğu ölçüde (ve tabii olduğu ispat rejimi çerçevesinde) ispatın konusu olabileceği ve ispatlandığı takdirde bu vakıalara hukuki sonuç bağlanabileceği gibi; geleceğe ait, gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde olan, farazi, varsayımsal vakıalar, örneğin, destekten yoksun kalma tazminatında, gelecekte ölenin desteğinden yoksun kalınması sebebiyle uğranacak (ihtimal dâhilindeki) kayıplar da hukuken önemli vakıa olmak şartıyla, çekişmeli ve uyuşmazlığın çözümüne etkili olduğu ölçüde (ve tabii olduğu ispat rejimi çerçevesinde) ispatın konusu olabilecek ve ispatlandığı takdirde bu gibi vakıalara da hukuki sonuç bağlanabilecektir⁷¹. Aşağıdaki açıklamaların da bu bağlamda değerlendirilmesi gerekir.

3. Dış vakıalar – iç vakıalar

a) Dış vakıalar

Vakıalar, dış vakıalar olabileceği gibi, içsel, manevi, ruhsal vakıalar da olabilir⁷². Dış vakıalar tabiat olayları olabileceği gibi insanın dışarıda tezahür eden davranışları da olabilir. İnsandan kaynaklanan dış vakıalar insanın sözlü ve sözlü olmayan davranışları, yazdığı yazılar, imal ettiği şeyler olabilir⁷³.

⁶⁹ Bu yönde: Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (Tıpkı 8. Baskı, Beta 2011) 306. Ayrıca yukarıda dn. 49.

⁷⁰ Bkz. aşağıda I. C. 3. b) İç vakıalar.

⁷¹ Bkz. aşağıda dn. 147.

⁷² Gürdoğan 260-261; Bilge, Önen 490-491; Deschenaux 18.

⁷³ Gürdoğan 260-261; Deschenaux 18.

(1) Hukuki olay

Hukukun netice bağladığı olaylara hukuki olay denmekte olup her olay hukuki olay değildir⁷⁴. Hukukun sonuç bağlamadığı olaylar ise, “hukuken önemsiz olay” yahut “hukuk dışı olay” olarak adlandırılabilir⁷⁵.

Görüldüğü üzere, “hukuki olay” (ve bu arada, “hukuk dışı olay”) tanımı, yukarıda bahsedilen “hukuki anlamda vakıa”⁷⁶ (ve bu arada, “hukuk dışı vakıa”) kavramına çok benzemektedir. Kanaatimizce yukarıda ifade edildiği üzere⁷⁷ gerek öğretilerde, gerek mahkeme kararlarında vakıa, olgu ve “olay”, “hayat olayı” kavramlarının kullanımında bir yeknesaklık bulunmamasının, bunun gibi Türk Medeni Kanununda olgu sözcüğünün; Hukuk Muhakemeleri Kanununda ise, vakıa kavramının tercih edilmesinin sebebinin, hukuki olay ve hukuki vakıa kavramlarının içeriği arasındaki benzerliğin bir sonucu olduğu ifade edilebilir.

(2) Hukuki fiil

Öngörülen hukuki sonucun istenip istenmemesi (daha doğrusu, bu yönde bir iradenin beyan edilip edilmemesi) önem arz etmeksizin, hukukun sonuç bağladığı iradi kişi davranışlarına hukuki fiil denir⁷⁸. Buradaki iradi davranış bir şeyin yapılması veya yapılmaması olabilir; ancak iradenin ürünü olmayan olaylar yahut dış dünyaya yansımamış irade (örneğin dış dünyaya yansımamış düşünceler) bu anlamda hukuki fiil sayılmaz⁷⁹.

Görüldüğü üzere, hukuki fiiller öğretilerde *Gürdoğan*’ın dış vakıalara verdiği örnekler arasındaki “insanın dışarıda tezahür eden davranışları”⁸⁰ nı ilgilendirmektedir. Nitekim yazarın dış vakıalara verdiği örnekler, “insanların fiilleri (sözleri, jestleri, tavırları) veya beşeri faaliyetin mahsulleri (yazılar, imal edilen şeyler)”dir⁸⁰.

Hukuki fiiller de geniş anlamıyla hukuki olay (yahut, yukarıda izah edildiği üzere hukuki olay kavramına çok benzeyen “hukuki vakıa”⁸¹) kapsamındadır; fakat hukuki olay kavramıyla daha çok, hukuki fiil (dar anlamda hukuki olay) kavramına girmeyen hukuki olaylar kastedilmektedir (geniş anlamda hukuki olay)⁸².

(3) Hukuka uygun fiiller

İradi insan davranışı, hukuk kuralının istediği şekilde, yani hukuka uygun

⁷⁴ Oğuzman, Barlas 169; Dural, Sarı 187; Öztan B, *Medeni Hukuk* 83.

⁷⁵ Dural, Sarı 187.

⁷⁶ Bkz. yukarıda I. A. Vakıa Kavramı ve I. C.1 Hukuken önemli vakıalar.

⁷⁷ Bkz. yukarıda I. A. Vakıa kavramı.

⁷⁸ Oğuzman, Barlas 170; Dural, Sarı 188; Öztan B, *Medeni Hukuk* 84.

⁷⁹ Dural, Sarı 188.

⁸⁰ Gürdoğan 261.

⁸¹ Bkz. yukarıda I. C. 3. a) (1) Hukuki olay.

⁸² Oğuzman, Barlas 170; Dural, Sarı 188; Öztan B, *Medeni Hukuk* 84.

olabileceği gibi; hukuk kuralının istemediği şekilde, yani hukuka aykırı da olabilir. Şu halde, hukuki fiiller hukuk düzeni tarafından uygun görülüp görülmemelerine göre ikiye ayrılır: hukuka uygun fiiller ve hukuka aykırı fiiller⁸³.

Hukuk kuralı belli bir davranışı yasaklıyorsa bu davranışı yapmamak; belli bir davranışta bulunmayı emretmişse bu davranışı yapmak hukuka uygundur. Hukuk kuralı bir davranışta bulunmayı yasaklamıyor yahut emretmiyor, böylece o davranışta bulunmayı kişinin iradesine bırakmışsa, bunu yapmak veya yapmamak da hukuka uygundur. Hukuka uygun fiiller, hukuken olumlu kabul edilebilecek sonuçlar doğuracaktır.

(a) İrade açıklamaları

(i) Hukuki işlemler

Bir kısım “vakıalar” (örneğin ölmek, doğmak gibi) kişinin iradesinden tamamen bağımsız olarak gerçekleşir⁸⁴. Ancak bir kısım “vakıalar” tamamiyle iradidir; bunlar bir hakkın doğumu, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi gibi belirli bir hukuki sonuca varmak amacıyla yapılan ve başlıcalarını “sözleşmelerin” oluşturduğu tasarruflardır⁸⁵. Dış vakıalar kapsamında verilen örnekler arasındaki insanların “sözleri”, “yazdığı yazılar” bu kapsamda değerlendirilebilir.

Kişinin, iradi bir davranışı ile, *belli bir hukuki sonuca yönelmiş irade beyanında* bulunması ve bu irade beyanına hukuk tarafından bu beyanın içeriğine uygun hukuki sonucun bağlanması halinde hukuki işlem den söz edilir⁸⁶. Diğer hukuka uygun fiillerde failin o yönde bir *irade beyanı* (açıklaması) olup olmadığı önem arz etmemektedir⁸⁷. Hâlbuki *irade beyanı*, hukuki işlemin kurucu unsurudur⁸⁸.

(ii) Hukuki işlem benzeri fiiller

Hukuki işlem benzeri fiiller, hukuki işlemlere benzer; fakat hukuki işlemlerden ayrılır. Çünkü burada da bir *irade açıklaması* gereklidir; fakat buradaki irade açıklaması, hukuki işlem benzerinin hukuki sonucuna değil, pratik sonucuna yöneliktir. İrade açıklamasının hukuki işlem benzerinin hukuki sonucuna yönelik olması aranmaz. Hukuki sonuç, irade açıklamasının *hukuki işlem benzerinin hukuki sonucuna* yönelik olmasından bağımsız olarak meydana gelir⁸⁹.

⁸³ Dural, Sarı 188-189; Öztan B, *Medeni Hukuk* 84-85.

⁸⁴ Başgil 351.

⁸⁵ Başgil 351-352.

⁸⁶ Oğuzman, Barlas 170-171; Dural, Sarı 189, 192; Öztan B, *Medeni Hukuk* 86; Hasan Erman, *Medeni Hukuk Dersleri*, (3. Baskı, Der 2010) 64 vd; İlhan Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları* (1964) 38.

⁸⁷ Oğuzman, Barlas 170; Erman 64.

⁸⁸ Oğuzman, Barlas 184 vd; Dural, Sarı 189, s. 207, s. 192; Öztan B, *Medeni Hukuk* 86; Erman 65.

⁸⁹ Oğuzman, Barlas 171; Dural, Sarı 190; Öztan B, *Medeni Hukuk* 87.

Hukuki işlem benzeri fiillere verilebilecek klasik örnek temerrüt ihtarı olmaktadır. “*Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.*” (TBK m. 117) Alacaklı, ihtar ile, borçlunun borcunu ödemesini hedeflemektedir, yani irade beyanı pratik bir sonuca yönelmektedir. Borçlunun temerrüde düşmesi ise, alacaklının temerrüt sonucunu, yani (pratik bir sonucu hedefleyerek yapmış olduğu irade beyanına bağlanan) hukuki sonucu (borçlunun temerrüdü) istemiş olup olmamasından bağımsız olarak gerçekleşmektedir⁹⁰.

(b) Maddi fiiller

Maddi fiiller de hukukun sonuç bağladığı, hukuka uygun fiillerdir. Burada bir irade açıklaması olmaksızın, maddi dünyada değişiklik yapmaya yönelmiş bir fiil vardır. Hukuki sonuç da bir irade açıklamasına değil, işte bu maddi fiile bağlanmıştır. Bu sebeple maddi fiiller, hukuki işlemlerden ve hukuki işlem benzeri fiillerden ayrılır⁹¹. Genel olarak hukuki fiiller ve bu arada maddi fiiller failin iradesi ürünü olabilmekle beraber, doğurduğu hukuki sonuçlar failin iradesi dışında meydana gelmektedir; bu itibarla hukuki işlem ve hukuki fiil birbirinin zıddı kavramlar olmaktadır⁹². Gerçekten, bir kısım vakıalar iradeden tamamıyla hariç olmamakla birlikte, kanun bunları ika eden failde kast veya irade aramamakta ve sadece vakıadan hasıl olan neticeye göre hüküm vermektedir⁹³. Diğer bir deyişle alelade maddi fiiller, aslında sadece maddi dünyadaki sonuçlara yönelir fakat, “*bir takım hukuki münasebetlerle arızı olarak irtibat tesis etmeleri dolayısıyla ve bu münasebetlerin icabı olarak hak ve vecibe tevhit eder*”⁹⁴.

Dış vakıalar kapsamında verilen örnekler arasındaki insanların “*imal ettikleri şeyler*” bu kapsamda değerlendirilebilir. Gerçekten, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 1/B maddesine göre “eser”, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini (karş. “imal ettikleri şeyler”); aynı madde ile FSEK m. 8, f. 1’e göre “eser sahibi” ise, “eseri meydana getiren kişiyi” ifade etmektedir. Bu kapsamda, eserin yaratılması, “yaratma vakıası” (*Schöpfungsakt*) maddi bir fiil

⁹⁰ Oğuzman, Barlas 171; Dural, Sarı 190; Öztan B, *Medeni Hukuk* 87; Yine, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borcun ifa edilmemesi üzerine alacaklının seçimlik haklarını kullanabilmesi için kural olarak (TBK m. 124’teki hâller hariç) borçluya süre vermesi gerekir. Alacaklının süre vermekteki amacı, borcun ifasıdır; kanun ise alacaklının bunu bilmesine ve istemesine gerek kalmaksızın alacaklıya seçimlik haklar tanımaktadır. Bu sebeple, borçluya süre verilmesi de hukuki işlem olmayıp, irade açıklaması olmak bakımından hukuki işlem benzeri irade açıklaması kapsamına girmektedir. Hukuki işlem benzeri irade açıklamalarının ispat rejimi hakkında ayrıca bkz. Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Memnuiyeti* 44-47. Yenilik doğuran haklardan olmak üzere, kiracının kira bedelini ödemede temerrüdü sebebiyle kiracıya süre verilerek yapılan feshin bildiriminin (TBK m. 315) ise farklı olduğu ve hukuki işlem niteliği taşıdığı yönünde: Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Memnuiyeti* 47, 57.

⁹¹ Oğuzman, Barlas 171; Öztan B, *Medeni Hukuk* 87.

⁹² Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Memnuiyeti* 38.

⁹³ Başgil 351.

⁹⁴ Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Memnuiyeti* 38-39.

(*Realakt*) olup⁹⁵ bir hukuki işlem değil, korunmaya değer bir ürün ortaya koymaktır. Eser sahipliğinden doğan haklar yaratma fiiliyle kendiliğinden, hukuk düzeni gereği (“*ipso iure*”) doğar. Bunun için herhangi bir iradenin açıklanması, ergin olmak yahut ayırt etme gücüne sahip olmak, herhangi bir hukuki işlem, herhangi bir tescil aranmamaktadır⁹⁶.

Yine, örneğin, TMK m. 775’e göre “*Bir kimse başkasına ait bir şeyi işler veya başka bir şekilde sokarsa, emeğin değerinin o şeyin değerinden fazla olması halinde, yeni şey işleyenin, aksi halde malikin olur.*” Burada kişinin bu fiili, ilgili şeyin mülkiyeti kazanmak için yaptığına yönelik bir irade beyanında bulunması gerekmez⁹⁷. Kişi başkasına ait bir şeyi işler veya başka bir şekilde sokar ve emeğinin değeri de o şeyin değerinden fazla olursa o şey işleyenin olur.

(c) *Bilgi, tasavvur, haber verme açıklamaları*

Kişinin bilgi, tasavvur ve haber verme açıklamalarına hukuki sonuç bağlandığı takdirde, olmuş bir olgu hakkında bilgi verilmesi, bir hususun başkalarına bildirilmesi şeklinde bir hukuki fiilden bahsedilebilir⁹⁸. Bilgi, tasavvur, haber verme açıklamalarına örnek olarak borcun ikrar⁹⁹ edilmesi, temsil yetkisi verildiğinin üçüncü kişilere bildirilmesi, ayıp ihbarı halleri gösterilmektedir¹⁰⁰.

Öğretide bilgi ve tasavvur açıklamalarının “hukuki işlem benzeri irade açıklaması” kapsamında değerlendirildiği de görülmektedir¹⁰¹.

Dış vakıalar kapsamında verilen örnekler arasındaki insanların “sözleri”, “yazdığı yazılar” bu kapsamda da değerlendirilebilir.

(d) *Duygu açıklamaları*

Duygu açıklamalarında kişinin duygularının, beğenilerinin açıklanması söz konusudur. Kural olarak bu şekildeki açıklamalara hukuk değer atfetmez, ancak nadiren de olsa hukukun sonuç bağladığı ölçüde bu şekildeki açıklamalar da hukuka

⁹⁵ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2012) 12, 143; Fırat Öztan *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan 2008) 235; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaşmalar: Fikri Haklar* (2. Baskı, Turhan 2013) 204; Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Oniki Levha 2015) 55.

⁹⁶ Tekinalp 149; Öztan F, *Fikri Mülkiyet* 235-236; Kılıçoğlu 204; Bozbel 55.

⁹⁷ Oğuzman, Barlas 171; Dural, Sarı 191; Öztan B, *Medeni Hukuk* 88.

⁹⁸ Dural, Sarı 191; Öztan B, *Medeni Hukuk* 88.

⁹⁹ *Karş.* Görüldüğü üzere ikrar “bilgi, tasavvur, haber verme açıklamaları” kapsamında değerlendirildiği gibi, “hukuki işlem benzeri irade açıklaması” olarak da nitelendirilmiştir (bkz. ileride dn. 101). Ancak, ileride ifade edileceği üzere HMK m. 200 hükümünün ikrarı –en azından ispat rejimi bakımından- bir “hukuki işlem” olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Çünkü bu hükümde “*Bir hakkın ... ikrarı ... amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, ... senetle ispat olunması gerekir.*” denmektedir. bkz. aşağıda I. C. 6. a) Yargılama dışı vakıalar.

¹⁰⁰ Dural, Sarı 191; Öztan B, *Medeni Hukuk* 88.

¹⁰¹ Bkz. Erman 66.

uygun fiiller kapsamında olacaktır¹⁰². Örneğin, bazı boşanma sebeplerine ilişkin olarak “*Affeden tarafın dava hakkı yoktur.*” (TMK m. 161, m. 162) Yahut “*Mirastan yoksunluk, mirasbırakanın affıyla ortadan kalkar*” (TMK m. 578, f. 3). Burada kişinin affetme şeklindeki duygu açıklamalarına hukuki sonuç bağlanmıştır¹⁰³.

Öğretide duygu açıklamalarının “hukuki işlem benzeri irade açıklaması” kapsamında değerlendirildiği de görülmektedir¹⁰⁴.

Dış vakıalar kapsamında verilen örnekler arasındaki insanların “sözleri”, “yazdığı yazılar” bu kapsamda da değerlendirilebilir.

(4) Hukuka aykırı fiiller

Hukuk kuralı bazı davranışların yapılmasını veya yapılmamasını emreder¹⁰⁵, bazı davranışları serbest bırakır¹⁰⁶. Hukukun tasvip ettiği şekilde davranılmaz, yani hukuka “aykırı” bir fiil gerçekleştirilirse, hukuk kurallarının devlet gücü ile yaptırımı bağlanmış olması¹⁰⁷ sebebiyle hukuka aykırı bu davranışın da bir yaptırımı olacaktır. Gerçekten, hukuka aykırı fiillere dahi hukuki sonuç bağlanmıştır¹⁰⁸. Yani hukuk kuralı, uygun gördüğü davranışa bir sonuç bağladığı gibi (örneğin; ifanın borcu sona erdirmesi), bu şekilde davranılmaması halini de öngörmüş ve o hale dahi bazı hukuki sonuçlar bağlamıştır (örneğin; sözleşmenin ifa edilmemesinin tazminat sorumluluğu doğurması)¹⁰⁹. Yine, örneğin alacaklının ifayı kabulü hukuka uygun olup bununla borçlu borcundan kurtulacaktır. Alacaklının ifayı kabule yanaşmaması ise hukuka aykırıdır ve bu durum dahi alacaklı temerrüdü kurumu çerçevesinde başka sonuçlara bağlanmıştır (TBK m. 106-110). Bu bağlamda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 11.3.1959 tarih ve E. 1957/23 K. 1959/20 sayılı kararında alacaklının ifayı reddetmesinin (alacaklı temerrüdünün) bir hukuki işlem olmayıp bir (hukuka aykırı) “*maddi vakia*”¹¹⁰ olduğunu, bu sebeple tanıkla ispat edilebileceğini kabul etmiştir¹¹¹.

¹⁰² Dural, Sarı 191.

¹⁰³ Dural, Sarı 191-192; Öztan B, *Medeni Hukuk* 88.

¹⁰⁴ Bkz. Erman 66.

¹⁰⁵ Örneğin, bir kişiyi öldürmek veya yaralamak yasaktır. Dural, Sarı 188.

¹⁰⁶ Örneğin, sözleşme yapmak veya yapmamak kural olarak serbesttir. Dural, Sarı 188.

¹⁰⁷ Dural, Sarı 6 vd; Öztan B, *Medeni Hukuk* 6 vd; Erman 11.

¹⁰⁸ Oğuzman, Barlas 170; Dural, Sarı 188-189; Öztan B, *Medeni Hukuk* 84-85; Erman 64.

¹⁰⁹ Oğuzman, Barlas 170; Dural, Sarı 188-189; Öztan B, *Medeni Hukuk* 84-85; Erman 64.

¹¹⁰ Karş. yukarıda I. C. (3) (b) Maddi fiiller.

¹¹¹ “*Kiralayanın edayı reddetmesi bir hukuki muamele değil, bir maddi vakıadır. Usulün 288. ve sonraki maddelerinde, maddi vakıaların değil, ancak hukuki muamelelerin ispatı bakımından şahit dinlenemeyeceği kabul edilmiş bulunmaktadır. Demek ki maddi vakıalar şahit dinleme yaşağının şümulü dışında kalmaktadır ve bu itibarla alacaklı kiralayanın parayı almaktan kaçındığının şahitle ispatına kanun bakımından bir engel yoktur. Bir an için parayı almaktan kaçınmanın bir hukuki muamele olduğu farzedilse dahi şahit ispat usulün 293. maddesinin 4. bendi hükmünce yine mümkün olacaktır. Zira parayı almaktan kaçınmış olan kiralayanın bu kaçınmasını tespit etmek üzere kiracıya bir senet vermiş olması ve kiracının kiralayandan böyle bir senet istemiş olması adet bakımından asla düşünülemez.*” (RG 1.8.1959/10268 22280).

b) İç vakıalar

Vakıalar, dış vakıalar olabileceği gibi, içsel, manevi, ruhsal vakıalar da olabilir¹¹².

Maddi hukuka ilişkin ders kitaplarında “hukuki olay” kapsamında yapılan açıklamalarda “hata”, “niyet”, “ittıla” gibi¹¹³ örnekler verilmediği; verilen örneklerin daha çok dış dünyaya ilişkin olduğu; “niyet”, “kasıt” gibi, kişinin iç dünyasına ilişkin, “irade”nin kendisine bir vakıa yahut hukuki olay olarak değinilmediği; fakat bu irade, bilgi yahut duygunun dış dünyaya açıklanması olan “*irade beyanı*”, “*bilgi, tasavvur açıklaması*”, “*duygu açıklaması*” gibi, dış dünyaya ilişkin örnekler verildiği görülmektedir¹¹⁴. Bu sebeple, bu çalışmada, maddi hukuk öğretisinde “hukuki olaylar” kapsamında yapılan açıklamalara “dış vakıalar” başlığı altında yer verilmiştir.

Oysa, hukuki anlamda “vakıalar” – en azından maddi hukuka ilişkin ders kitaplarında ele alındığı şekliyle - sadece hukuki “olay” ve “fiiller” (ve bunların alt ayrımlarındaki kavramlar) ile, diğer bir deyişle dış dünya ile sınırlı değildir. Nitekim “olay” sözcüğünün vakıayı tam olarak karşılamadığı da ifade edilmişti¹¹⁵. Çünkü yukarıda ifade edildiği üzere, usul hukuku anlamında vakıa, hukuki anlamda vakıa¹¹⁶ olmak şartıyla “her şey” olabilir¹¹⁷.

Gerçekten de, vakıaların sınıflandırılmasında yapılan dış vakıalar – iç vakıalar ayrımında, iç vakıalar dış vakılardan ayrılmaktadır. Buna göre iç vakıalar “*ya hasselerimize ait intibalar (görme hatası gibi) yahut hissi veya fikri sahamıza ait olan vakıalardır (vukuf [bilme], uttilâ [öğrenme], kasıt, niyet, rıza gibi)*”¹¹⁸. *Bir şeyden haberli olma, iyi veya kötüniyetli bulunma, rıza fesadına uğrama gibi hususlar; manevi, ruhsal vakıalardır*¹¹⁹. İç vakıalar da bazı dış vakıalarla tezahür ettiğinden vakıa tespitine (ispata) konu olup, bu anlamda dış vakıalar gibi “gerçek anlamda bir vakıadır”¹²⁰.

Görüldüğü üzere, “*vukuf [bilme]*”, “*uttilâ [öğrenme]*”, bir şeyden haberli olma gibi haller “iç vakıalar”a örnek verilmektedir.

Bu anlamda, somut bir örnek olarak bir kimsenin “*bir hususu bilmesi*”ne bir vakıa olarak HMK m. 225’te rastlanmaktadır. Yeminin konusunu düzenleyen HMK m.

¹¹² Gürdoğan 260-261; Bilge, Önen 490-491; Deschenaux 18. *Alangoya* da vakıaların tanımını yaparken dış vakıalar – iç vakıalar ayrımına değinmektedir. “...vakıa bir hukuk normunun unsur vakıalarını karşılayabilecek, (...) dış dünyaya (dış vakıalar – äussere Tatsachen) veya insanın iç dünyasına (içsel-deruni vakıalar, innere Tatsachen) ilişkin (...) durumlardır.” Alangoya 75.

¹¹³ Bkz. Ansay 252; Gürdoğan 261.

¹¹⁴ Bkz. yukarıda I. C. 3. a) (3) Hukuka uygun fiiller başlığı ve alt başlıklarındaki açıklamalar.

¹¹⁵ Bkz. yukarıda I. A. Vakıa kavramı.

¹¹⁶ Bkz. yukarıda I. C. 1. Hukuken önemli vakıalar.

¹¹⁷ Bkz. yukarıda I. C. 2. Vakıalar hakkında her yönden tüketici bir sınıflandırma yapılmasının zorluğu.

¹¹⁸ Gürdoğan 261; Bolayır 12.

¹¹⁹ Bilge, Önen 490-491.

¹²⁰ Gürdoğan 261.

225'e göre: "Yeminin konusu, davanın çözümü bakımından önem taşıyan, çekişmeli olan ve kişinin kendisinden kaynaklanan vakialardır." Buna göre, yeminin konusu vakıalar olup, hâkim hukuku resen uygulayacağından, hukuki sebepler, hukuki meseleler, hukuki takdirler¹²¹ yemine konu edilemez¹²².

Yeminin konusu olan vakıa dış âlemde mevcut bir hadise olabileceği gibi, kişinin iç âlemini ilgilendiren bir hadise de olabilir¹²³. Nitekim HMK m. 225'e göre "Bir kimsenin bir hususu bilmesi onun kendisinden kaynaklanan vakıa sayılır." Görüldüğü gibi, bir kimsenin "bir hususu bilmesi", yeminin konusu olmak bakımından bir vakıa olarak kabul edilmiştir. Örneğin, kişinin iyiniyetli olup olmadığı hakkında¹²⁴, yahut mirasçılara miras bırakanları tarafından yapılan bir hukuki işlemi (veya vakıayı) bilip bilmedikleri hakkında¹²⁵ yemin teklif edilebilir.

Yine, herhangi bir hukuki duruma ittıla (o hukuki durumun öğrenilmesi) bir vakıadır; ve ittila keyfiyeti hukuki sonuçlar doğurabilmektedir. Örneğin, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde paylı mülkiyette paydaşın hisse satışına ittilandan (öğrenmesinden) itibaren bir ay içinde önalım hakkı kullanılmazsa hakkın sukûtu sonucu meydana gelmekte idi (743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 658, f. 3)¹²⁶.

¹²¹ Örneğin "ortada mücbir bir sebep bulunup bulunmadığı, rızanın fesada uğrayıp uğramadığı, bir kişinin ehliyeti haiz olup olmadığı gibi hususlar" yemine konu olamaz. Bilge, Önen 588.

¹²² Bkz. Tez, İkinci Bölüm, I. D. 2. d) (3) Hukuki sebeplerin yemine konu olması.

¹²³ Bilge, Önen 588.

¹²⁴ Üstündağ, *Medeni Yargılama* 687; Pekcanitez, Atalay, Özeker, *Usul Ders* 444.

¹²⁵ Kuru, Arslan, Yılmaz, *Usul* 408. Bu yönde: "İspat olanağı bulunmayan durumlarda yasal temsilci veya mirasçıya edayı bilmediğine and yöneltilebilir (...) Davalıların 'mümeyyiz olmayan miras bırakanlarının böyle bir geri verme borcu bulunduğunu ve para aldığı bilmedikleri konusunda and' yöneltilecek sonucuna göre karar verilmesi gerekir." Yargıtay 4. HD 18.4.1972 (1973) RKD 93-95.

¹²⁶ Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Memnuiyeti* 40.

Karş. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 733, f. 2 ve 3 yasal önalım hakkı bakımından ve m. 735, f. 3 ise bu hükme atf yoluyla sözleşmeden doğan önalım hakkı bakımından öğrenmeyi değil, noter aracılığıyla yapılan bildirim esas almaktadır. Buna göre, noter yoluyla bildirim yapılmamışsa, önalım hakkı sahibinin satışı kesin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olması sürenin işlemesine yol açmayacaktır: "743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin kabul ettiği sisteme göre, şuf'a hakkı satışı ve onun esaslı unsurlarını öğrenen paydaş tarafından kullanılan yenilik doğurucu bir haktır ve sahibinin kullanma beyanıyla vücut bulmaktadır. Bu hak dava açılarak kullanılabilirdiği gibi şuf'a hakkının kullanılacağı ortaya koyan ve herhangi bir surette muhatabına iletilen bir irade açıklaması ile de kullanılabilir. Beyanın herhangi bir şekli yoktur; ancak ispat yönünden yazılı olması yeterlidir. Şuf'a ile ilgili bu eski yasal düzenlemede, a) hakkın devamı süresi, b) hakkın kullanım süresi ve c) hakkın korunma süresi olmak üzere üç tür süre söz konusu olup; hakkın devamı süresi, müşteri mülkiyet halinin devam ettiği süre içinde hakkın varlığını korumasını; hakkın kullanım süresi, satışı öğrenmeye başlayan ve hakkın kullanılmasını gereken yasal hak düşürücü süreyi; hakkın korunma süresi ise satış tarihinden başlayarak hakkın kullanılabilirdiği en fazla süreyi ifade etmektedir. Şuf'a hakkı sahibinin bu hakkı kullandığı yasal süresi içinde karşı tarafa açık irade beyanı ile bildirmiş olması halinde, satış tarihini takip eden on yıllık süre içinde dava açabileceği kabul edilmektedir. Yasal düzenlemedeki boşluklar uygulamada İçtihadı Birleştirme Kararları ile giderilmeye çalışılmıştır. (...) Şu durumda; 4721 Sayılı Kanunla yasal önalım hakkı için getirilen yeni sistem daha sıkı kurallara ortaya koymakta; bu tür taleplerin belli sürelerde, belli şekil ve koşullarda kullanılmasını gereğini önemli bir yenilik olarak getirmektedir. Kısacası, yasal önalım hakkının kullanılmasını için gerekli sürenin başlaması konusunda bu yasal değişiklikten sonra geçerli olan kural; "öğrenme" olgusu değil "bildirim" olgusunun söz konusu olmasıdır. Bu bildirim de herhangi bir bildirim değil, noter vasıtasıyla yapılacak bildirimdir. Madde metninde "bildirilir" şeklinde kullanılan ifade kesinlik taşıdığı gibi, sürenin "bildirimden" başlayacağı da devamı fıkrada açıkça ve kesin olarak ifade edilmiştir. Bu açık düzenleme karşısında süre mutlaka bildirimden itibaren başlayacağından bildirim yapılmamışsa hak sahibinin satışı öğrendiği ileri sürülerek hak düşürücü sürenin başlatılması ve hak düşümü sonucunu doğurması olanaklı değildir. Eş söyleyişle; yasal önalım hakkının kullanılmasını için öngörülen üç aylık hak düşürücü süre, satışın, önalım hakkı sahibine alıcı veya satıcı tarafından noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Önalım hakkı sahibinin satışı kesin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olması sürenin işlemesine yol açmaz." Yargıtay HGK 21.9.2005 E. 2005/6-358 K. 2005/470 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019.

Bunun gibi, haksız fiilden kaynaklanan tazminat davasının zamanaşımı haksız fiilin ve failinin öğrenilmesinden itibaren başlar (TBK m. 72, f. 1). Buradaki öğrenme vakıası (ittıla) zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasını sağlayan (iç) vakıa olmaktadır¹²⁷.

Öğretide *Gürdoğan*'ın “kasıt” ve “niyet” hallerini de “iç vakıalar” kapsamında verdiği örnekler arasında zikrettiği¹²⁸ görülmektedir. Bu bakımdan, öğretilde, TMK m. 3 anlamında iyiniyet veya kötünüyetin de, hakkın doğumunu sağlayan veya onu bertaraf eden bir “vakıa” olduğu ifade edilmiş, TMK m. 3 anlamında iyiniyet veya kötünüyetin halleri maddi hukuk manasında “itirazlar” kapsamında değerlendirilmiştir¹²⁹. Bilindiği üzere itirazlar bir hakkın doğumuna engel olan veya o hakkı sona erdiren “vakıa”lardır. Defi ise, borçluya verilmiş bir hakır¹³⁰. Bu çerçevede öğretilde *Kuru* da Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 14.2.1951 tarih ve E. 1949/17 K. 1951/1 sayılı kararına¹³¹ atıf yaparak, davacının kötünüyetli olması TMK m. 724'e¹³² dayanarak hak talep etmesine engel olduğundan, kötü niyetin hakkın doğumuna engel bir itiraz sebebi¹³³ olduğunu; bu nedenle mahkeme tarafından kendiliğinden gözetileceğini ifade etmektedir¹³⁴.

Şu halde, dış vakıalardan ayrı olarak, insanın iç dünyasına ait bazı içsel ve hukuken önem arz eden, hukuki vakıaların da mümkün ve hukuk sistemimiz açısından geçerli olduğu, böylece hukukun uygulanabilmesi için hukuken önem arz eden bu türden vakıaların da, çekişmeli ve uyuşmazlığın çözümüne etkili olduğu ölçüde ispatının gerekeceği sonucuna varılmaktadır.

¹²⁷ Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Memnuiyeti* 40.

¹²⁸ Gürdoğan 261.

¹²⁹ Üstündağ, *Medeni Yargılama* 344.

¹³⁰ Bkz. *Tez*, Üçüncü Bölüm, II. A. 2. a) Genel olarak itiraz kavramı; *Tez*, Üçüncü Bölüm, II. A. 3. a) Genel olarak defi kavramı.

¹³¹ Yargıtay İBKG 14.2.1951 E. 1949/17 K. 1951/1 sayılı ilgili kararında “vakıa ve karinelere olayda kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olan kimsenin kötünüyetin diğer tarafa ispat ettirilmesine artık sebep ve vecih kalmayacağına ve dava hakkının doğumunu sağlayan veya bertaraf eden iyi ve kötünüyetin bu durumda mahkemeye resen nazara alınabileceğine” karar vermiştir. <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019.

¹³² TMK m. 724: “Yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa, iyiniyetli taraf uygun bir bedel karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesini isteyebilir”. 743 sayılı (mülga) Medeni Kanununun 650.maddesine karşılık gelmektedir.

¹³³ Ancak Yargıtay İBKG 17.5.1991 E. 1991/1 K. 1991/2 sayılı kararında, uyuşmazlığın “kötünüyetin keyfiyetinin def'i mi itiraz mı olduğu noktasından çıkmadığı” belirtilmiştir: “İçtihadı birleştirme kararının incelenmesinden; uyuşmazlığın, **kötünüyetin iyiniyet keyfiyetini def'i mi, itiraz mı olduğu noktasından çıkmadığı, bu yönün tartışma konusu olmadığı** anlaşılmaktadır. İçtihadı birleştirme kararında tartışılan ve varılan sonuç, olay ve karinelere kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olan kimsenin kötünüyetin diğer tarafa isbat ettirilmesine gerek ve yer kalmayacağına ve dava hakkının doğumunu sağlayan veya bertaraf eden iyi ve kötünüyetin özel olarak bu durumda mahkemeye resen (görevden ötürü) nazara alınabileceği doğrultusunda olup başkaca herhangi bir değişiklik ve ilave yapılmasına gerek bulunmamaktadır (...) herhangi bir değişiklik yapılmasına gerek olmadığına, 17.5.1991 gününde ilk toplantıda üçte ikiyi geçen çoğunlukla karar verildi.” <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019.

¹³⁴ *Kuru, Cilt: II* 1813-1814.

4. Müspet (olumlu) vakıalar – Menfi (olumsuz) vakıalar

Vakıalar müspet yahut menfi¹³⁵ olabilir¹³⁶. Örneğin, borcun olmaması menfi bir vakıa iken, borcun ödendiği vakıası müspet bir vakıadır; borcun bulunmadığı yolundaki menfi vakıa, borcun ödendiğine dair müspet vakıa ile ortaya konabilir¹³⁷. Bundan başka, TMK m. 132 anlamında kadın için bekleme süresinde kadının önceki evliliğinden “*gebe olmadığı*” anlaşılması; TBK m. 37 anlamında korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer tarafın korkutmayı “*bilmemesi*” veya “*bilecek durumda olmaması*”; TBK m. 112 anlamında “*borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi*”; TBK m. 27 anlamında sözleşmenin konusunun “*imkânsız*” olması; TBK m. 77 anlamında kişinin “*haklı bir sebep olmaksızın*” bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşmesi; TBK m. 526 anlamında kişinin “*vekâleti olmaksızın*” başkasının hesabına iş görmesi; “*ahlâka aykırı*” olma, “*kusuru bulunmama*” halleri de menfi vakıalara örnek olarak gösterilebilir¹³⁸.

Menfi vakıa – müspet vakıa ayrımı, özellikle, menfi vakıaların ispatı sorunu bakımından önem arz eder¹³⁹. Hukuk kuralının hukuki sonuç bağladığı vakıa menfi olarak düzenlenmiş olabilir. İşte, menfi vakıaların ispatı bakımından önem arz eden menfi vakıalar, hukuk kuralının hukuki sonuç bağladığı ve menfi olarak düzenlenmiş koşul vakıalarıdır¹⁴⁰. Koşul vakıaların menfi olarak düzenlendiği hükümlerde, hukuki sonucun doğması için, belli durumların mevcut “*olmaması*” yahut bazı vakıaların “*gerçekleşmemesi*” koşul olarak düzenlenmiştir¹⁴¹. Bu sebeple -her ne kadar bazen zor ve dolaylı yoldan olsa da - menfi vakıaların dahi ispatı gerekir¹⁴². Örneğin TMK m. 132’deki (MK m. 95) kadının bekleme süresinde kadının önceki evliliğinden “*gebe olmadığı*” anlaşılması” menfi bir doğal vakıaya hukuki sonuç bağlanmasının

¹³⁵ Menfi vakıalar da kendi içerisinde çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulabilir. Menfi koşul vakıaların içerikleri bakımından yapılan: a) Doğal olaylar ve süreçler b) Zihni süreçler veya durumlar c) Davranış biçimleri, d) Belli özellikler e) Hukuki ilişkiler f) Değer yargıları olmak üzere altılı ayırım için Bkz. Atalay, *Menfi Vakıalar* 71-74 arasındaki açıklamalar. Atalay menfi vakıalara bağlanan hukuki sonuca göre, dolayısıyla menfi vakıayı koşul vakıa olarak belirleyen hukuk kuralının türüne göre de üçlü bir ayırım yapmaktadır: a) hak doğurucu kurallardaki menfi koşul vakıalar, b) hakkı engelleyici kurallardaki menfi koşul vakıalar, c) hakkı sona erdirici kurallardaki menfi koşul vakıalar. Atalay, *Menfi Vakıalar* 74-76.

¹³⁶ Pekkantez, Atalay, Özkes, *Usul Ders* 370.

¹³⁷ Gürdoğan 262. “Menfi tespit davası” ile “menfi vakıa” farklı kavramlardır. İİK m. 69 ve m. 72’deki menfi tespit davaları bakımından menfilik hukuki sonuca yönelik olup, ispatın konusu olan vakıaların da menfi olmasını gerektirmez. Buna göre menfi tespit davalarında da, kural olarak, taraflar müspet vakıalar ileri sürer ve davacı veya davalı tarafından bunların (müspet vakıaların) ispatına çalışılır. Ancak İİK m. 89, f. 3’teki menfi tespit davasında menfi bir vakıayı ispat yükü özel olarak davacıya yüklenmiştir. Atalay, *Pekkantez Usul-Cilt: II* 1728-1730.

¹³⁸ Örnekler için bkz. Atalay, *Menfi Vakıalar* 71-74.

¹³⁹ Pekkantez, Atalay, Özkes, *Usul Ders* 370 vd; Gürdoğan 262.

¹⁴⁰ Pekkantez, Atalay, Özkes, *Usul Ders* 371; Atalay, *Menfi Vakıalar* 64-76. Hukuk kurallarının “hukuki sonuç” kısmı da menfi biçimde öngörülmüş olabilir. Yani hukuk kuralının menfi (hakkın engellenmesi, hakkın sona ermesi veya hakkın bertaraf edilmesi) bir sonucu olabileceği gibi, hukuk kuralı içeriği menfi bir hak da (örneğin, adı haksız yere kullanılan kişinin bunun önlenmesini talep etme hakkı) doğurabilir Atalay, *Menfi Vakıalar* 61-62.

¹⁴¹ Atalay, *Menfi Vakıalar* 64-65.

¹⁴² Atalay, *Pekkantez Usul-Cilt: II* 1630-1631. Menfi vakıaların ispatının kural olarak mümkün olduğu; ancak “belirsiz menfi vakıaları” bertaraf edecek müspet vakıalar sonsuz sayıda olduğundan, “belirsiz menfi vakıalar” bakımından gerçekten de bir ispat imkansızlığının bulunduğu, bununla birlikte bu imkansızlığın ispat hukukundaki “*norm teorisine*” göre, ispat yükünün ispat konusu vakıayı düzenleyen hukuk kuralındaki menfi vakıaya dayanan tarafta olduğu yönündeki genel kuraldan sapmayı gerektirmeyeceği yönünde: Atalay, *Pekkantez Usul-Cilt: II* 1724-1728.

örneğidir¹⁴³. Burada kadının önceki evliliğinden gebe olmadığına anlaşılmasına bir hukuki sonuç bağlanmıştır ve bu hukuki sonuç, bekleme süresinin mahkemece kaldırılmasıdır. Bekleme süresinin kaldırılabilmesi için, kadının “gebe olmadığına” ispatı gerekir¹⁴⁴.

5. Gerçekleştiği zamana göre vakıalar

a) Geçmişe-hale-geleceğe ait vakıalar

Vakıalar geçmişe ait, tamamlanmış vakıalar olabileceği gibi, varlığı halen devam eden yahut yeni meydana gelen vakıalar da olabilir¹⁴⁵.

Vakıalar geleceğe ait, gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde olan, farazi, varsayımsal vakıalar da olabilir (*fait hypothétique*). Örneğin, destekten yoksun kalma tazminatında, gelecekte ölenin desteğinden yoksun kalınması sebebiyle uğranacak (ihtimal dâhilindeki) kayıplar bu kapsamda değerlendirilmiştir¹⁴⁶. Böylece, ispatın konusu vakıalar olduğundan, destekten yoksun kalmak suretiyle uğranan farazi, varsayımsal kayıplar, diğer bir deyişle “geleceğe ait vakıalar” da, çekişmeli ve uyuşmazlığın çözümüne etkili olduğu ölçüde, ispatın konusu olabilecektir¹⁴⁷.

¹⁴³ Atalay, *Menfi Vakıalar* 72. Karş. (mülga) MK m. 95: “...gebe kalması mümkün olmadığı”.

¹⁴⁴ Atalay, *Menfi Vakıalar* 71-72.

¹⁴⁵ Gürdoğan 261; Bolayır 12.

¹⁴⁶ Gürdoğan 262; Bolayır 12 – 13 ve oradaki dn. 12’de anılan “Henri Deschenaux, *Le Titre Préliminaire du Code Civil, Fribourg (1969) 223*”.

Çağa’ya göre de, destekten yoksun kalma tazminatı “müstakbel hakların” dava edilmesine örnek teşkil etmektedir. Ona göre, örneğin temerrüt faizi ve nafaka alacağının dava edilmesinde de “müstakbel hakların” dava edilmesi söz konusudur. Bkz. Tahir Çağa, ‘Mahkemece Hüküm Verilirken Dava Tarihindeki mi Yoksa Hüküm Tarihindeki Maddi ve Hukuki Durum mu Esas Tutulmalıdır’, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VIII (26-27 Nisan 1991) 137-169, 146.

¹⁴⁷ Yargıtay İBKG 22.06.2018 E. 2016/5 K. 2018/6 sayılı kararında (RG 14.11.2018/30595 79) bu hususta sonuç olarak şuna hükmetmiştir: “1. Anne-babanın, çocuğunun haksız fiil ve/veya akde aykırılık sonucu ölmesi nedeniyle açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davalarında, desteklik ilişkisinin varlığının ispatı için Sosyal Güvenlik Kurumundan gelir bağlanması şartının aranmayacağına 22.06.2018 günlü ikinci oturumda esas hakkında oy birliği, 2. Anne-babanın çocuğunun haksız fiil ve/veya akde aykırılık sonucu ölmesi nedeniyle açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davalarında, çocukların anne-babaya destek olduklarının karine olarak kabulünün gereğiğine 22.06.2018 günlü ikinci oturumda esas hakkında 2/3 oy çokluğuyla, karar verilmiştir.” Karşı oy gerekçesinde ise (RG 14.11.2018/30595 96): “**Destekten yoksun kaldığını iddia eden, hakkının doğumu için gereken şartları ispat etmelidir. Bu sebeple, destekten yoksun kalma tazminatının talep edildiği bir davada destek ilişkisinin mevcudiyeti ve zararın varlığı, yani destekten yoksun kaldığı ispatlanmalıdır. Çünkü zararın ispatı, zarar görene düşer (TBK m. 50.f. Ayrık davacılar, bakım ihtiyacını da ispat etmelidir. Nitekim, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 18.2.1967 tarih ve 11870/1389 sayılı kararına göre: “Yoksun kalma tazminatına hükmedebilmek için, ölüm nedeniyle ileride yoksun kalınacağına ve ölenin de bakım gücüne sahip olacağına ispat gerekir.”** Yine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 29.9.1942 tarih ve 1933/2339 sayılı kararma göre: “müteveffanın yardımına muhtaç olup olmadığı hususunda davacı vekilinden beyyine talep olunmak ve müteveffanın yardımına muhtaç olduğunun sübutu halinde maddi zarar miktarı tespit ettirilmek” gerekir. **Öncelikle destek ilişkisi ispat edilmelidir; çünkü destek ilişkisi yoksun, destekten yoksun kalma zararı da söz konusu olmaz.** Davacılar, ölenin ölümü anına kadar kendilerine fiilen yardımda bulunduğu yahut olayların olağan akışında böyle bir yardımcı gelecekte yapacağına beklenebileceğini ispat etmelidirler. Nitekim, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 16.09.2003 tarih ve E. 2003/7075 K. 2003/6974 kararına göre: “Mevcut deliller uyarınca davacılar ölen çocuklarının kendilerine destek olduklarını kanıtlamadıkları için destekten yoksunluk tazminatı alamazlar; maddi tazminat yönünden davanın reddi gerekir.” Yine aynı dairenin 07.11.2017 tarihli, 2016/8180 e.-2017/8970 K. sayılı kararında; davacı anne ve babanın ölenin desteğinden olduklarını ispat etmeleri gerektiği vurgulanmıştır.” görüşleri ifade edilmiş Aynı yönde: A. Selman Arısoy: ‘Çocuğun Desteğinden Yoksun Kalan Ana ve Baba Açısından Bakım İhtiyacı İçine Düşme Şartı’ (2017) 174 LHD 2859-2878, 2872-2876); sonuç olarak ise İçtihadı Birleştirme Kararının “yok hükmünde olduğu” ve uygulamada bir değişiklik meydana getirmeyeceği kanaatine varılmıştır (RG 14.11.2018/30595 96): “Sonuç olarak; **İçtihadı Birleştirme Kararı; açıkça Türk Borçlar Kanununun 50. maddesini ortadan kaldırmaktadır. Ana ve babanın destekten yoksun kalma nedeniyle bundan önce açtıkları ve devam eden ve bundan sonra açacakları maddi tazminat davalarının tamamının kabul edilmesi gerektiği yönünde bir sonuç**

b) Davanın açılması ve sona ermesi anlarına nazaran vakıalar

(1) Davanın açılması anına nazaran vakıalar

Vakıalar davanın açılmasından önce gerçekleşebileceği gibi, davanın açılmasından sonra da gerçekleşebilir. Dava açılmadan önce gerçekleşen vakıalar (davanın ana unsurlarından olan) dava sebebini teşkil eder. Dava açıldıktan sonra meydana gelen, yeni vakıalar¹⁴⁸ ise (uyuşmazlığın çözümüne etki ettiği ve usulüne yargılamaya dahil edilebildiği ölçüde) davanın hallerine yardımcı olabilir¹⁴⁹.

doğuracaktır. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin son dönem kararlarında Ana babaya Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından gelir bağlanmaması koşul olarak değerlendirilmemektedir. Ana ve babanın karine olarak destek göreceklrinin kabulü ise kendi gelirleri bulunduğundan bu delil karşısında ortadan kalkacaktır. Ana ve babanın bu durumda ispat yükü altında olacakları da ortadadır. Zaten, desteğin olmadığı gibi olumsuz bir durumun davalı tarafından başka delillerle kanıtlanmasının beklenmesi hakkaniyete uygun değildir. Gerçekte ortada içtihat farklılığı bulunduğundan değil içtihat zenginliğinden söz edilmek gerekirdi. Yasal mevzuatta açıkça düzenlenen konuya ilişkin olduğundan, bu İçtihatı Birleştirme Kararı yok hükmünde olduğu gibi uygulamada bir değişikliği gerektirmeyecektir. Öte yandan görülmekte olan veya ileride açılacak tüm davaları kesin olarak belli bir şekilde sonuçlandırmayı amaçladığından açıkça hukuksuzdur. Yukarıda açıklanan nedenlerle Sayın çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.”

¹⁴⁸ Dava dilekçesinde bildirilmeyen yeni vakıaların, “mevcut olduğu halde taraflarca bilinmeyen vakıalar” ile “dava açıldıktan sonra vuku bulan vakıalar” olmak üzere iki türlü olduğu yönünde bkz. Cenk Akil, ‘Boşanma Davalarında Vakıaların İleri Sürülmesi Zamanı Meselesinin Yargıtay Kararlarındaki Görünümü’ (2010) 12 (1) DEÜHFD 1-23, 2. dn. 5.

İsviçre Federal Medeni Usul Kanununun 229.maddesi de yeni vakia ve deliller bakımından, gerçek yeni vakıalar (*novas proprement dits*) ve gerçek olmayan yeni vakıalar (*novas improprement dits*) ayrımını yapmaktadır. Buna göre, gerçek anlamda yeni vakıalar, vakıaların ileri sürülebileceği zaman sınırından sonra (dava sırasında) meydana gelen yahut bu zaman sınırından “sonra keşfedilen” vakıaları; gerçek olmayan yeni vakıalar ise vakıaların ileri sürülebileceği zaman sınırından önce var olan fakat gösterilen özene rağmen daha önceden ileri sürülemeyen vakıaları ifade etmektedir. François Chaix, ‘L’apport des faits au procès’, *Procédure civile suisse. Les grands thèmes pour les praticiens*, (Éditeur: François Bohnet) (2010) 116-140, 124-125, N. 26-28. Maddenin 1.fikra metnindeki “yahut sonradan keşfedilen (*ou ont été découverts postérieurement*)” ifadesinin eleştirisi için ayrıca bkz. Chaix 125-126, N. 29-31.

¹⁴⁹ Gürdoğan 262; Yılmaz O, *Hukukun Vakıaya Uygulanması* 898.

Ancak, taraf dilekçelerinin (dava, cevap, cevaba cevap, ikinci cevap) verilmesinden sonra meydana gelen vakıaların davada dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalıdır. Dava, cevap, cevaba cevap veya ikinci cevap dilekçelerinin verilmesinden sonra doğan vakıaların gerek davacı gerekse davalı tarafından ileri sürülebileceği, zira bu durumda ilgili vakıaların varlığı dava, cevap, cevaba cevap veya ikinci cevap dilekçelerinin verildiği tarih itibarıyla bilinmediğinden, bu vakıaların ileri sürülmesinin iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı kapsamında olmadığı yönünde bkz: Kuru, *Cilt: II 1733, 1840-1841*; Kuru, Arslan, Yılmaz, *Usul 299, 317*; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, *Usul 239-240*; Pekcanitez *Pekcanitez Usul-Cilt: II 1251, 1255, 1257*, Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt: I* (Yetkin 2016) 680, 685. Örneğin davanın açıldığı tarihte zamanaşımı gerçekleşmemişken, dava devam ederken zamanaşımı süresinin dolması hâlinde, herhangi bir yasakla karşılanmadan bu hususun ileri sürülebileceği yönünde: Şanal L. Görgün, Levent Börü, Barış Toraman, Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku* (6. Baskı, Yetkin 2017) 347. Talebi inşaaya yarayan ve başlangıçta ileri sürülmesi gereken, hakkın doğumuna, davacının sıfatının tesisine yarayan vakıaların sonradan doğması hâlinde, başlangıçta mevcut olmaması sebebiyle yargılamaya dahil edilemeyeceği; buna karşın, davanın konusuz kalmasını gerektiren yahut tarafların devam eden yargılamaya dahi hâkim olmaları gereğince, mahkeme dışında anlaşmaları ile meydana gelen durumlar ve bunları inşa eden vakıaların, iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağına maruz kalmaksızın yargılamaya dahil edilebileceği yönünde: Üstündağ, *Yasak 121-122*; Üstündağ, *Medeni Yargılama 548*. Bu bağlamda, boşanma davalarında dava açıldıktan sonra meydana gelen vakıaların hüküm temeline esas alınıp alınmayacağı meselesi hususunda bkz. Akil 5-12. Öğretide *Çağa*, “usul ekonomisi” ilkesine dayandırdığı görüşleri çerçevesinde, Türk hukukunun mevcut hükümlerine göre dava tarihinin değil hüküm tarihinin esas alınması gerektiğini savunmaktadır. Çağa 143 vd. Ancak *Çağa*’nın görüşlerinin “olması gereken hukuk”a ilişkin olduğu, usul hukukumuzun hüküm tarihindeki duruma göre karar verilmesini mümkün kılmadığı değerlendirilmiştir. Bu yönde olmak üzere: İsmail Doğanay’ın görüşü için bkz. Çağa 151; Ramazan Arslan’ın görüşü için bkz. Çağa 153-154; Ahmet Kılıçoğlu’nun görüşü için bkz. Çağa 158; Yavuz Okçuoğlu’nun görüşü için bkz. Çağa 164. Nitekim, *Akil* konuyu iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kapsamında incelemiş; sonuç olarak yargılamaya getirilmiş vakıaların açıklanıp aydınlatılabileceğini ancak davanın açılmasından sonra doğan vakıaların da davanın değiştirilmesi ve özellikle de “genişletilmesi” yasağı kapsamında olduğunu, dolayısıyla ancak karşı tarafın muvafakati (6100 sayılı HMK bakımından “açık” muvafakati) veya islah yoluyla ileri sürülebileceği kanaatini ifade etmiştir. Akil 12 vd özellikle 18-19. *Arslan* da usul hukukumuzda taleple bağlılık ve iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı var olduğu sürece, talep dışında yahut yargılamaya getirilenlerden başka vakıalara dayanılarak, yani hüküm anındaki vakıalara göre hüküm verilemeyeceğini, bu yasak ihlal edilmediği sürece dayanılan bütün vakıalara göre hüküm verilebileceğini, örneğin dava şartları zaten resen araştırılacağı için hüküm anında da resen dikkate alınabileceğini ifade etmiştir. Ramazan Arslan’ın görüşü için bkz. Çağa 154-155. *Budak/Karaaslan* ise dilekçeler teatisinden sonra doğan vakıaların ileri sürülebileceği, bunun iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi kapsamında olmadığı yönündeki yukarıda da aktarılan hâkim görüşe atf yapmış [Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, *Medeni*

Sonradan doğan vakıaların yargılamaya dahil edilmesinin mümkün olmadığı ölçüde ise, bu vakıaların ispatı mesmu olmayacağı gibi, bu vakıalara hukuki sonuç bağlanarak, diğer bir deyişle hukukun bu vakıalara uygulanması suretiyle hüküm verilmesi de mümkün olmayacaktır. Örneğin dilekçeler teatisi yapıldıktan sonra ödeme yapılması fakat - bu konuda kabul edilecek görüş çerçevesinde¹⁵⁰- bu vakıanın yargılamaya kabul edilmemesi hâlinde, ödeme vakıasına “bir hakkı (borcu) sona erdirme” şeklindeki hukuki sonuç bağlanarak davacının davası reddedilemeyecektir. İleri sürülen hususun (örneğin ödeme vakıasının) iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağına takılmadan yargılamaya dahil edilebilmesi hâlinde ise, hâkim ileri sürülen yeni vakıalara göre (örneğin ödemenin yapılmış olmasını dikkate alarak) karar verecektir¹⁵¹.

(2) Davanın sona ermesi anına nazaran vakıalar

Vakıalar dava esnasında (yani şekli ve maddi anlamda kesin hüküm etkisi oluşmadan önce) var olan vakıalar ve davanın (kesin hükmün) sonrasında oluşan vakıalar olarak da ayrılabilir. Bu ayrım, kesin hükmün sukut etme tesiri (*Präklusion durch Rechtskraft*) bakımından önem arz etmektedir¹⁵².

Dava esnasında var olan, fakat davada ileri sürülmemiş vakıaların, sonradan yeni bir davada ileri sürülememeleri, kesin hükmü aşan ve kesin hükmü tamamlayan sukut tesiri (“*Präklusionswirkung*”) denilen prensibin sonucudur. Buna göre, aynı hayat olayına ilişkin (ve kesin hükmün sukut tesirine tabi olan) vakıalar, ister davaya getirilsin ister getirilmesin, kesin hükümle düşer; bunlara dayanılarak yeni dava ikamesine kesin hüküm engel olur (*Präklusion*)¹⁵³.

Buna karşılık dava esnasında var olmayan, yani kesin hükümden sonra oluşan vakıaların yeni bir davaya imkân vereceği, yani kesin hüküm etkisine uğramayacağı belirtilmiştir¹⁵⁴.

Usul Hukuku (1. Baskı, Adalet 2017) 184, N. 17], ancak iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının, uygulamada daha çok talep sonucunun artırılması bağlamında ortaya çıktığını, dava sebebi olan vakıaların değiştirilmesi veya genişletilmesi hususunun daha çok teorik tartışmalarda kaldığını, bu konudaki yargı içtihatlarının “*talep sonucu ile ilgili olanlarının aksine dava değiştirmeye imkan verecek şekilde esnek*” olduğunu ifade edilebileceği kanaatini ileri sürmüştür (Budak, Karaaslan 186, N. 24).

¹⁵⁰ Bkz. yukarıda dn. 149.

¹⁵¹ Pekcantez, *Pekcantez Usul-Cilt: II* 1254.

¹⁵² H. Özden Özkaya-Ferendeci, ‘Kesin Hükmün Zaman İtibarıyla Sınırları’, *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin 2009) 183-195, 185 vd.

¹⁵³ Üstündağ, *Medeni Yargılama* 546-547, 706; Alangoya 108, dn. 41’de anılan “*Otto, Die Präklusion (1970) 88 ve sonrası*”; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, *Usul* 239, dn. 41.

Bu konuda “objektif teori” ve “sübjektif teori” olmak üzere iki görüş vardır. *Özkaya-Ferendeci*’nin aktardığı üzere, Alman Federal Mahkemesi’nin de katıldığı hâkim görüşüne göre objektif olarak var olan tüm vakıaların, sübjektif bir ayırım yapılmaksızın (yani, tarafların bilgisi dahilinde olup olmadığına bakılmaksızın) kesin hükmün sukut etme tesirine uğrar, Buna karşın, bu konudaki sübjektif teoriye göre ise sadece tarafların bilgisinde dahilinde olup da ileri sürülmemeyen vakıalar sukut etme tesirine uğrar. Bkz. *Özkaya-Ferendeci* 186-188.

¹⁵⁴ Bilge, Önen 696; *Özkaya-Ferendeci* 191-192 ve oradaki dn. 26’da anılan “*Wolfgang Grunsky, Zivilprozessrecht (11. Aufl., München, 2003) 217, کنار notu 243; Burkhardt Keitel, Rechtskräftiges Urteil und neue Tatsachen im Zivilprozess (Marburg, 1971) 58 ve 59*”.

Buna göre, kesin hükümden sonra açılan bir davada kesin hüküm etkisi ile karşılaşan vakıalar hakkında delil gösterilemeyecek¹⁵⁵, böylece bu vakıalara hukuki sonuç bağlanarak, hukukun bu vakıalara uygulanması suretiyle hüküm verilemeyecektir. Kesin hüküm etkisi ile karşılaşmayan vakıalar ise yeni bir davada ele alınabilecek ve hukukun bu vakıalara uygulanması suretiyle, bu vakıalar hakkında yeni bir hüküm verilebilecektir.

6. Yargılama dışı vakıalar – yargılamadan dolayı meydana gelen vakıalar

a) Yargılama dışı vakıalar

Vakıalar yargılama dışında (davanın açılmasından yahut davanın sona ermesinden, önce veya sonra¹⁵⁶), yahut yargılama sırasında ve yargılama sebebiyle gerçekleşebilir (*au cours de procès*¹⁵⁷). Öğretide Gürdoğan yargılama dışı vakıalara “*mahkeme dışı ikrar*”, yargılama sırasında ve yargılamadan dolayı meydana gelen (yargılamadan hasil olan) vakıalara ise, “ *tarafların talepleri beyanları (ikrar ve inkârları), şahitlerin beyanları, mahkeme muameleleri gibi*” örneklerini vermektedir¹⁵⁸.

Bu ayırım bakımından, ilk olarak yargılama dışı vakıalar incelenecek olursa; öğretide Gürdoğan’ın yargılama dışı vakıalara verdiği örneğin “mahkeme dışı ikrar” olduğu görülmektedir.

Öğretide, bazı yazarlarca, mahkeme dışı ikrarın kesin bir delil olmadığı, hâkimin mahkeme dışı ikrarı doğrulayacak “delil veya belirti varsa”, buna dayanarak hüküm verebileceği, mahkeme dışı ikrarın “takdiri bir delil” olup bununla ancak takdiri delille ispat edilebilecek hususların ispat edilebileceği; mahkeme dışı ikrar bir belge ile “ispat edilirse” “kesin delil” teşkil edeceği ifade edilmiştir¹⁵⁹.

Ancak HUMK’daki “mahkeme dışı ikrar” a ilişkin açık düzenleme (HUMK m. 236, f. 4) HMK’da yer almamıştır. Bu yüzden, “mahkeme dışı ikrar”ın ispatına yönelik delillerin¹⁶⁰, HMK’daki delillere ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi

¹⁵⁵ Atalay, *Pekcanitez Usul-Cilt: II* 1593.

¹⁵⁶ Bkz. yukarıda I. C. 5. b) Davanın açılması ve sona ermesi anlarına nazaran vakıalar.

¹⁵⁷ Deschenaux 19.

¹⁵⁸ Gürdoğan 262; Deschenaux 19.

¹⁵⁹ Bilge, Önen 513, s. 520; Postacıoğlu, *Usul* 565; Kuru, *Cilt: II* 2040-2041; Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku* (21. Baskı, Yetkin 2010) 389; Kuru, *Usul* 250; Kuru, Arslan, Yılmaz, *Usul* 367; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku* (14. Baskı, Yetkin 2013) 652; Pekcanitez, Atalay, Özkes, *Usul Ders* 374; Karşlı, *Medeni Muhakeme* 532; Tanrıver, *Usul* 753.

Yargıtay İBGG, 14.4.1937 E. 1936/39 K. 1937/6 sayılı kararında, bu konuda ihtilafın bulunmadığına, bu sebeple tevhide içtihad mahal olmadığına karar vermiştir: “*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Ticaret Kanununun 680. maddesi hükümlerince esasına şahit dinlenmesine cevaz olan hususlarda mahkeme haricinde vukuu iddia olunan ikrara da şahit istima edilirse de mücerret ikrara şahadet hüküm içni کافی olmayıp her halde şahadet edilen ikrarın sıhhatını teyit edecek delail ve emaratın inzıamı şart olduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 236. maddesi sarahatı iktizasından olmasına ve daire reislerinin beyanatına ve 2. Hukuk Dairesinden ahiren verilen karara nazaran hadisede ihtilaf olmadığı anlaşılmalakla tevhide içtihad mahal olmadığı 14.4.937 tarihinde ittifakla tekerrür etti.*” <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019.

¹⁶⁰ Bizatihi “mahkeme dışı ikrarın” değil. Karş. *Kuru*, HMK’da mahkeme dışı ikrara ilişkin bir düzenleme bulunmamasının,

gerekir. Zira kanaatimizce, öğretide *Gürdoğan*'ın da değerlendirdiği gibi, yargılama dışı “vakıalar” ya davadan önce meydana gelip dava sebebinin (yargılamanın “vakıalarını”) teşkil eder yahut da davadan sonra meydana gelip (yargılamaya dahil edilebildiği ölçüde) davanın çözümlenmesine yardımcı olur¹⁶¹. Her iki halde de, yargılama dışı vakıalar, birer “vakıa”dır. Buna göre, kanaatimizce, (mahkeme içi) ikrarın dahi bir “delil” niteliğinde olmayıp bir taraf usul işlemi olduğu¹⁶² göz önüne alınacak olursa, “mahkeme dışı ikrar” da evleviyetle bir delil olarak değil, ispata tabi bir “vakıa” olarak düşünülmelidir¹⁶³. Nitekim delil olmayıp bir taraf usul işlemi olan mahkeme içi ikrardan farklı olarak, mahkeme dışı ikrarın, mahkeme içi ikrarın özelliklerini taşımadığı ve bir taraf usul işlemi de olmadığı ifade edilmektedir¹⁶⁴.

Bu yüzden, mahkeme dışı ikrar inkâr edilirse “*her diğer vakıa gibi*”, bunun varlığı da deliller vasıtasıyla ispat edilmek gerekir¹⁶⁵. Mahkeme dışı ikrar bir delil ve hatta bir takdiri delil değildir; zira mahkeme dışı ikrar tek başına dikkate alınamaz, diğer delillerle ispat edilmek gerekir¹⁶⁶. Nitekim HMK m. 200, f. 1 hükmü de bu görüşü teyit etmektedir. Buna göre: “*Bir hakkın ... ikrarı ... amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, ... ispat olunması gerekir.*” Zaten HUMK m. 288, f. 2 hükmü de aynı yönde idi: “*Bir*

mahkeme dışı ikrarın “delil” niteliğini değiştirmeyeceği, mahkeme dışı ikrarın “kanunda düzenlenmemiş delillerden” olduğu görüşündedir. Kuru, *Usul* 250; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış: Medeni Usul Hukuku* (Legal 2016) 342. Karş. “*Davalı, jandarmada alınan ifadesinde davacının 24.500 TL’sini kısım kısım ödediğini belirtmek sureti beyanda bulunmuştur. Her ne kadar HUMK 236. maddesinde bu beyan mahkeme dışı ikrar olarak kabul edilmekte ise de HMK’da mahkeme dışı ikrar yer almamaktadır. Bunun yerine HMK 199. Maddede belge olarak kabul edilen delil getirilmiştir. Jandarma önünde yapılan beyan altındaki imza inkâr edilmediğine göre, bu beyanın belge olarak kabul edilerek davalının 24.500 TL aldığının kabulü ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma gerektirir.*” Yargıtay 13. HD 14.1.2013 E. 2012/26378 K. 2013/275 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019.

¹⁶¹ Bkz. yukarıda I. C. 5. b) (1) Davanın açılması anına nazaran vakıalar.

¹⁶² İkrarın niteliği hakkındaki en eski (kadim) görüşlere göre ikrarın delil niteliğinde, hatta “delillerin kraliçesi” (*regina probationum*) niteliğinde olduğu görüşü ile bu konudaki başka görüşler hakkında bkz. Bilge Umar, ‘Muhtevası ve Hukuki Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı’ (1964) 30 (1-2) İÜHF 244-263, 245 vd.; Taylan Özgür Kiraz, *Medeni Yargılama Hukukunda: İkrar* (Bilge 2005) 48-60. Ancak ilk defa *Bülöw* tarafından ortaya atılan, şu an için hâkim görüşüne göre, ikrarın delil olmayıp, vakıayı çekismeli olmaktan çıkararak tek taraflı bir usuli işlem olduğu yönünde bkz. Umar, *İkrar Kavramı* 250 ile s. 246’da atfı yapılan “*Bülöw, Das Geständnisrecht (Freiburg 1899) 44-45*”; Kiraz 58. Aynı yönde bkz. Ansay 261; Berkin 164; Bilge, Önen 279, s. 511-512; Pekcanitez, Atalay, Özkes, *Usul-14. Baskı* 651-652; Pekcanitez, Atalay, Özkes, *Usul Ders* 374; Tanrıver, *Usul* 752; Oğuz Atalay, ‘Delil Kavramı Üzerine’, *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin 2009) 129-138, 133.

¹⁶³ Bkz. yukarıda I. C. a) (3) (c) Bilgi, tasavvur, haber verme açıklamaları. Aynı yönde bkz. Muhammet Özkes, ‘HMK’da İspat ve Deliller Bakımından Getirilen Yenilikler’ <http://web.e-baro.web.tr/uploads/25/6.pdf> (Erişim tarihi: 31 Mart 2019) 5; Amato Sevilen, ‘İkrar Teccezi Kabul Etmez’ (1936) 5 İzmir BD 76-96, 90: “...*tarafardan birinin husumetinin devamı esnasında diğer tarafa yazdığı bir mektuptaki beyanat, ikrar sayılmaz. Çünkü, mektuplar dava evrakından değildir. (...) Senetler, mektuplar ve altındaki imzalar medarı hüküm olabilir; imlen, hukukan ikrar değildir. Başka türlü beyinlerdir.*” “... *mahkeme dışı ikrar bir kanuni delil, dahası delil olarak kabul edilemez. Mahkeme dışı ikrar bir emaretdir. O nedenle zorunlulukla diğer delillerle pekiştirilmesi diğer bir anlatımla güçlendirilmesi gerekir. (H.U.M.K.Md. 236, son F). Başka delillerle veya emaretle takviye edilmeyen mahkeme dışı ikrar herhangi bir delil değerinde kabul edilemez.*” Yargıtay HGK 25.6.1997 E. 1997/2-416 K. 1997/593 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019; “(...) *başka delillerle veya emaretle pekiştirilmeyen mahkeme dışı ikrar usulün 236. maddesinin 4. fıkrası hükümünce her hangi bir delil değerinde değildir*” Yargıtay HGK 17.2.1965 E. 1965/3-102 K. 1965/62 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019.

¹⁶⁴ Kiraz 236. Aynı yönde: Sevilen 90: “...*mahkeme haricinde söylenen sözler, vevleki dava başladıktan sonra olsa bile ikrar sayılmaz.*” Mahkeme dışı ikrarın “geniş anlamda ikrar” kavramına dahil olduğu, böylece “dar (teknik) anlamda ikrar”ın, diğer bir deyişle mahkeme içindeki ikrarın kapsamı dışında kaldığı yönünde: Tanrıver, *Usul* 749, s. 751, dn. 916.

¹⁶⁵ Üstündağ, *Medeni Yargılama* 635.

¹⁶⁶ Kiraz 236, oradaki dn. 28’de anılan “*Bilge Umar, İktisatçılar için Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Ders Notları (1993) 65*”; Özkes, *Yenilikler* 5.

*hakkin ... ikrarı ... amacıyla yapılan hukuki işlemlerin ... ispat olunması gerekir.*¹⁶⁷ Bu sebeple, bir “vakıa” olan mahkeme dışı ikrar, senetle ispat sınırının altındaysa tanık delili ile ispat edilmeye çalışılabilir; ancak tanık delili kesin bir delil olmayıp takdiri bir delil olduğundan, hâkim tanık delilini de diğer deliller gibi serbestçe takdir eder (HMK m. 198); bu ise mahkeme dışı ikrarın bir “takdiri delil” olduğu anlamına gelmez. Bir vakıa olan mahkeme dışı ikrar senetle ispat sınırının üzerindeyse senetle ispat edilmelidir. Çünkü, senetle ispatı zorunlu bir hususun, mahkeme dışı ikrardan bahisle her türlü delille ispat edilebileceği kabul edilse idi, senetle ispat kuralı dolaylı olarak ihlal edilmiş olurdu¹⁶⁸. Bu hususta Fransız Medeni Kanunu’nun 1355.maddesinin mülga hâli anlamlıdır: “*Tanıkla ispatı mümkün olmayan bir talebe ilişkin olduğu sürece mahkeme dışı sözlü ikrar iddiası faydasızdır yahut mesmu değildir(inutile)*”¹⁶⁹. Bütün bunlara göre, kanaatimizce, mahkeme dışı ikrar kesin delillerle ispat edilirse artık, bu harici ikrar kesin veya takdiri bir delil olarak değil, fakat delillerle ispat edilmiş bir “vakıa” olarak yargılamada dikkate alınmalıdır.

Sonuç olarak, kanaatimizce, özellikle de 6100 sayılı HMK’da “mahkeme dışı ikrar”dan bahseden HUMK m. 236, f. 4 gibi bir hüküm bulunmaması karşısında, bir “vakıa” olan mahkeme dışı ikrar ile bunun ispatını sağlayan kesin veya takdiri “deliller”in birbirinden farklı kavramlar olarak düşünülmesi gerekir. Öte yandan, mahkeme dışı ikrarın bir delil olmayıp “vakıa” olduğu böylece belirtildikten sonra, aslında bir delil olmayıp usul işlemi olduğu göz önüne alındığında, mahkeme içi ikrarın da usul işlemi olmak bakımından bir “vakıa” olduğu belirtilmelidir¹⁷⁰. Diğer bir deyişle, aslında, mahkeme dışı ikrar ile mahkeme içi ikrar arasında ispata tabi bir “vakıa” olmak bakımından bir fark bulunmamaktadır.

Öğretide *Gürdoğan*’ın yargılama dışı vakıalar hakkında gösterdiği örnekler arasında yer almayan başka bir örnek vermek gerekirse, mahkeme dışı ikrar örneğinde olduğu gibi, öğretilerde “takas”ın dava dışında kullanılmış olması¹⁷¹ ve yargılamada ileri sürülmesi halinde de, maddi hukuk anlamında bir itirazın söz konusu olduğu ve böylece taraflarca ayrıca ileri sürülmesi dahi dava dosyasından anlaşıldığı takdirde

¹⁶⁷ *Postacıoğlu*’na göre bir hakkin doğumu, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi amacına yönelik bir irade beyanı olmadığından ikrar, hukuki işlem kavramı dışında kalmaktadır. Ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 288, f. 2 (ve HMK m. 200, f. 1) hükmü, ikrarı açıkça hukuki işlem olarak tanımlamıştır. Kaldı ki, yazara göre, madde hükmünde açıkça böyle bir ibare olmasa bile, en azından senetle ispat zorunluluğu ve tanıkla ispat yasağı bakımından ikrarın hukuki işlem sayılması gerekir. *Postacıoğlu, Şehadetle İspat Memnuiyeti* 53.

¹⁶⁸ Ansay 262; Başgil 357; *Postacıoğlu, Şehadetle İspat Memnuiyeti* 54.

¹⁶⁹ Art. 1355: “*L’allégation d’un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile toutes les fois qu’il s’agit d’une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible.*” “ 17 Şubat 1804’ten beri yürürlükte olan madde hükmü 10 Şubat 2016’da değiştirilmiştir, <www.legifrance.gouv.fr> Erişim tarihi 31 Mart 2019.

¹⁷⁰ Bkz. aşağıda dn.179.

¹⁷¹ Takasın dava dışında kullanılmış olmayıp, ilk defa davada ileri sürülmesi konusu ise tartışmalıdır. Bu konuda ayrıca bkz. *Fahrettin Aral, Türk Borçlar Hukukunda: Takas* (2. Baskı, Savaş, 2010) 211-223; *Hüseyin Murat Develioğlu, Takas*, (2. Baskı, Vedat 2012) 227-245; *Saim Üstündağ, ‘Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arz Ettığı Özellikler’* (1960) 25 (1-4) İÜHF 214-224, 217 vd.; *Gökçen Topuz, Seçkin Topuz, ‘Takasın Davada İleri Sürülmesi’* (2008) 57 (3) AÜHF 719-731, 723-729.

dava dışında kullanılmış olan takasın hâkim tarafından resen dikkate alınacağı¹⁷², zira takas beyanının kullanılmasının bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu ve takas hakkının, tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılması hâlinde bozucu yenilik sonucunun doğduğu, buna göre karşılıklı borçların az olanı miktarınca sona erdiği (TBK m. 143) dolayısıyla dava dışında kullanılmış olan takasın yargılamada ileri sürülmesiyle, hakkı sona erdirden bir “vakıa”nın ileri sürülmüş olduğu¹⁷³; bunun ise, daha önce yapılmış bir ibra sözleşmesine yahut ödemeye dayanılmasından “farklı olmadığı” ifade edilmektedir¹⁷⁴. Böylece, dava dışı takasın varlığının ileri sürülmesi hâlinde, davacının iddiaları kabul edilip buna –ibra yahut ödemeye dayanılmasından farklı olmayarak- yeni bir vakıa eklemek suretiyle bir bileşik ikrar yapılmış olmaktadır. Bu sebeple, karşı alacağın varlığı, takas şartlarının gerçekleştiği ve takas beyanının yapıldığı hususlarının –diğer bir deyişle dava dışı takas vakıasının- ispatı, dava dışı takas iddia ederek bileşik ikrarda bulunan tarafta olacaktır¹⁷⁵.

b) Yargılamadan dolayı meydana gelen vakıalar

Öğretide *Gürdoğan*, yargılama dışı vakıalar olarak değerlendirdiği vakıalara sonuç olarak, davanın sebebi olmak yahut davanın halline yardımcı olmak sonucu bağlamışsa da¹⁷⁶, yargılama sırasında ve yargılamadan dolayı meydana gelen (yargılamadan hasıl olan) vakıalar hakkında bir değerlendirmede bulunmamış, sadece bunlara dair örnekler vermekle yetinmiştir. *Deschenaux* ise bu vakıaları “yargılama vakıaları” veya “usul vakıaları” (*faits de procédure*) olarak adlandırmış ve bu vakıaların tümüyle -o zaman için İsviçre’de kantonal düzeyde düzenlenen- usul hukukuna tabi olduğunu belirtmiştir¹⁷⁷.

Bu çerçevede, “yargılama sırasında ve yargılamadan hasıl olan” vakıalara dair olarak verilen “*tarafların talepleri, beyanları (ikrar ve inkârları), şahitlerin beyanları, mahkeme muameleleri gibi*” örnekleri arasında yer alan; tarafların talepleri, ikrarları, öğretide taraf usul işlemleri arasında değerlendirildiği gibi, mahkeme muameleleri de usul işlemlerinin diğer kategorisi olan mahkeme usul işlemleri arasında yer almaktadır¹⁷⁸. Gerçekten örneğin ikrar, yukarıda da ifade edildiği üzere, bir delil

¹⁷² Üstündağ, *Medeni Yargılama* 350; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul-Cilt: II* 1211; Aral, *Takas* 210; Develioğlu 222-223.

¹⁷³ Topuz, Topuz 720-721; Aral, *Takas* 204; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Baskı, Yetkin 2014) 118; Üstündağ, *Takas* 214.

¹⁷⁴ Üstündağ, *Takas* 215 ve oradaki dn. 3’te anılan “*Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (7. Baskı, München und Berlin, 1956) § 104, I, 2; *Arthur Nikisch, Zivilprozessrecht* (2. Baskı, Tübingen, 1952) 264; *Schönke/Schröder/Niese Zivilprozessrecht* (8. Auflage, Karlsruhe, 1956) § 51, IV, 1. ”; Umar, *Şerh* 118.

¹⁷⁵ Kuru, *Cilt: II* 2064; Aral, *Takas* 206; Develioğlu 225-226; Serhat Tolga Sezer, “Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukunda Takas” (yüksek lisans tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 24-25. *Karş. Üstündağ*, dava dışında yapılmış olan takasın davada ileri sürülmesi hâlinde bileşik ikrarın değil “kabul”ün söz konusu olduğu görüşündedir. Bkz. Üstündağ, *Takas* 215, dn. 6.

¹⁷⁶ Bkz. *Gürdoğan* 262.

¹⁷⁷ *Deschenaux* 19 ve oradaki dn. 4.

¹⁷⁸ Usul işlemleri hakkında bkz. Bilge, Önen 275 vd; Pekcanitez, Atalay, Özkes, *Usul Ders* 157 vd; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz 165 vd.

olmayıp, vakıyıyı çekişmeli olmaktan çıkararak bir taraf usul işlemi olarak kabul edilmektedir¹⁷⁹.

Şu halde, “yargılama sırasında ve yargılamadan hasıl olan vakıalar”a örnek verilen haller daha çok usul işlemlerine ilişkin olduğundan, ilk bakışta, bunlarla esas olarak usul işlemlerinin kastedildiği düşünülebilir. Bu yüzden, ilk olarak, kısaca usul işlemlerinin tanımına yer vermek yerinde olacaktır.

Usul işlemleri, davanın açılmasıyla beraber taraflar ve mahkeme arasında oluşan üçlü dava ilişkisinde, hükmün elde edilmesine kadar, taraflar ve mahkeme tarafından davanın görülmesi ve neticelendirilmesi için birbiri ardına yapılan ve “*biri diğerinin şartı veya sonucu olan*”, yargılamaya etki eden işlemlerdir¹⁸⁰. Bu tür işlemlerin bir araya gelmesiyle “yargılama faaliyeti” ortaya çıkmaktadır¹⁸¹.

Görüldüğü üzere, usul işlemlerinin tanımı, yukarıda ifade edilmiş olan vakıa tanımıyla benzeşmektedir. Nitekim orada da ifade edildiği üzere, vakıalar “*birtakım olayların dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç*” olarak tanımlanmaktadır. Böylece vakıalar bir sebep vakıası olabileceği gibi, bir sonuç vakıası da olabilmekte; hukuk kuralları birbirleriyle öylesine eklenmektedir ki, bir hukuk kuralının ortaya koyduğu (hukuki) sonuç, diğerinin (koşul) vakıalarına dâhil olmaktadır¹⁸².

Usul işlemlerinin yapılmaları ve etkileri usul hukuku alanında olmaktadır¹⁸³. Nitekim bugün kabul edilen geniş anlamda usul işlemi tanımına göre usul işleminin, “*etkisi usul hukukunda ortaya çıkan işlemler*” olduğu, bunların etki ve koşullarının usul hukuku tarafından düzenlenmesinin ise gerekmediği ifade edilmektedir¹⁸⁴. Bununla birlikte, bazı hallerde bir işlem etkisini hem usul hukuku alanında hem de maddi hukuk alanında gösterebilir, yani çift karakterli olabilir. Fakat bu durum, onun usuli işlem olma niteliğini etkilemeyecektir¹⁸⁵.

Şu hâlde, kanaatimizce, usul işlemleri, etkileri usul hukukunda ortaya çıkan işlemler olduklarından bir “usuli vakıa” (*fait de procédure*) olarak değerlendirilebilmelidir. Usul işlemleri bu bağlamda bir “usuli vakıa” olarak değerlendirilirse birtakım usul işlemleri, usuli bir sebep vakıası olarak diğer bazı usul işlemlerinin şartı olabileceği

¹⁷⁹ bkz. yukarıda dn. 162.

¹⁸⁰ İsmail Hakkı Karafakih, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (1952) 84; Bilge, Önen 275; Pekcanitez, Atalay, Özkes, *Usul-14. Baskı* 253; Karşlı, *Medeni Muhakeme* 353; Nilüfer Boran-Güneysu, “İşlem Türleri ve Usuli İşlemin Bu İşlem Türleri Arasındaki Yeri”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin 2009) 172; Ergun Önen, “Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmeyiz” (1976) 1 ABD 26-39, 26.

¹⁸¹ Yılmaz E, *Islah* 128.

¹⁸² Bkz. yukarıda I. A. Vakıa kavramı.

¹⁸³ Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, *Usul* 161-162; Pekcanitez, Atalay, Özkes, *Usul-14. Baskı* 255; Yılmaz E, *Islah* 127-128; Boran-Güneysu, *İşlem Türleri* 173; Önen, *Feragat ve Kabul* 26.

¹⁸⁴ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz 165.

¹⁸⁵ Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, *Usul* 162; Erdönmez Pekcanitez *Usul-Cilt: I* 438.

gibi; sebep vakıası şeklindeki birtakım usul işlemlerinin bir arada bulunması ile sonuç vakıası (sonuç) olarak başka bir usul işleminden yahut usuli vakıadan da bahsedilebilecektir. İşte yargılama faaliyeti de birbirinin sebebi veya sonucu olan bu usuli vakıalar ile meydana gelecek; usuli vakıalar usul hukukunda etki gösterecek, diğer bir deyişle usul hukuku bakımından önem arz edecek ve usul hukuku “usuli vakıa” olarak tezahür eden bu işlemlere uygulanacaktır.

Örneğin, yazılı yargılama usulünde (HMK m. 118 vd.) davacının cevap dilekçesi üzerine, davalı cevap dilekçesi verebilecektir. Davacının cevaba cevap dilekçesi verebilmesi ve böylece davasını değiştirebilmesi ve genişletebilmesi için ise, davalının cevap dilekçesi vermiş olması gerekir. Çünkü, davacının cevaba cevap dilekçesi vermesi, cevap dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren işlemeye başlayan bir süre içinde geçerli olmak üzere kendisine verilmiş bir imkândır. Davalı cevap dilekçesi vermemiş ise, davacının cevaba cevap dilekçesi verebilmesi ve davasını değiştirebilmesi veya genişletebilmesi mümkün olmayacaktır; yani, davanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı bu hâlde dava dilekçesiyle başlamış ve dava, yalnızca dava dilekçesindeki vakıa ve deliller çerçevesinde inşa edilmiş olacak, bu çerçevede incelenip karara bağlanacaktır¹⁸⁶. Diğer bir deyişle, davalının cevap dilekçesi vermemesi şeklindeki usuli vakıa karşısında usul hukuku hükümleri uygulanarak davacının dava dilekçesine ilave olarak ileri süreceği yeni vakıalar, deliller ve dahi yeni dilekçeler reddedilecektir. Böylece bir usul işlemi olan cevap dilekçesinin verilmemesi şeklindeki “*prosedürün inkişafına müessir bir içtinap*”¹⁸⁷ bir usuli vakıa ve dahi davacının bundan sonra vereceği

¹⁸⁶ Kuru, *Usul-İstinaf* 272; Tanriver, *Usul* 659-660; Orhan Eroğlu, ‘Medeni Usul Hukukunda Davaya Cevap ve Cevap Dilekçesi Vermemenin Sonuçları’ (2018) 2 ABD 25-68, 48. *Karş. Pekcanitez*’e göre ise, cevap dilekçesinin verilmemesi hâlinde iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı, davalı bakımından “*cevap süresinin sona ermesinden sonra*” başlayacağı gibi, cevaba cevap dilekçesi veremeyecek olan davacı için de “*cevap süresinin sona ermesinden sonra*” başlayacaktır. Pekcanitez, *Pekcanitez Usul-Cilt: II* 1269.

Buna karşın, davalının cevap dilekçesi vermesinden sonra, süresi içinde ilk itirazlar ileri sürmemek kaydıyla, yeni vakıa ve deliller ileri sürebileceği, diğer bir deyişle, cevap dilekçesinin verilmesinden sonra cevap süresi geçmemişse, davacının cevaba cevabı beklenmeksizin, ek cevap dilekçesi ile yeni vakıa ve deliller ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Pekcanitez, *Pekcanitez Usul-Cilt: II* 1247; Eroğlu 45. Hatta Yargıtay 4. HD 8.10.2009 E. 2009/9479 K. 2009/10860 sayılı olup, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde verilmiş olan şu kararı dahi bu yöndedir: “*Dava dilekçesi davalıya 19.9.2007 günü tebliğ edilmiş ve 20.9.2007 günlü cevap dilekçesine ek olarak verilen 21.9.2007 günlü cevap dilekçesi ile davalı tarafından zamaşaşımı def’inde bulunulmuştur. 20.9.2007 günlü ilk cevap dilekçesi henüz davacıya tebliğ edilmeden ek cevap dilekçesi verilerek zamaşaşımı def’i ileri sürüldüğüne, ilk cevap dilekçesi ile ek cevap dilekçesinin birlikte davacıya tebliğ edildiği anlaşıldığına göre yerel mahkemenin, zamaşaşımı def’inin savunmanın genişletilmesi yasağı kapsamında kaldığı biçimindeki değerlendirmesi doğru değildir.*” <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019. Buna karşın, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde verilmiş olan başka bir kararının karşı oy yazısında, davalının cevap süresi geçtikten sonra zamaşaşımı defini ileri sürdüğü anlaşılmaktadır. Karşı oy yazısında ise, süresi geçmese bile verilen dilekçenin değiştirilemeyeceği veya genişletilemeyeceği görüşü şu şekilde savunulmuştur: “*Eldeki dava 03/12/2012 de açılmış, dava dilekçesi davalıya 14/12/2012 de tebliğ edilmiş, davalı iki haftalık süre geçtikten sonra 02/01/2013 de verdiği cevap dilekçesiyle zamaşaşımı def’inde bulunmuştur. (...) Kıyasen uygulanması gereken önemli bir hüküm de 131. maddedir. Buna göre “Cevap dilekçesinin verilmesinden sonra, cevap süresi dolmamış olsa bile ilk itirazlar ileri sürülemez.” Maddenin gerekçesinde “Davalının, cevap dilekçesini vermekle artık usuli itirazlarını bildirdiğini veya böyle bir itirazının olmadığını ve esasa girdiğini kabul etmek gerekir.” demek suretiyle Kanun Koyucu amacını açıkça belirtmiştir. Zamaşaşımı da bir def’i olup cevap veya ikinci cevap dilekçesiyle dermeyan edilebildiğine göre aynı hüküm bunun için de geçerlidir. Diğer bir deyişle verilen bir dilekçe, süresi geçmese bile değiştirilememekte ve yenilenememektedir.*” (Yargıtay 4. HD 23.12.2014 E. 2014/3100 K. 2014/17664 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019).

¹⁸⁷ Postacıoğlu, *Usul* 335; Karşılı, *Medeni Muhakeme* 355. Nitekim usul işlemleri olumlu (müspet) işlemler olabileceği, olumsuz işlemler de (içtinaplar) olabilmektedir. Bilge, Önen 278; Üstündağ, *Medeni Yargılama* 416; Abdurrahim Karşılı, *Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler* (2001) 172 vd; Erdönmez, *Pekcanitez Usul-Cilt: II* 436.

dilekçelerin dinlenebilmesi için koşul (sebeup) vakıa olarak tanımlanmış olacak, cevap dilekçesinin verilmemesine rağmen verilen yeni dilekçeye usul hukuku uygulanarak, bu dilekçe hakkında (davayı genişlettiği veya değiştirdiği ölçüde, dinlenmemesi gerektiği yönünde) usule ilişkin bir karar verilecektir.

Çift karakterli usul işlemlerinde ise, kanaatimizce ilgili usul işlemi bir yandan usuli işlem olarak etkisini usul hukuku alanında gösterecek; böylece ya yukarıda izah edildiği gibi diğer usuli işlemlerin sebep vakıası olacak veya birtakım usul işlemleri birleşerek, usuli bir sonuç vakıası şeklinde tezahür eden başka bir usul işlemini meydana getirecektir. Diğer yandan bu usul işlemi etkisini maddi hukuk sahasında da gösterecek böylece hak ve borçların kaynağı, davanın sebebi olacak; hâkim de, etkisini maddi hukuk sahasında gösteren bu işlemlere maddi hukuku uygulayarak (o davada veya diğer davalarda) hüküm verebilecektir¹⁸⁸. Diğer bir deyişle, hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ait unsurları bünyesinde bulunduran usul işlemleri bakımından usul hukukuna ilişkin kuralların yanı sıra maddi hukuk kuralları da uygulama alanı bulacaktır¹⁸⁹.

Yukarıda verilen örnek üzerinden gidilecek olursa, bilindiği üzere davanın açılmasının hem usul hukuku bakımından hem de maddi hukuk bakımından bazı sonuçları vardır ki zamanaşımının kesilmesi (TBK m. 154, b. 2) bunlardan biridir; diğer bir deyişle davanın açılması (zamanaşımının kesilmesi hususunda) çift karakterli bir usul işlemi olarak tezahür etmektedir¹⁹⁰. Davanın açılmasının maddi hukuktaki etkisi olan zamanaşımının kesilmiş olması sonucu, o dava bakımından uyuşmazlığın çözümüne etkili bir vakıa olacağı gibi, başka bir dava bakımından da uyuşmazlığın çözümüne etkili bir vakıa olabilecektir. Hâkim de, etkisini aynı zamanda maddi hukuk sahasında da gösteren davanın açılması vakıasına, o davada ve diğer davalarda, uygulanması gereken maddi hukuk kurallarını uygulayarak alacağın zamanaşımına uğradığını veya uğramadığını tespit edecek ve hükmünü ona göre verecektir. Örneğin zamanaşımının kesilmiş sayılması için davanın maddi hukuka göre gerçek alacaklı tarafından, maddi hukuka göre gerçek borçluya karşı açılmış olması gerekir¹⁹¹; aksi takdirde gerçek borçluya karşı zamanaşımı kesilmez¹⁹². Dolayısıyla yanlış hasım gösterilerek dava açıldıktan sonra, gerçek borçluya karşı açılan (ikinci) davada hâkim, ilk davanın açılması şeklindeki çift karakterli usul işlemine (usuli vakıaya) zamanaşımının kesilmesine ilişkin maddi hukukun uygulanması suretiyle, ilk davanın yanlış hasma karşı açıldığına, bu sebeple ilk davanın açılmasının zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurmadığına hükmedecektir.

¹⁸⁸ Bu yönde bkz. yukarıda I. B. Vakıaların önemi; 1. Hak ve borçların kaynağı olması bakımından, 2. Davanın sebebi olması bakımından, 3. Hukukun uygulanması bakımından.

¹⁸⁹ Tanrıver, *Usul* 422.

¹⁹⁰ Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, *Usul* 162.

¹⁹¹ *Karş.* Yukarıda dn. 66 ve civarı.

¹⁹² Umar, *Şerh* 368-369; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul-Cilt: II* 1170-1171.

Öte yandan, usul işlemlerinin sadece – öğretide *Gürdoğan*'ın yapmış olduğu sınıflandırmada olduğu gibi - “yargılama sırasında ve yargılamadan hasil olan” (yargılamadan dolayı meydana gelen) işlemlerden ibaret olduğu söylenemez. Çünkü her ne kadar usul işlemleri daha çok dava açıldıktan sonra yapılmakta ise de, dava açılmadan önce özellikle geçici hukuki korumalar kapsamında yapılan usul işlemleri de vardır¹⁹³. Ayrıca, taraf usul işlemlerinin esas karakteri davaya etki etmesidir; yoksa mutlaka bu muamelelerin mahkemede yapılması gerekli değildir¹⁹⁴.

Şu halde, öğretide *Gürdoğan*'ın yaptığı yargılama dışı vakıalar – yargılamadan dolayı meydana gelen (yargılamadan hasil olan) vakıalar ayrımındaki “yargılama sırasında ve yargılamadan hasil olan” vakıaların, usuli işlem kavramıyla tam olarak özdeş olmadığı görülmektedir. Nitekim bu hususta yazarın “yargılama sırasında ve yargılamadan hasil olan (yargılamadan dolayı meydana gelen)” vakıalara ilişkin olarak verdiği “*şahitlerin beyanları*” örneği de bu görüşü desteklemektedir. Zira öğretide *Karşlı*'ya göre, her ne kadar tanık beyanlarının (yahut, bunun gibi, bilirkişi raporunun da) bazı usuli sonuçları olsa ve bunun üzerine mahkemece usuli işlem yapma gereği hasil olsa da¹⁹⁵ bunlar usuli işlem olmayıp, “taraf” usul işlemi sayılamaz; bunların “farklı bir kategoride” değerlendirilmesi gerekir¹⁹⁶.

Bütün bunlara göre, kanaatimizce, *Gürdoğan*'ın yapmış olduğu “yargılama sırasında ve yargılamadan hasil olan” vakıalar kategorisi, en azından bu kategoriye ilişkin vermiş olduğu örnekler çerçevesinde değerlendirildiğinde, “usul işlemleri” kavramından bir bakıma daha geniş, bir bakıma ise daha dar görünmektedir: Daha geniştir, çünkü *Gürdoğan* tanık beyanlarını, bilirkişi raporlarını da bu kategori kapsamında değerlendirilmiştir; oysa bunların usul işlemi olmadığı ifade edilmektedir. Daha dardır, zira *Gürdoğan* mahkeme dışında yapılan usul işlemlerini bu kategoriye dahil etmemiş görünmektedir; oysa usul işlemleri dava dışında, davadan önce yapılan işlemleri de kapsar. Öte yandan, yazarın verdiği örnekler sadece usul işlemlerine benzemekte, yazar “usuli olgu (vakıa)” kavramını çağrıştıracak örnekler vermemektedir.

Şu hâlde, kanaatimizce - verilen örneklerle sınırlı bir değerlendirme yapılmadığı takdirde- yazar, yargılama dışı vakıaları birer “*maddi hukuka ilişkin vakıa*”, bunun karşıtı konumundaki yargılama dışı olmayan (yazarın ifadesiyle “yargılamada sırasında veya yargılamadan hasil olan”) vakıaları ise adeta birer “*usul hukukuna ilişkin vakıa*” olarak algılıyor ve sınıflandırmasını buna göre yapıyor görünmektedir. Diğer bir deyişle aslında *Gürdoğan*'ın, yapmış olduğu sınıflandırmadaki “yargılama

¹⁹³ Bilge, Önen 276; Boran-Güneysu, *İşlem Türleri* 173; Erdönmez, *Pekantez Usul-Cilt: I s. 435*.

¹⁹⁴ Karafakih 85-86. Hatta, “*davanın çözümüne etkili olmayan açıklamalar*”ın “*usul işlemi sayılmayacağı*”, taraf işlemlerinin “*en önemli unsurunun*” davaya etkili olması olduğu yönünde: Erdönmez, *Pekantez Usul-Cilt: I 435*.

¹⁹⁵ *Karşlı* bu bağlamda örnek olarak, tanıklıktan çekim ve bilirkişi raporuna itiraz hallerinde mahkemece bir ara kararı verilmesi gereğine işaret etmektedir. *Karşlı, Usuli İşlemler* 181.

¹⁹⁶ *Karşlı, Usuli İşlemler* 181.

dışı vakıalar” deyimiyle davanın sebebi olan (“dava açılmadan evvel olan”) yahut davanın halline yarayan (“dava açıldıktan sonra”), yani dava malzemesinden olan (asıl, maddi hukuka ilişkin “maddi”) vakıaları (dış vakıalar – iç vakıalar, menfi vakıalar – müspet vakıalar, geçmişe-geleceğe-hale ait vakıalar, davanın açılması ve sona ermesinden önce veya sonra gerçekleşmiş vakıalar¹⁹⁷) işaret ettiği; “yargılamadan hasil olan vakıalar” kavramıyla ise esas olarak dava malzemesinin dışında, taraf ve mahkeme usul işlemleri ile, usul işlemi sayılmayan, taraf usul işlemi de olmayan (farklı bir kategoride değerlendirilmesi gereken) (diğer) işlemleri, nihayet en genel kapsamıyla usuli olguları (vakıaları) (*fait de procédure*) işaret ettiği düşünülebilir. Nitekim *Deschenaux*’nun yukarıda işaret edilen açıklamaları da bu görüşümüzü doğrulamaktadır.

Çünkü *Gürdoğan*, “yargılamadan hasil olan vakıalar” kategorisi altında ve sadece usuli işlemlerle sınırlı olmaksızın verdiği örnekleri, her şeyden önce, birer “vakıa” olarak kabul etmektedir. Bu bağlamda *Karşı* usuli işlemlerin “usuli olgulardan” (vakıalar) ayrıldığını belirtmektedir. Buna göre, usuli işlemde (hukuki işlemde olduğu gibi) “arzu ve irade”ye sonuç bağlanmıştır; arzu ve iradenin olmadığı hallerde bir usuli “işlem”den bahsedilemez. Usuli olgular (vakıalar) bakımından ise irade aranmaz¹⁹⁸. *Karşı* usuli olgular bakımından, “karşı tarafın dava sırasında ölmesi” örneğini vermektedir. Bu örnekte, usule ilişkin sonuçlar, yalnız karşı tarafın dava sırasında ölmesi vakiasının sonucu olarak meydana gelecektir¹⁹⁹. Yine, kanaatimizce, kesin hükmün unsur etkisi kavramı da bu bağlamda değerlendirilebilir. Çünkü kesin hükmün unsur etkisi, tarafların bu konuda bilgisinin veya taleplerinin bulunmasına veyahut mahkeme hükmünde bu yönde bir karar verilmesine gerek olmaksızın, verilen kararın kanun (veya sözleşme) gereği, kendiliğinden, maddi hukuk ve/veya usul hukuku alanındaki bazı hukuki sonuçların ortaya çıkması için zorunlu unsurlardan bir unsuru teşkil etmesi anlamına gelmektedir. Örneğin bir alacağın mahkeme kararına bağlanması ile zamanaşımının kesilmesi ve yeni sürenin on yıl olması (TBK m. 156, f. 2); boşanmaya karar verilmesi ile -TMK m. 175’teki diğer unsurlar da sağlanmışsa- yoksulluk nafakası talep etme hakkının doğması veya esas hakkındaki hüküm kesinleşince ihtiyati tedbirin kalkması (HMK m. 397, f. 2) hâllerinde kesin hüküm, kanundaki (maddi hukuka ve/veya usul hukukuna ilişkin) hukuki sonucun ortaya çıkması için bir unsur (koşul vakıa) konumunda olmaktadır²⁰⁰.

Görüldüğü üzere, *Gürdoğan*’ın yaptığı ayırmda “yargılamadan hasil olan vakıalar”, diğer bir deyişle usuli vakıalar için verdiği örnekler, “yargılama dışı vakıalar” kapsamında değerlendirdiği dava malzemesinden ayrılmaktadır. Şu halde,

¹⁹⁷ Bkz. yukarıda I. C. 3. Dış vakıalar – İç Vakıalar, 4. Müspet (olumlu) vakıalar – menfi (olumsuz) vakıalar, 5. Gerçekleştiği zamana göre vakıalar.

¹⁹⁸ *Karşı*, yukarıda I. C. 3. a) (1) Hukuki olay başlığındaki açıklamalar.

¹⁹⁹ *Karşı*, *Usuli İşlemler* 171-172.

²⁰⁰ Budak, *Karaaslan* 276-277, N. 29.

kanaatimizce dava malzemesinin yargılamaya getirilmesi ve dikkate alınması ile, dava malzemesinden olmayan, *Gürdoğan*'ın deyişiyle “yargılamadan hasıl olan vakıalar”ın, diğer bir deyişle usuli vakıaların dikkate alınmasının ve hukukun bu vakıalara uygulanmasının da²⁰¹ farklı olmasının gerektiği düşünülebilir.

Son olarak, öğretilerde *Gürdoğan*'ın sınıflandırmasındaki “yargılamadan hasıl olan vakıalar”, diğer bir deyişle “usuli vakıalar” kategorisinin – en azından mahkemede gerçekleşen usuli vakıalar bakımından-, HMK m. 156 (HUMK m. 153) hükmü kapsamında bir anlam ve önem arz ettiği düşünülebilir. Çünkü bu hükme göre, “*ön inceleme, tahkikat ve yargılama işlemleri, ancak tutanakla ispat olunabilir*”. Örneğin (mahkeme içi) ikrar yazılı veya sözlü olarak yapılabilir, fakat sözlü yapıldığı takdirde tutanağa geçirilmeli ve bu beyanın altı ilgilisi tarafından imzalanmalıdır (HMK m 154, f. 3-ç). Aksi takdirde ikrardan bahsedilemez²⁰². Yukarıda yapılan açıklamalara paralel olarak belirtilmelidir ki, tutanaklar yalnızca usul işlemlerini kayıt altına almaz. Tutanağın dış dünyada olup biten ve “*önemli olan*”²⁰³ “*her şeyi*”²⁰⁴ kayıtlaması zorunludur. Buna göre mahkeme tutanakları, yargılama sürecinde olup bitenleri, yargılamaya katılanların söz ve davranışlarını, usul işlemleri ile nihai karara kadar olan süreci (*usuli vakıaları*) ispat özelliği taşıması ve hükme kaynaklık etmesi bakımından önemlidir²⁰⁵. Tutanakta mevcut olmayan bir sebep hükme esas alınamayacağı gibi²⁰⁶, hâkimin hukuki sorumluluğunu da gerektirecektir (HMK m. 46, f. 1-ç).

II. Vakıaların Tespiti

A. Vakıaların tespiti gereği

Yargılamada “vakıa” kavramı bir şeyin var olup olmaması ile, diğer bir deyişle “mevcudiyeti” ile ilgilidir; buna karşılık yargılamada “hukuk” kavramı ise, bir nitelendirme meselesidir²⁰⁷. Vakıaların varlığı yahut yokluğu, şöyle veya böyle olduğu, nerede, nasıl gerçekleştiği hakkındaki hüküm bir *gerçeklik yargısı* teşkil

²⁰¹ Karşı, “*usuli işlemler*”e hukukun uygulanması bakımından dörtlü bir ayırım yapmaktadır: (1) Kanuna aykırılığı hem taraflarca ileri sürülebilen hem resen dikkate alınabilen usuli işlemler (2) Kanuna aykırılığı sadece taraflarca ileri sürülebilen, resen dikkate alınmayan usuli işlemler (3) Kanuna aykırılığı resen dikkate alınması gereken dikkate alınmadığında geçersiz olmayan usuli işlemler (4) Kanuna aykırılığı resen dikkate alınması gereken aksi halde mutlaka geçersiz olan usuli işlemler. Bkz. Karşı, *Usuli İşlemler* 188-189.

²⁰² Erdönmez, *Pekcanitez Usul-Cilt: I* 443, 445; Atalay, *Pekcanitez Usul-Cilt: II* 1636. Bu yönde: “...6100 sayılı *Hukuk Muhakemeleri Kanunu*'nun 154.maddesi uyarınca, ikrar mahiyetindeki beyanların imzayla tasdik zorunluluğu bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır.” Yargıtay 22. HD 10.9.2013 E. 2012/26659 K. 2013/18452 (<www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019.

²⁰³ Karş. yukarıda I. C. 1. Hukuken önemli vakıalar.

²⁰⁴ Karş. yukarıda dn. 1 civarı.

²⁰⁵ Hakan Erzeybek, *Medeni Usul Hukukunda Tutanaklar* (Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015) 4.

²⁰⁶ “... *Dosyadaki tutanaklara geçirilmeyen bir husus hüküm dayanağı olamaz.*” Yargıtay HGK 8.11.1967 30/510 (Bilge, Önen 304, dn. 5). Umar'a göre, bu bendin ifadesi başarılı değildir. Yazarın önerisi ise şu şekildedir: “*HMK m. 25 (Taraflarca getirilme ilkesi) kuralına aykırı olarak iki taraftan birinin iddia etmiş olmadığı, keza dosyaya diğer bir yoldan usulü dairesinde girerek orada görünüyör olmayan bir istem veya savunma temeline dayanarak hüküm verilmiş olması.*” Umar, *Şerh* 182.

²⁰⁷ Nomer 5.

eder. Hâkimin vakıaları hukuk kurallarına göre değerlendirerek vereceği hüküm bir değer yargısı/kıymet hükmü olacaktır²⁰⁸.

Hâkimin hukuku uygulayabilmesi, yani “*uygulanacak hukuk kurallarının neticesi tahakkuk etmiştir*” diyebilmesi için, öncelikle davanın sebebi olan ve uyuşmazlığın çözümüne etki edebilecek vakıaların, varlığı ya da yokluğu hakkında bir kanaat getirmesi, yani vakıaları tespit etmesi gerekir. Çünkü vakıaların tespiti hukukun uygulanmasından önce gelir²⁰⁹. Yine, öğretide *Tutumlu* da, Mecelle’nin hâkimin “fehim” yani kavrayışlı olmasını öngördüğüne dikkat çekerek (Mecellei Ahkâmı Adliye, m. 1792), hâkimin hukuku (resen) uygulamadan önce çekişmeli “vakıayı” kavraması gerektiğini ifade etmektedir²¹⁰. Hâkim ile dava arasındaki ilişkide, doktor ile hasta arasındaki ilişkiye ve muayene, teşhis ve tedavi safhalarına benzer şekilde, “vakıaların” anlaşılması, hukuken nitelendirilmesi ve karar verilmesi şeklinde bir faaliyetin söz konusu olduğu belirtilmektedir²¹¹. Nitekim hâkimin hukuku bilmesi, resen uygulaması (*iura novit curia*) ilkesinin bir başka ifade şekli olan *da mihi factum, dabo tibi ius* deyişi de, vakıaları (*da mihi factum*) hukukun uygulanmasının (*dabo tibi ius*) öncesine almaktadır²¹². Bu yüzden, yargılama faaliyetinde önce vakıalar tespit edilecek, daha sonra hukuk tespit edilen vakıalara uygulanacaktır.

Hâkimin hukuku uygulamasından önce vakıaların tespit edilmesi, ispat faaliyetinin konusudur²¹³. Bu sebeple, aşağıdaki açıklamalar da bu çerçevede değerlendirilmelidir.

B. Tespit edilecek vakıalar

1. Delilin konusunun vakıalar olması

Yargılamada deliller, vakıalarla birlikte dava malzemesini²¹⁴ oluşturmakta olup, dava malzemesinden olan vakıaların ispatına yöneliktir. Vakıaların varlığı veya yokluğu hakkında mahkemeye kanaat verilmesine ispat denir. İspatın ve delilin konusu her şeyden önce davanın sebebi, iddia ve savunmanın dayanağı olan maddi vakılardır²¹⁵. Bu noktada belirtilmelidir ki bir vakıanın ispatın konusu olabilmesi için her şeyden önce bu vakıanın usulüne uygun olarak yargılamaya getirilmesi

²⁰⁸ Gürdoğan 263.

²⁰⁹ Ansay 251-252; Gürdoğan 262-263; Yılmaz O, *Hukukun Vakıaya Uygulanması* 900-902; Nilüfer Boran-Güneysu, *Medeni Usul Hukukunda Karar* (Adalet 2014) 60.

²¹⁰ Mehmet Akif Tutumlu ‘Hukukun Gerçekleşmesinde Yargıcın Rolü’, *HfSA 25. Kitap* (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 13-28, 17. Aynı yönde bkz. Abdullah Dinçkol, ‘Karar Verme Sürecinde Hükümün Oluşması ve Hâkimin Fonksiyonu’, *HfSA: 25. Kitap* (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 172-187, 182.

²¹¹ Boran-Güneysu, *Karar* 69.

²¹² “*iura novit curia*” ve “*da mihi factum dabo tibi ius*” özdeyişleri arasındaki anlam ayrımı için bkz. *Tez*, İkinci Bölüm, I. B. 2. Terminoloji.

²¹³ Boran-Güneysu, *Karar* 60.

²¹⁴ Bkz. yukarıda I. B. 3. Hukukun uygulanması bakımından.

²¹⁵ Kuru, *Cilt: II* 1967; Kuru, *Usul* 230; Kuru, Arslan, Yılmaz, *Usul-21. Baskı* 376; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz 373; Mehmet Akif Tutumlu, ‘Hukuk Yargılamasında Delil İkametinin Kapsamı, Şekli ve Zamanı’ (1989) 6 TBBD 924-934, 926.

gerekir (HMK m. 25)²¹⁶. Örneğin vakıanın ileri sürülmesi iddia veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi mahiyetinde ise ve karşı taraf buna açıkça muvafakat göstermemişse (HMK m. 141, f. 1), bu vakıanın ispatı için tahkikat yapılamaz ve bu vakıa hüküm için dikkate alınmaz²¹⁷.

Hukuk kurallarının ispatına gerek yoktur. Çünkü hukuk kuralları vakıa değil, belli bir vakıaya (hukuki olay veya ilişkiye) hukuk düzeninin tanıdığı (hukuki olay veya hukuki ilişki olarak kabul ettiği) bir değer hükmüdür²¹⁸.

Ancak bazı hukuk kurallarının (örneğin yabancı hukuk kurallarının) ispatı gerekebileceği gibi, bazı vakıaların (herkesçe bilinen, çekişmesiz yahut uyuşmazlığın çözümüne etkisiz vakıaların) ispatı gerekmebileceğinden, delilin konusunun vakıalar olduğu; hukuk kurallarının ispatının gerekmediği kuralı mutlak değildir²¹⁹.

2. Delilin konusu olarak vakıalar

a) Çekişmeli vakıalar

Tahkikat tarafların ileri sürdüğü vakıaların tamamı hakkında cereyan etmez; hâkim tarafların getirdiği bütün vakıaları incelemek zorunda değildir²²⁰. Çekişmeli olmayan vakıaların ispatına, bunun için delil gösterilmesine gerek yoktur²²¹. Çünkü ispatın konusunu çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu (çekişmeli) vakıaların ispatı için delil gösterilir. Herkesçe bilinen vakıalarla ikrar edilen vakıalar ise, çekişmeli sayılmaz (HMK m. 187).

İkrar, bir tarafın kendi aleyhine olan vakıaların doğru olduğunu bildirmesidir²²²; kişinin kendi lehine olan bir vakıanın doğru olduğunu ileri sürmesi ikrar sayılmaz²²³. İnkâr edilen vakıaların ispatı gerekir²²⁴. Ancak ikrar edilen²²⁵ vakıalar - ikrarın hâkimi

²¹⁶ Atalay, *Pekcanitez Usul-Cilt: II* 1626.

²¹⁷ Postacıoğlu, *Usul* 501.

²¹⁸ Tutumlu, *Delil İkamet* 924, dn. 2. Ayrıca bkz. *Tez*, İkinci Bölüm, I. D. 5. Hukuki sebeplerin ispatı.

²¹⁹ Denis Tappy, 'Dispense de Preuve et Renonciation à la Preuve', *Beweisrecht der neuen ZPO: Chancen und Risiken* (2012) 75-99, 80.

²²⁰ Üstündağ, *Medeni Yargılama* 593; Postacıoğlu, *Usul* 501; Kuru, *Cilt: II* 1921-1922; Kuru, *Usul* 212; Kuru, Arslan, Yılmaz, *Usul* 337.

²²¹ Bilge, Önen 491; Üstündağ, *Medeni Yargılama* 593-594; Kuru, Arslan, Yılmaz, *Usul* 351-352; Kuru, Arslan, Yılmaz, *Usul-21. Baskı* 376; Pekcanitez, Atalay, Özkes, *Usul-14. Baskı* 657; Pekcanitez, Atalay, Özkes, *Usul Ders* 379.

²²² Kuru, Arslan, Yılmaz, *Usul* 366; Kuru, Arslan, Yılmaz, *Usul-21. Baskı* 388; Önen, *Medeni Yargılama* 234; Pekcanitez, Atalay, Özkes, *Usul-14. Baskı* 650-651; Pekcanitez, Atalay, Özkes, *Usul Ders* 373, s. 374; Umar, *İkrar Kavramı* 244.

²²³ Pekcanitez, Atalay, Özkes, *Usul-14. Baskı* 651; Tanrıver, *Usul* 749.

²²⁴ Ulukapı 720.

²²⁵ Öğretide ikrar basit, vasıfı, bağlantılı birleşik ve bağlantısız birleşik ikrar olmak üzere türlere ayrılmaktadır. Bu ayrım ikrarın bölünüp bölünemeyeceği, dolayısıyla ikrarın ne ölçüde etkili olup vakıaları ne ölçüde çekişmeli olmaktan çıkaracağı hususunda önem arz eder. Bu konuda ayrıca bkz. Kuru, *Cilt: II* 2051 vd; Kuru, *Usul* 247 vd; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz 391 vd; Pekcanitez, Atalay, Özkes, *Usul Ders* 373 vd; Umar, *İkrar Kavramı* 252-256. Bu noktada Özkes, ikrarın vakıaları çekişmesiz kılan bir usul işlemi olmasından hareketle, bu tartışmanın artık önemini yitirdiğini düşünmektedir. Özkes, *Yenilikler* 5. Aynı yönde olmak üzere Budak, Karaaslan'ın (216, N. 13) şu görüşlerine ise içtenlikle katılmaktayız: "**Esasen bütün ikrar türleri açısından müşterek olan kural 'ikrarda bulunandan sadece ikrar ettiği kadaryla bağlı olduğu' şeklinde**

bağlamayacağı kabul edilmiş (örneğin; TMK m. 184) bazı davalar hariç - çekişmeli olmaktan çıkar²²⁶ ve bu vakıaların ispatı gerekmez (HMK m. 188, f. 1). Buna göre ikrarın hükmü ise “*ikrar edilen vakıanın doğru [olup] olmadığı araştırılmaksızın ve mahkemenin ikrar olunan vakıa hakkında bir tereddüdüne mahal vermeksizin hükme temel tutmasıdır*²²⁷”. Diğer bir deyişle hâkim ikrar edilen vakıalar ile bağlı olup ikrar edilmiş vakıayı “*hükme esas almak zorundadır*²²⁸.”

Herkesçe bilinen yahut herkesin öğrenmesinin mümkün olduğu²²⁹ vakıalar da çekişmeli sayılmaz (HMK m. 187, f. 2). Bu türden vakıalara dayanan tarafın bunları ispat etmesi gerekmez²³⁰.

b) Uyuşmazlığın çözümüne etki eden vakıalar

Vakıaların ispatın konusunu oluşturması için yalnızca çekişmeli olması yetmez; aynı zamanda uyuşmazlığın çözümüne de etki etmesi gerekir (HMK m. 187, f. 1). Bu türden vakıalara Fransız hukukunda (dava ile) ilgili ve (davayı) sonuca götürücü (“*pertinent et concluant*”) vakıa denilmektedir²³¹.

Uyuşmazlığın çözümünde doğrudan etki edecek olan vakıalar, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuk kuralının koşul vakıaları olmaktadır²³². Çünkü bir hukuk kuralının uygulanabilmesi için, o hukuk kuralının hukuki sonuç bağladığı olumlu veya olumsuz koşul vakıaların, (yani *uyuşmazlığın çözümüne doğrudan etki eden vakıaların*) somut vakıalar şeklinde gerçekleşmiş ve bunun ispat edilmiş olması gerekir. Zira hukuk kuralları hukuki sonuçları bir takım vakıaların gerçekleşmesine bağlamıştır. Davadaki somut vakıalar hukuk kuralının gösterdiği olumlu veya olumsuz koşul vakıaları sağlıyorsa o hukuk kuralı o vakıa veya vakıalara uygulanır²³³.

ifade edilebilir. Mesela parayı aldığım fakat ödünç değil, ödeme olarak aldığımı beyan eden davalı 'parayı almış olduğu' vakısını ikrar etmiş olur ve artık bu vakıanın ispatı gerekmez; davalının parayı 'ödünç olarak' aldığı vakıası ise ihtilafta olarak kalır ki bu son vakıayı ödünç işleminden kendi lehine sonuç çıkaran davalının ispat etmesi gerekir (vasıflı ikrar).. 'Parayı ödünç olarak aldım ama ödedim' veya 'parayı ödünç olarak aldım ama borcumu takas yoluyla iffa ettim' diyen davalı ise sadece parayı almış olduğunu değil, ödünç olarak aldığını da ikrar etmiş olur ve artık bu vakıaların ispatı gerekmez; paranın 'ödediği' veya 'borcun takas yoluyla iffa edildiği' vakıaları ise ihtilafta olarak kalır ki borcu sona erdiren bu vakıaları da onlardan kendi lehine sonuç çıkaran davalının ispat etmesi gerekir (bağlantılı veya bağlantısız bileşik ikrar).”

²²⁶ “Mahkemece, (...) davacı tarafın takibe konu bononun davalıların kullanımında olan iş yerinin kiracılık haklarının devri karşılığında hava parası-güvence bedeli adı altında boş olarak verilen senetten kaynaklandığını iddia ettiği, bu iddiasını ispata yarayan yazılı bir delil ibraz edemediği, teklif edilen yeminin davalı tarafından eda edildiği, iddianın ispatlanmadığı gerekçesiyle, davanın ve şartları oluşmadığından davalı tarafın tazminat talebinin reddine karar verilmiş (...) **İkrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmayacağından, ayrıca ispat için delil gösterme zorunluluğu yoktur.** (6100 sayılı HMK m. 187) Mahkemece, davalıların kabul ve ikrar ettikleri miktarlar yönünden menfi tespit davasının kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 19. HD 15.11.2012 E. 2012/13076 K. 2012/17056 (2013) Mart YKD 588-589. İkrarın delil olmayıp, vakıaları çekişmeli olmaktan çıkaran tek taraflı bir usul işlemi olduğu yönünde bkz. yukarıda dn. 162.

²²⁷ Ansay 261.

²²⁸ Tanrıver, *Usul* 751.

²²⁹ Kuru, *Cilt: II* 1968; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz 375. Örneğin internet yoluyla. Bkz. Chaix 123, N. 25.

²³⁰ Kuru, *Cilt: II* 1968; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz 375.

²³¹ Postacıoğlu, *Usul* 501.

²³² Pekantez, Atalay, Özkes, *Usul Ders* 368. Koşul vakıalar hakkında bkz. yukarıda I. A. Vakıa kavramı; I. B. 1. Hak ve borçların kaynağı olması bakımından; I. C. 1. Hukuken önemli vakıalar.

²³³ Yılmaz O, *Hukukun Vakıaya Uygulanması* 912, Bolayır 13

Yargılama, hukukun vakıalara uygulanması olduğuna göre²³⁴, hukuk kuralının koşul vakıalarının gerçekleşmiş olup olmadığı, o hukuk kuralının uygulanıp uygulanmayacağını belirlemek bakımından önem arz eder. Bu da, uyuşmazlığın çözümüne etkilidir. Bu sebeple ispatı gereken vakıalar “*hâkimin vereceği kararı etkileyen ve hâkimin karar verirken dikkate alması gereken vakıalar*”dır²³⁵.

Hâkim, tarafların getirdiği bütün vakıaları incelemek zorunda değildir. Bunlardan ancak dava ile ilgili olanlar incelenmek gerekir²³⁶. Gerçekten, taraflar çoğu zaman hükme etkili olmayan vakıalar üzerinde ihtilafa düşebileceklerinden, dava ile ilgili ve davanın sonucuna etkili vakıaların belirlenmesi ve tahkikatın bu çerçevede yürütülmesi, hâkime ait bir görevdir²³⁷. Hâkim, uygulanacak hukuk kuralının hangi vakıalarla karşılanacağını saptayacak, ispatına lüzum olan vakıalarla olmayan vakıaları ayıracak²³⁸; bu konuda vardığı sonuçtan tarafları haberdar edecektir²³⁹. Hangi vakıaların dava ile ilgili ve davanın çözümüne etkili olduğu konusunda ise, daha çok hâkimin hukuk bilgisi ve sezisi kabiliyeti etkili olacaktır²⁴⁰.

Vakıalar uyuşmazlığın çözümüne doğrudan etki etmeyebilir. Bu ise, ya vakıaların uyuşmazlığın çözümüne sadece dolaylı olarak etki edebilmesi yahut vakıaların uyuşmazlığın çözümüne hiç etki etmemesi hallerinde söz konusu olur.

Nitekim bazen, vakıalar uyuşmazlığın çözümüne sadece dolaylı olarak etki edebilir. Uyuşmazlığın çözümüne dolaylı olarak etki eden vakıalar, uygulanacak hukuk kuralının koşul vakıalarının gerçekleşmiş olduğu sonucunu ortaya koymaya elverişli komşu vakıalardır; bunlara emare vakıalar da denir²⁴¹. Hâkim delilleri değerlendirmede takdir hakkına sahip olduğu alanda, emarelere dayanarak bir olayı ispat edilmiş kabul edebilir²⁴².

Bazen ise, vakıalar uyuşmazlığın çözümüne hiç etki etmeyebilir. Bir davada davanın çözümünü etkilemeyen vakıaların ispatı gerekmez (HMK m. 187, f. 1). Uyuşmazlığın çözümüne etki etmeyen vakıaların ispatına yönelik deliller de bu sebeple incelenmemelidir; çünkü uyuşmazlığın çözümüne etki etmeyen vakıanın, ispatı da

²³⁴ Bkz. *Tez*, İkinci Bölüm, II. C. “Hukukun vakıalara uygulanması” olarak maddi anlamda yargı faaliyeti.

²³⁵ Atalay, *Pekantez Usul-Cilt: II* 1626-1627.

²³⁶ Kuru, *Cilt: II* 1921-1922; Kuru, *Usul* 212; Kuru, Arslan, Yılmaz, *Usul* 337.

²³⁷ Üstündağ, *Medeni Yargılama* 593. Türk hukukunda bu kavrama gereken önemin verilmediği ve davaların uzamasının başlıca sebeplerinden birinin bu olduğu, ancak hâkimlerin eksik inceleme sebebiyle kararlarının kanun yolu denetiminde kaldırılması veya bozulması endişesiyle taraflarca ileri sürülen vakıaların tamamının ispatına izin vermeye yatkin oldukları yönünde: Postacıoğlu, *Usul* 501.

²³⁸ Örneğin Yargıtay 4. HD 23.6.1958 tarihli bir kararı bu yöndedir: “... *hile ve ikrahın ne gibi vakıalardan meydana geldiğini davacı vekiline açıklamak ve açıklanacak vakıaların BK hükümlerince hile veya ikrah teşkil ettiği neticesine mahkemeye varıldığı takdirde bunların ispatı için davacının gösterdiği deliller incelenip ...*” (Postacıoğlu, *Usul* 502, dn. 2).

²³⁹ Alangoya 153 ve oradaki dn. 175’te anılan “*Nagel, ‘Funktion und Zuständigkeit des Richters’, Humane Justiz (1977) 60*”.

²⁴⁰ Postacıoğlu, *Usul* 502. Bu yüzden, mesleki bilgi, anlayış ve kavrayışına güvenilemeyen bir hâkim, avukatlar ve taraflar için bir kâbustur. Karayalçın, Yongalık 177.

²⁴¹ Pekantez, Atalay, Özkes, *Usul Ders* 369.

²⁴² Pekantez, Atalay, Özkes, *Usul Ders* 369.

uyuşmazlığın çözümüne etki etmeyecektir²⁴³. Örneğin, her ne kadar “munzam kusur” yahut “ek kusur” kavramı sebebiyle bir çekince koymak gerekse de²⁴⁴, kusursuz haksız fiil sorumluluğu hallerinde kusurlu olup olmama vakası dava ile ilgili değildir²⁴⁵. Bu yüzden, bina malikinin kusursuz sorumluluğu söz konusu olduğu halde, mahkemece kusur sorumluluğu varmış gibi değerlendirme yapılması bozma nedeni olabilmektedir²⁴⁶. Ancak her ne kadar bina malikinin sorumluluğu kusursuz sorumluluk esaslarına tabi olsa da, “munzam kusur” yahut “ek kusur” bulunması halinde sorumluluktan kurtulamayacaktır²⁴⁷. Diğer bir deyişle, kusursuz sorumluluğa dayalı tazminat davasında davalının kusuru, “munzam kusur” iddiası bakımından uyuşmazlığın çözümüne etkili vaka olabilecek ve böylece ispata tabi olacaktır.

Sonuç

Çalışmada ilk olarak vakıalar incelenmiştir. Hâkimin hukuku resen uygulaması ilkesi, farklı hukuk sistemlerinde “*iura novit curia*” (mahkeme hukuku bilir) yahut “*da mihi factum dabo tibi ius*” (vakıaları getir, hukuku vereyim) özdeyişleri (*adage*) ile anılmaktadır. Buna göre önce vakıaların yargılamaya getirilmesi, hâkimin de ancak bundan sonra hukuku resen uygulaması ve getirilen vakıalara göre hüküm vermesi söz konusu olacaktır.

²⁴³ Kuru, *Cilt: II* 1968; Kuru, Arslan, Yılmaz, *Usul-21. Baskı* 376; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz 375.

²⁴⁴ Örneğin, araç işletenin kusursuz sorumluluğunda: “Araç işleticisi kusursuz- objektif - sorumluluk ilkeleri uyarınca zararı gidermekle yükümlü olmakla birlikte kendisinin veya eyleminden sorumlu olduğu kişinin ayrıca kusuru varsa, (ki bunu ek kusur - munzam kusur denir) kurtuluş kanıtı getiremez.” Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 11.3.1985 tarih ve E. 1985/1826 K. 1985/1996 sayılı kararı. <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019.
Konuya temas eden Yargıtay HGK 30.5.2012 E. 2012/4-107 K. 2012/326; Yargıtay 3. HD 14.4.2014 E. 2014/5184 K. 2014/5967; Yargıtay 11. HD 23.5.2011 E. 2009/13218 K. 2011/6218; Yargıtay 11. HD 27.4.2010 E. 2010/4660 K. 2010/4579; Yargıtay HGK 30.12.2009 E. 2009/4-522 K. 2009/604; Yargıtay 4. HD 24.2.1997 E. 1996/11374 K. 1997/1191; Yargıtay 4. HD 1.7.1997 E. 1997/2856 K. 1997/7335; Yargıtay 19. HD 6.6.1994 E. 1993/6578 K. 1994/5749 için ayrıca bkz: <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019.

²⁴⁵ Pekcantez, Atalay, Özkes, *Usul Ders* 379.

²⁴⁶ “Davacı vekili, müvekkili tarafından iş yeri sigorta poliçesiyle sigortalı adreste davalı kurumun sorumluluğunda ana atık su tesisatının arızalı olması sebebiyle bodrum kattaki su giderlerinin tepmesi sonucu bodrum katta istifi eşyaların zarar gördüğünü, hasarın sigortalıya ödendiğini ileri sürerek, 2.000 TL’nin yasal faiziyle birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacının atık suyun geri gelmesini engelleyecek tedbirleri almadığını, müvekkilinin kusursuz olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna dayanılarak, zararın meydana gelmesinde davalının kusurunun olmadığı, bilirkişi raporuna göre illiyet bağının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. (...)Bu durumda, mahkemece, öncelikle hasarın hangi sebeple meydana geldiği, daha doğru bir deyişle hasarın aski’ye ait borulardaki hatadan mı kaynaklandığı belirlenip, şayet bu sebeple meydana gelmiş ise davalının B.K.nun 58. maddesine dayalı sorumluluğu olduğundan sorumluluktan ancak yukarıda bahsedilen hallerde kurtulabileceği nazara alınarak bir karar verilmesi gerekirken davalının kusur sorumlusu gibi değerlendirilerek karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 11. HD 19.9.2011 E. 2010/1549 K. 2011/10473 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019.

²⁴⁷ “B.K.’nin 58. maddesi “bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazadaki kusurundan dolayı mesul olur hükmünü içermektedir. Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre B.K.nun anılan maddesindeki sorumluluk objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan “ağırlaştırılmış” bir kusursuz sorumluluk halidir. Bu sorumlulukta zarar gören, yapı malikinin yani davalının kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Yapı maliki de, kusurunu bulunmadığı savunmasının ötesinde uygun illiyet bağının kesildiğini kanıtlamalıdır. Kusursuz sorumlulukta illiyet bağının kesilebilmesi için zarar görenin ağır kusurunun olması veya 3. bir kişinin illiyet bağını kesebilecek nitelikte ağır kusurunun olması veya zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülme bir halin bulunması gerekmektedir. Ancak; imal olunan şey malikinin ek kusuru varsa, illiyet bağının kesilmesi malikin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Davalıya ait temiz su rögarı da madde de açıklanan “imal olunan şey” kavramına dahil olup, davalı rögarın kötü yapılmasından veya muhafazasından kaynaklanan zarardan kusursuz sorumludur.” Yargıtay 11. HD 7.3.2013 E. 2012/4432 K. 2013/4267 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 31 Mart 2019.

Vakıa olan, meydana gelen her şeydir. Bu anlamda vakıa “olması gereken” olarak nitelendirilebilecek “hukuk”tan ayrılmaktadır. Her vakıa hukuki anlamda vakıa değildir. Hukuki vakıa, hukukun netice bağladığı, bir hukuk normunun unsur vakıası konumunda olan vakıalardır. Vakıalar bir hukuki sonucun sebebi olabildiği gibi, bu hukuki sonuç da başka hukuki sonuçların sebep vakıası olabilmektedir.

Vakıalar davada hayati önem arz etmektedir: Hak ve borçların kaynağı vakıalardır. Günümüz itibariyle, davanın sebebinin de vakıalar olduğu kabul edilmektedir. Vakıalar hukukun uygulanması bakımından da önemlidir. Çünkü hâkim hukuku resen uygulayacaksa da, çekişmeli yargıda geçerli olan, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi uyarınca öncelikle vakıaların taraflarca getirilmesi gerekir.

Çalışmamızda vakıalar bazı kategoriler altında açıklanmaya çalışılmıştır. Ancak, hayatın bir ifadesi olan vakıalar sonsuz bir çeşitlilik gösterir. Bu sebeple vakıalar aslında hiçbir sınıflandırmaya sığmaz, her türlü sınıflandırmanın dışına taşar. Vakıalar hangi sınıflandırmaya dahil edilirse edilsin, hukuken önemli, çekişmeli ve uyuşmazlığın çözümüne etkili vakıa olduğu ölçüde ispatın konusunu oluşturacak ve ispatlandığı takdirde hukuk kuralları ispatlanan vakıalara uygulanmak suretiyle hüküm verilecektir. Bu sebeple, iç vakıalar ispatın konusu olduğu gibi, menfi vakıalar da ispatın konusu olacaktır. Hukuki işlemler ispatın konusu olduğu gibi, maddi fiiller de ispatın konusu olacaktır. Hukuka uygun fiiller ispatın konusu olduğu gibi, hukuka aykırı fiiller de (örneğin alacaklının temerrüdü) ispatın konusu olacaktır. Geçmişe ilişkin vakıalar ispatın konusu olacağı gibi, geleceğe ilişkin farazi vakıalar da (örneğin destekten yoksun kalma zararı da) ispatın konusu olacaktır. Yargılama dışı vakıalar, örneğin mahkeme dışı ikrar da bir vakıa olmak bakımından ispatın konusunu oluşturacağı gibi, yargılama sırasında meydana gelen usuli vakıalar da, örneğin mahkeme içi ikrar da, ispatın konusunu oluşturabilecek ve ancak mahkeme tutanakları ile ispat olunabilecektir. Davanın açılması ve sona ermesi anlarına nazaran vakıalar ise ispat sorunundan önce, hukukun hangi vakıalara uygulanabileceği konusunda önem arz edecektir. Sonradan doğan vakıalar yargılamaya kabul edilmediği takdirde yahut bazı vakıaların kesin hükmün sukut ettirme tesirine maruz kalması hâlinde, bu vakıalara hukuki sonuç bağlanarak (hukukun uygulanması suretiyle) hüküm verilemeyecektir.

Hukukun vakıalara uygulanması suretiyle hüküm verilebilmesi için öncelikle vakıaların tespit edilmesi gerekir; bu ise ispat hukukunun konusudur. İspatın konusu, çekişmeli ve uyuşmazlığın çözümüne etkili vakıalardır. Örneğin kusursuz sorumluluk hâlinde kusur vakıası uyuşmazlığın çözümüne etkili olmayan bir vakıadır; ancak bu vakıa munzam kusur iddiası hâlinde uyuşmazlığın çözümüne etkili bir vakıa olabilecek ve böylece ispata konu teşkil edebilecektir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

- Akil C, 'Boşanma Davalarında Vakıaların İleri Sürülmesi Zamanı Meselesinin Yargıtay Kararlarındaki Görünümü' (2010) 12 (1) DEÜHFD 1-23.
- Alangoya Y, Yıldırım K, Deren-Yıldırım N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı: Değerlendirme ve Öneriler* (İstanbul Barosu Yayınları 2006).
- Alangoya Y, Yıldırım K, Deren-Yıldırım N, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (Tıpkı 8. Baskı, Beta 2011). ("Usul")
- Alangoya Y, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler* (Fakülteler Matbaası 1979).
- Ansay SŞ, *Hukuk Yargılama Usulleri*, (7. Baskı 1960).
- Aral F, *Türk Borçlar Hukukunda: Takas* (2. Baskı, Savaş, 2010).
- Aral V, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (7. Baskı, Oniki Levha 2010).
- Arısoy AS, 'Çocuğun Desteğinden Yoksun Kalan Ana ve Baba Açısından Bakım İhtiyacı İçine Düşme Şartı' (2017) 174 LHD 2859-2878.
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar-Ayvaz S, *Medeni Usul Hukuku*, (1. Baskı, Yetkin 2016).
- Atalay O, 'Delil Kavramı Üzerine', *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin 2009) 129-138.
- Atalay O, *Medeni Usul Hukukunda: Menfi Vakıaların İspatı*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2001). ("Menfi Vakıalar")
- Başgöl AF, 'Hukukta Beyyine Nazariyesi', *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri*, (1946) 349-361.
- Berkin N, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, (1969).
- Bilge N, Önen E, *Medeni Yargılama Hukuku*, (3. Baskı, 1978).
- Bolayır N, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü* (Vedat 2014).
- Boran-Güneysu N, 'İşlem Türleri ve Usuli İşlemin Bu İşlem Türleri Arasındaki Yeri', *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin 2009). ("İşlem Türleri")
- Boran-Güneysu N, *Medeni Usul Hukukunda Karar* (Adalet 2014). ("Karar")
- Bozbel S, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Oniki Levha 2015).
- Budak, AC, Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (1. Baskı, Adalet 2017).
- Chaix F, 'L'apport des faits au procès', *Procédure civile suisse: Les grands thèmes pour les praticiens*, (Editeur: François Bohnet) (2010) 116-140.
- Çağa T, 'Mahkemece Hüküm Verilirken Dava Tarihindeki mi Yoksa Hüküm Tarihindeki Maddi ve Hukuki Durum mu Esas Tutulmalıdır', *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VIII* (26-27 Nisan 1991) 137-169.
- Dedeğaç E, 'Stajyerler için HMK: Üçüncü Bölüm, Dava Dilekçesinin Hazırlanması' (3 Eylül 2013) <http://enderdedeagac.blogspot.com.tr/2013_09_01_archive.html> Erişim tarihi: 31 Mart 2019.
- Deschenaux H, *La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal Fédéral* (1948).
- Develioğlu HM, *Takas*, (2. Baskı, Vedat 2012).
- Diñçol A, 'Karar Verme Sürecinde Hüküm Oluşması ve Hâkimin Fonksiyonu', *HfSA: 25. Kitap* (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 172-187.
- Domanıç H, *Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nisbi Kuvveti*, (1964).

- Dunand W, *Du rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, (1940).
- Dural M, Sarı S, *Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (6. Baskı, Filiz 2011).
- Erman H, *Medeni Hukuk Dersleri*, (3. Baskı, Der 2010).
- Eroğlu O, 'Medeni Usul Hukukunda Davaya Cevap ve Cevap Dilekçesi Vermemenin Sonuçları' (2018) 2 ABD 25-68.
- Erzeybek H, *Medeni Usul Hukukunda Tutanaklar* (Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015).
- Göksu M, 'Vakia ve Hukuk', *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin 2009) 323-350.
- Görgün ŞL, Börü L, Toraman B, Kodakoğlu M, *Medeni Usul Hukuku* (6. Baskı, Yetkin 2017).
- Guldener M, *Schweizerisches Zivilprozessrecht* (3. Auflage, 1979).
- Güncel Türkçe Sözlük* <www.tdk.gov.tr> Erişim tarihi: 31 Mart 2019.
- Gürdoğan B, 'Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından: Vakia ve Hukuk' (1956) 11 (3) AÜSBFD 258-285.
- Hirş E, *Pratik Hukukta Metod* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001).
- İyilikli AC, 'Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme' (2013) 106 TBBD 139-204.
- Karafakih İH, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (1952).
- Karayalçın Y, Yongalık A, *Hukukta Öğretim, Kaynaklar, Metod, Problem Çözme* (7. Baskı, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2008).
- Karslı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (4. Baskı, Alternatif 2014). ("Medeni Muhakeme")
- Karslı A, *Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler* (2001). ("Usuli İşlemler")
- Kılıçoğlu AM, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı: Fikri Haklar* (2. Baskı, Turhan 2013).
- Kiraz TÖ, *Medeni Yargılama Hukukunda: İkrar* (Bilge 2005).
- Kuru B, Arslan R, Yılmaz E, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (25. Baskı, Yetkin, 2014). ("Usul")
- Kuru B, Arslan R, Yılmaz E, *Medeni Usul Hukuku* (21. Baskı, Yetkin 2010). ("Usul-21. Baskı")
- Kuru B, 'Hukuk Davası Açarken ve Davaya Cevap Verirken Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar' *Makaleler* (Arıkan 2006) 203-214.
- Kuru B, 'Hukuk Usulünde Dava Sebebi' *Makaleler* (Arıkan 2006) 215-246. ("Dava Sebebi")
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış: Medeni Usul Hukuku* (Legal 2016). ("Usul-İstinaf")
- Kuru B, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Legal 2015). ("Usul")
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Hukuku - Cilt: II* (6. Baskı, 2001). ("Cilt: II")
- Meier I, *Iura Novit Curia* (1975).
- Motulsky H, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé: La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs* (1948).
- Namlı M, *Türk ve Fransız Hukukunda İsticvap ve Tarafların Dinlenmesi* (Yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007).
- Nomer E, *Davada Yabancı Kanun* (1972).
- Oğuzman MK, Barlas N, *Medeni Hukuk* (20. Bası, Vedat 2014).
- Öktem İ, *Hukuk Muhakemesinde Hak Nasıl Müdafaa Edilir* (Hapisane Matbaası 1938).
- Önen E, 'Ferahat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez' (1976) 1 ABD 26-39. ("Ferahat ve Kabul")

- Önen E, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (1979). (“*Medeni Yargılama*”)
- Özekes M, ‘Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur’ *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin 2009) 745-781. (“*Hukuki Sebep*”)
- Özekes M, ‘HMK’da İspat ve Deliller Bakımından Getirilen Yenilikler’ <<http://web.e-baro.web.tr/uploads/25/6.pdf>> Erişim tarihi: 31 Mart 2019. (“*Yenilikler*”)
- Özkaya-Ferendeci HÖ, ‘Kesin Hükümün Zaman İtibariyle Sınırları’, *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin 2009) 183-195.
- Özmumcu S, ‘Davanın Açılmasına Bağlı Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi’ (2012) 70 (2) İÜHFMD 183-206.
- Öztaş B, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (37. Baskı, Turhan 2012). (“*Medeni Hukuk*”)
- Öztaş F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan 2008). (“*Fikri Mülkiyet*”)
- Pekcanitez H, Atalay O, Özekes M, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (3. Baskı, Yetkin 2015). (“*Usul Ders*”)
- Pekcanitez H, Atalay O, Özekes, M, *Medeni Usul Hukuku* (14. Baskı, Yetkin 2013). (“*Usul-14. Baskı*”)
- Pekcanitez Usul-Cilt: I* (Editörler: Pekcanitez H, Özekes M, Akkan M, Taş-Korkmaz H) (15. Baskı, Oniki Levha 2017).
- Pekcanitez Usul-Cilt: II* (Editörler: Pekcanitez H, Özekes M, Akkan M, Taş-Korkmaz H) (15. Baskı, Oniki Levha 2017).
- Postacıoğlu İ, ‘Davanın ve Kaziyeli Muhkemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep’, *Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan* (1974) 497-527.
- Postacıoğlu İ, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (6. Baskı, 1975). (“*Usul*”)
- Postacıoğlu İ, *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları* (1964). (“*Şehadetle İspat Memnuiyeti*”)
- Roguin E, *La règle de droit* (1889).
- Schilken E, ‘Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü’, *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku* (Derleyen: M. Kamil Yıldırım) (2. Baskı, Alkım 2001) 43-66.
- Sevilen A, ‘İkrar Tecezzi Kabul Etmez’ (1936) 5 İzmir BD 76-96.
- Sezer ST, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukunda Takas* (Yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2010).
- Tanrıver S, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın 1 ilâ 122. Maddelerinde Yer Alan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçeve Değerlendirilmesi’ (2008) 57 (3) AÜHFMD 635-664.
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku Cilt: I* (Yetkin 2016). (“*Usul*”)
- Tappy D, ‘Dispense de Preuve et Renonciation à la Preuve’, *Beweisrecht der neuen ZPO: Chancen und Risiken* (2012) 75-99.
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2012).
- Topuz G, Topuz S, ‘Takasın Davada İleri Sürülmesi’ (2008) 57 (3) AÜHFMD 719-731.
- Toraman B, *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi* (Doktora tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012).
- Tutumlu MA, ‘Hukukun Gerçekleşmesinde Yargıcın Rolü’, *HFSA 25. Kitap* (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 13-28.
- Tutumlu MA, ‘Hukuk Yargılamasında Delil İkamesinin Kapsamı, Şekli ve Zamanı’ (1989) 6 TBBD 924-934. (“*Delil İkamesi*”)

- Ulukapı Ö, ‘Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Yargılamaya Hâkim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi’ (1998) 1-2 SÜHFD 713-732.
- Umar B, ‘İsbat Yükü Kavramı ve Bununla İlgili Diğer Bazı Kavramlar’ (1962) 28 (3-4) İÜHFM 790-798.
- Umar B, ‘Muhtevası ve Hukuki Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı’ (1964) 30 (1-2) İÜHFM 244-263. (“*İkrar Kavramı*”)
- Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Baskı, Yetkin 2014). (“*Şerh*”)
- Üstündağ S, ‘Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arz Ettiği Özellikler’ (1960) 25 (1-4) İÜHFM 214-224. (“*Takas*”)
- Üstündağ S, *İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı* (1967). (“*Yasak*”)
- Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku* (7. Baskı, 2000). (“*Medeni Yargılama*”)
- van Schooten H, ‘Law as Fact, Law as Fiction: A Tripartite Model of Legal Communication’, *Interpretation, Law and The Construction of Meaning, Collected Papers On Legal Interpretation in Theory, Adjudication And Political Practice*, (Editörler: Anne Wagner, Wouter Werner Deborah Cao) (Springer 2007) 3-20.
- Yılmaz E, *Islah* (4. Baskı, Yetkin 2014). (“*Islah*”)
- Yılmaz O, ‘Hukukun Vakıaya Uygulanması’ *Dr. A. Recep Recai Seçkin’e Armağan* (1974) 895-917. (“*Hukukun Vakıaya Uygulanması*”)



Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ayrılma Hakkını Kullanan Pay Sahibinin, Şirketler Topluluğu Düzenlemelerinden Yararlanma Olanığı

(TTK m. 202/2 ve SerPK m. 24 Hükümlerinin Karşılıklı Uygulama Alanı)

Ali Paslı^{ID}

Hasan Onur Akay^{ID}

Öz

Ayrılma hakkı bir boyutuyla, şirketler topluluğu kapsamında TTK m. 202/2; halka açık şirketler kapsamında ise SerPK m. 24 hükmü kapsamında düzenlenmiş olup anılan hükümlerin birlikte uygulanıp uygulanamayacağı ve uygulanabileceğinin kabulü hâlinde bu uygulamanın ne şekilde olabileceği tartışması, güncelliğini korumaktadır. Belirtelim ki, pay sahibi SerPK m. 24 hükmü uyarınca ayrılma hakkını kullansa dahi, ayrılma hakkı bedelinin ayrıca TTK m. 202/2 hükmüne göre hesaplanmasını da talep edebilecektir. Bu talep, payların yeniden satın alınması niteliğinde değildir; zira ayrılma hakkı yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle kullanılmakla tükenmektedir; talep, sadece ayrılma bedelinin yeniden hesaplanmasına ilişkin olacaktır. Ayrılma hakkı doğuran işlemlerin sınırlı sayıda olup olmadığına yönelik tartışma bir yana, bu işlemlerin neler olduğu ve özellikle şirket işlemi niteliğinde olmasının gerekip gerekmediği bu çalışmanın konusunu oluşturmamaktadır. Pay sahibinin ayrılma bedelinin (yeniden/TTK m. 202/2 hükmüne göre) hesaplanmasına yönelik bu talebi, mahkemeler aracılığıyla ileri sürülebilmekte olup SPK'nın bu hususta idari bir yetkisi bulunmamaktadır; pay sahibi de bu hususta SPK'ya müracaat etme hakkını haiz değildir. SerPK m. 24 ve TTK m. 202/2 hükümlerinin birlikte uygulanıp uygulanamayacağı noktasında muhtelif ihtimaller gündeme gelmekteyse de, TTK m. 202/2 hükmünün lafzı ve SerPK m. 27 hükmünün TTK m. 208 hükmüne yönelik öngördüğü düzenlemenin SerPK m. 24 hükmünde TTK m. 202/2 hükmü için öngörülmemiş olması, SerPK m. 24 ve TTK m. 202/2 hükümlerinin birlikte uygulanabileceğine işaret eden başlıca hususlardır.

Anahtar Kelimeler

Anonim ortaklık • Ayrılma hakkı • Türk Ticaret Kanunu m.202/2

The Opportunity of the Shareholder, Who Has Used the Right of Leave/Appraisal Right in Publicly-Held Joint-Stock Companies, to Benefit From the Regulations Regarding Group of Companies (Mutual/Comparative Scopes of TCC art. 202/2 and CML art. 24)

Abstract

The right of leave of a shareholder is regulated from one perspective both in Capital Market Law (CML) art. 24 and Turkish Commercial Code (TCC) art. 202/2, hence it is still an open discussion whether the shareholder, who has used the right of leave regulated in CML art. 24, could also have a demand arising from TCC art. 202/2 or not. It should be stated that, a shareholder, who has used the right of leave arising from CML art. 24, can also demand a recalculation of the separation

* **Sorumlu Yazar:** Ali Paslı (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: alipasli@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-6393-4167

** Hasan Onur Akay (Araş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: hasan.akay@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-1881-7812

Atf: Paslı A and Akay H O, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ayrılma Hakkını Kullanan Pay Sahibinin, Şirketler Topluluğu Düzenlemelerinden Yararlanma Olanığı (TTK m. 202/2 ve SerPK m. 24 Hükümlerinin Karşılıklı Uygulama Alanı)" (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 49 <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0002>

fee according to TCC art. 202/2, undoubtedly by providing the other terms of TCC art. 202/2. This demand can only contain the recalculation of the separation fee, in other words the shareholder cannot exercise the right of leave according to TCC art. 202/2, by using the right of demand according to CML art. 24 as he/she is no longer a shareholder. Even the TCC art. 202/2 itself states that the aforementioned regulation is also applicable to public companies as well, hence TCC art. 202/2 and CML art. 24 can be applied cumulatively. CML art. 27 is also another sign of this result, as it forbids TCC art. 208 to be applied to public companies, when CML art. 24 does not regulate the same for TCC art. 202/2. Capital Market Board (CMB) has no administrative discretion whether the separation fee calculated in accordance to CML art. 24 reflects the real value of the shares or not; this has to be clarified by courts on demand of the shareholder.

Keywords

Incorporated company • Appraisal right • Turkish Commercial Code Art.202/2

Extended Summary

Contemporarily highly crucial, the right to leave of the shareholder regulated within Turkish Commercial Code (TCC) art. 202/2 in terms of group of companies and Capital Market Law (CML) art. 24 in terms of publicly held corporations is leading to a number of various debates, without losing importance. In this context, firstly, we will examine whether these provisions can be applied together, who shall be entitled to leave and if the shareholder exercising his right of withdrawal according to CML art. 24 has the right of demand granted by TCC art. 202/2. In our conclusion, it should be noted that even if the shareholder has used his or her right to leave according to CML art. 24, he or she can also demand the real value of the shares, according to TCC art. 202/2. It should be also noted that the aforementioned provisions can be implemented cumulatively, even if there are similar opinions, which can be summarized as the shareholder who has used its right to leave according to CML art. 24 or TCC art. 202/2 cannot demand anything according the other regulation, due to both the regulations have a different area of appliance. As mentioned above, a shareholder exercising the right to leave by taking the separation fee within the scope of CML art. 24, can also – undoubtedly with the existence of a group of companies is given and the other criterias written in TCC art. 202/2 are fulfilled – ask for the recalculation of the separation fee according to the provisions of TCC art. 202/2 and claim the difference between the two as being a proximate damage. It should be also noted that, after using the right of leave according to TCC art. 202/2 or CML art. 24, the shareholder who has used the right to leave cannot also demand right of leave according to the alternative regulation, since the result of the right to leave is accomplished (as the “ex-shareholder” is no longer a shareholder), but can still demand the real value of the shares, which are subject to right of leave. Here TCC 202/2 itself states that it is applicable even if the shares are traded in stock exchange. In other words, TCC 202/2 itself states that the aforementioned regulation can also be applied to the right of leave arising from a public company. So, it should be stated again that those regulations can be applied cumulatively, as aforementioned above. Even it is an open question, which decisions of the company can lead to right of

leave, it will not be discussed in this article. It is also an open discussion that if the right of leave can only arise from the decisions of the company itself or from other shareholders' - especially the controller shareholder's - processes. In this article this subject will not be examined either. But it can be simply notified that those decisions, which can lead to right of leave is not limited, even though there are opposite opinions. At this point it should also be stated that the Capital Market Board (CMB) has no administrative discretion whether the separation fee calculated in accordance to CML art. 24 reflects the real value of the shares or not; this has to be clarified by the courts at the request of the shareholder. This study also aims to find an answer on how the separation fee should be calculated within the scope of legislation (especially the provisions of TCC art. 202/2). It should also be noted that since in CML art. 27 it is written that the TCC art. 208 will/cannot be applied to public companies, the same is not stated in CML art. 24. Finally, it should be noted that a shareholder who has already used his right to leave in accordance with CML art. 24 is not allowed to use it again according to TCC art. 202/2; the demand is only valid if the separation fee calculated within the scope of CML art. 24 is not reflecting the real value, thus it has to be recalculated in terms of TCC 202/2.

I. Genel Olarak

1. TTK m. 202/2 ve SerPK m. 24 Hükümlerinin Uygulanma Alanı

İşbu çalışmamızda inceleme konusu yapılacak hükümler, anonim şirketler perspektifinden, SerPK m. 24 ve TTK m. 202/2 hükümleridir. Bu bakımdan özel olarak halka açık (anonim) ortaklıklar¹ bakımından uygulama alanı bulacak olan SerPK m. 24 hükmü ile yine özel olarak şirketler topluluğunun mevcudiyeti hâlinde gündeme gelebilecek TTK m. 202/2 hükmü ele alınacak olup pay sahibinin bir bedel karşılığında şirketten ayrılması sonucunu doğuran, TTK m. 141, 208, 483, 531 ile SerPK m. 26, 27 ve sair hükümler –özel olarak- değerlendirilmeyecektir.

“Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması” kenar başlığını taşıyan ve şirketler topluluğu hâkiminin sorumluluk sistemini kurallara bağlayan TTK m. 202’nin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde ayrılma hakkına ilişkin temel kural “(h)âkimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen ve bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan...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...satın alınmasını mahkemeden isteyebilirler.” şeklindedir. Bizatihi “ayrılma hakkı” başlıklı SerPK m. 24’ün ilk cümlesi ise “23 üncü maddede belirtilen önemli nitelikteki işlemlere ilişkin genel kurul toplantısına katılıp da olumsuz oy kullanan ve muhalefet şerhini toplantı tutanağına işleyen pay sahipleri, paylarını halka açık ortaklığa satarak ayrılma hakkına sahiptir.” şeklinde olup hüküm, halka açık anonim ortaklıklar bakımından uygulama alanı bulmaktadır.

İnceleme konusu bakımından belirtelim ki, her iki hüküm de, pay sahibine, alınacak/yapılacak (önemli) bazı kararların/işlemlerin akabinde, bu kararlara/işlemlere muhalif kalınması kaydıyla, paylarının değerini alarak çıkma/ayrılma hakkı bahşetmektedir. Pay sahibi, ilgili şartların gerçekleşmesi durumunda paylarını tek taraflı irade açıklaması ile satma hakkı elde etmekte ve bu opsiyonu kullanarak payının mali değeri karşılığında şirket ortaklığından ayrılabilir. Söz konusu “çıkış” imkânı, anonim ortaklıklar hukuku düzeninde istisnai nitelik taşımakta olup çoğunluk karşısında zor duruma düşen ya da düşme ihtimali olan azınlığın², özellikli durumlarda, pay sahipliği/ortaklık kıskacı içinde kalmaktan kurtulmasını sağlamaktadır.

¹ TTK m. 1531 hükmü uyarınca gerek “şirket” gerek “ortaklıklar” terimleri anlamdaş ve kanuni terimler olup birinin diğerinin yerine kullanılması mümkündür. Çalışmamızda da kimi zaman “şirket” kimi zaman ise “ortaklık” ifadesi kullanılacak olup bunların aynı manada olduklarını belirtelim.

² Burada “azınlık” ifadesi, teknik anlamda şirket sermayesinin belli bir oranına (yüzde beş veya on) denk gelen paylara sahip olmaktan kaynaklanan ve –bireysel pay sahiplerine nazar- ekstra haklar kullanan pay sahibi grubunu değil; kontrolü elinde bulunduran pay sahiplerinin dışında kalan tüm pay sahiplerini karşılamaktadır. Bu anlamda “azınlık”, % 1 oranında paya sahip olabileceği gibi, % 10’un çok daha üzerinde bir pay sahipliğine de denk gelebilir. Hatta buradaki azınlık, kontrol dışındaki pay sahipleri yığını ifade ettiği için, ilgili şirketteki kontrol eşliğinin % 50’nin altında olması olasılığında, birbirleri ile irtibatlı olmayan “azınlığın”, pay çoğunluğunu elinde bulundurması da mümkündür. Çalışmamızda kullanılan “azlık” terimi de, bu anlamdadır.

Bununla birlikte her iki hüküm de pay sahibine ayrılma hakkı vermekle birlikte, gerek hakkın kullanımına dayanak niteliğindeki kararlar/işlemler gerek de pay bedelinin hesaplanması bakımından farklılıklar arz etmektedir. Buna ek olarak SerPK m. 24 hükmünün halka açık ortaklıklarda uygulama alanı bulan bir hüküm olmasına rağmen TTK m. 202/2 hükmünün ancak bir şirketler topluluğu mevcudiyeti hâlinde uygulanabilecek olması da, bu hükümler arasında farklılık teşkil eden bir diğer noktadır. Diğer bir ifadeyle, TTK m. 202/2 hükmünün uygulanabilmesi, -halka açık veya değil- ortaklıklardan müteşekkil bir şirketler topluluğunun varlığına muhtaçken SerPK m. 24 hükmünün uygulanması, özel olarak bir şirketler topluluğunun mevcudiyetini gerektirmektedir; halka açık bir anonim şirketin varlığı, anılan hükmün uygulanabilmesi için gerekli ve yeterlidir. Son olarak ifade edelim ki, bu hükümler kapsamında ileri sürülecek ayrılma hakkının muhataplarının farklılığı da, hükümler arasındaki bir diğer fark olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de TTK m. 202 hükmü kapsamında gerek zararın tazmini gerek de payların satın alınması talebi hâkim şirkete/teşebbüse, bu anlamda pay sahibine yöneltilmekteyken SerPK m. 24 kapsamında ileri sürülecek talebin muhatabı, SerPK m. 23 hükmünde sayılan işlemleri yapan/kararları alan şirket tüzel kişiliğinin kendisidir. Diğer bir deyişle SerPK kapsamındaki talep pay sahibi tarafından, bizatihi pay sahibi olduğu şirket tüzel kişiliğine doğrudur. Buna karşılık TTK m. 202/2 kapsamındaki istem, pay sahibi tarafından, -genellikle- pay sahibi olmadığı bir şirkete (hâkim şirkete) yöneltilmektedir.

Bunların dışında, ayrılma hakkı doğuran işlemler bakımından konuya yaklaşıldığında, gerek SerPK'da gerek de TTK'da yer alan işlemlerin, benzer oldukları ve fakat özdeş olmadıkları görülmektedir. Ayrılma hakkı bahşeden işlemlerin neler olduğu ve bu işlemlerin sınırlı sayıda olup olmadığı hususu ise, işbu çalışmanın kapsamına girmemekle birlikte hâlihazırda Türk doktrininde tartışılan bir konudur³. Bir diğer tartışılmalı husus ise -yine çalışmamızın kapsamına girmemekle

³ Söz konusu tartışmalar için bkz. Salih Önder Yeşiltepe, *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakları* (2015) 150 dph. 353, Ali İhsan Karacan, *Sermaye Piyasası Hukuku-Yazılar C. I (Yazılar)* (2017), 238. Fıkıradaki sayılan işlemlerin sınırlı sayıda olmadığı ve hangi işlemlerin hüküm kapsamında ele alınacağı konusunda takdirin mahkemeye ait olduğu konusunda bkz. Ersin Çamoğlu, '*Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları*' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013/2, (2013), 27. Ali İhsan Karacan, *Ortaklıktan Çıkarma-Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Bir İnceleme* (2015) 167. Bir diğer yazar da, bu saymanın tahdidi olmadığını belirtmektedir. Bkz. Gökçen Turan, '*SPKn m. 24'e İstinaden Ayrılma Hakkını Kullanan Ortak, Ayrıca TTK m. 202/2'ye Dayanarak Davaya Açılabilir mi?*' İÜHF M. C. LXXV S. 2, 725. Sermaye piyasası mevzuatı özelinde, önemli nitelikteki işlemlerin sınırlı olmadığını beyanla doğrudan önemli nitelikte sayılan işlemler, önemlilik kriterine bağlanmış işlemler ve diğer önemli işlemler şeklindeki üçlü bir ayırım için bkz. Ayşen Veliöğlu, *Sermaye Piyasası Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Ortaklıkların Önemli Nitelikteki İşlemleri* (2019) 92 vd. Ayrılma hakkını düzenleyen ülkelerde, bu hakkı doğuran işlemlerin sayılmasının ardından bu saymanın tahdidi olmadığını belirten ifadelerin kullanılmaması nedeniyle saymanın sınırlı olduğu yönündeki kanaat için bkz. Yusuf Z. Sönmez, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı* (2009) 113. Bu tespitten hareketle yazar aynı eserinde (211) saymanın sınırlayıcı olmadığını belirtmektedir. Ayrılma Tebliği m. 5 hükmünün, önemli nitelikteki işlemleri sınırlı sayıda listelediği ve bu bakımdan *bir işlemin SerPK m. 23-24 kapsamına girmemesi hâlinde TTK m. 202/2'nin öngördüğü mekanizmanın kullanılabilmesi* hususunda bkz. Hamdi Yasaman, '*Şirketler Topluluğu Hukukunun Sermaye Piyasası Hukukuna Yansımaları*', *Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku* (Ed: Gül Okutan Nilsson) (2018) 148. Hükümde sayılan kararların tahdidi olmamakla birlikte, "konuları" itibarıyla sınırlı oldukları; bu bakımdan ayrılma hakkı doğuracak işlemin/kararın konusunun yapı veya esas sözleşme değişikliği, ortaklığın varlığı ve menkul kıymet çıkarılması olması gerektiği yönünde bkz. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, (2015) 663, N. 23-128. Bununla birlikte, aynı yazar, bir diğer eserinde aynen "(b)ağlı GK'nın her kararı

birlikte- özellikle TTK m. 202/2 bakımından ayrılma hakkı doğuran işlemlerin mutlak biçimde genel kurulda görüşülmesinin gerekmemesi halinde pay sahibinin bu işleme/fiili duruma ne şekilde muhalefet edeceği konusudur⁴.

Hülasa, bir şirketler topluluğunda halka açık anonim şirket(ler)in de bulunması hâlinde, TTK m. 202/2 ve SerPK m. 24 hükümleri birlikte uygulanma alanı bulabilecektir. Anılan durumda, ayrılma hakkının kullanılmasında hangi hükmeye dayanılacağı sorunu ortaya çıkabilecek, şartların varlığı hâlinde her iki hükmün birlikte uygulanması ihtimali gündeme gelebilecektir. İşbu çalışmada ele alınacak konu da özel olarak anılan hükümlerin birlikte uygulanma imkânı ve bunun yöntemiştir.

2. İnceleme Konumuz Kapsamında Ayrılma Hakkının Varlık Nedeni

Ayrılma hakkı⁵, pozitif hukukumuzda –teknik manada bir ayrılma hâli olmayan iskat müessesesi hariç olmak üzere⁶- ilk defa TTK ve SerPK hükümleri ile girmiştir. Söz konusu hükümlerin esas amacı, çoğunluk ilkesine göre işleyen anonim şirketlerde, azlık/çoğunluk olmayan/kontrol gücünü elinde tutmayan pay sahiplerinin haklarının korunmasına hizmet eden hükümlerin (örn.; genel kurul kararlarının iptaline ve butlanına imkân veren TTK m. 445 vd.; yönetim kurulu üyelerinin/ yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin TTK m. 549 vd.) bu korumanın tesisinde yetersiz kalabileceği saikiyle, özellikli durumlarda kontrol mekanizmasının dışında kalan pay sahiplerine ayrı bir koruma sağlanmasıdır. Bu koruma ise, anılan diğer koruma mekanizmalarının aksine, pay sahiplerinin hâlâ şirkette pay sahibi olarak devam etmesi sonucunu doğurmayıp aksine çoğunluğun hegemonyasından –çoğunluk

değil sadece fıkra da sayılanlar hakimiyetin kullanılmasının konusunu oluşturabilir. Bu kararlarda konusu (adı) belirtilen ve 'önemli' esas sözleşme değişiklikleri GK kararları şeklinde iki bölüme ayrılır." demektir. Bkz. Ünal Tekinalp (Reha Poroy/Ersin Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku II*, (2017) 773, N. 2182.

⁴ Ayrılma hakkının kullanımı için, kanaatimize ortağın makul süre içerisinde yapılan işlemlere –şüphesiz ki ayrılma hakkı doğuran durumun bir işlem şeklinde gerçekleştirilmesi durumunda- itiraz ettiğini belirtmesi gerekmektedir. Doktrinde *Tekinalp* de konuya yönelik olarak, kararın yönetim kurulunca verilmesi hâlinde, karara -somut olayın şartlarına göre belirlenecek- makul bir sürede itiraz eden ortağın ayrılma hakkını kullanabileceğini ve söz konusu makul sürenin on gün ile iki hafta arasında olabileceğini belirtmektedir, Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) (3) 778, N. 2198. Anılan yazar bir diğer eserinde ise, itiraz için bir süre öngörülmediğini ve hükmün sonundaki düzenlemenin zamanaşımı süresini belirlediğini ifade etmektedir, Tekinalp (3) 591, N. 23-132. Öte yandan kanaatimize, yönetim kurulunun özellikle ayrılma hakkına sebebiyet verebilecek işlemleri her zaman karar şeklinde olmayabileceğinden ve ayrıca yönetim kurulu kararları her durumda ilan edilmeyebileceğinden, pay sahibinin itiraz edebileceği sürenin, hakkın kullanılabilmesi zamanaşımı süresi haricinde herhangi bir süre sınırı olmaksızın, her somut duruma göre değerlendirilmesi gerekmektedir, Sönmez (3) 197.

⁵ Bu hususta ayrıntılı değerlendirme için bkz. Ali Paşlı, *Anonim Ortaklığın Devralınması* (2009) 289 vd.; özellikle 312 vd. ve orada anılan yazarlar.

⁶ Nitekim iskat prosedüründe nakdi sermaye borcunu ödemeyen pay sahibinin yapılan apel çağrularına rağmen bu borcunu yerine getirmemesi söz konusudur ve bu yaptırım ancak, sermaye taahhüdünün ödenmediği paylar bakımından gündeme gelmektedir. Buna karşılık ayrılma hakkı, özetle, pay sahibinin, gerçek değeri karşılığında paylarının (tamamının) satın alınmasını ifade etmektedir. Bu itibarla iskat prosedürü esasen sermayenin tedariki amacına hizmet edip sadece sermaye borcu tamamen ödenmemiş paylar yönünden sonuç doğurmaktayken çıkma/ayrılma hakkı, azlık konumundaki pay sahiplerinin çoğunluk gücü karşısında himaye görmesini sağlamaktadır. Kaldı ki, iskat ilgili pay sahibine yönelik bir yaptırım içermekte iken ayrılma hakkında ilgili pay sahibine dilediği takdirde kullanabileceği özel bir fırsat verilmektedir. Bu anlamda birinde cezalandırma, diğerinde ise ödüllendirme; en azından fırsat sunma söz konusudur. Iskat konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Cenker Değirmenci, *Anonim Ortaklıkta Iskat* (2006), b.a. Ayrılma hakkının, anonim ortaklıklar özelinde benzer kurumlardan farkı için bkz. Tuğba Semerci Vuraloğlu, *Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı* (2018) 54 vd.

gücünün kötüye kullanımı/şirketin kaderini etkileyecek önemli kararlar alınması nedeniyle- “kurtulmak” isteyen pay sahiplerine çıkış (exit) kapısını açmak şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Şüphesiz ki temel itibarıyla küçük birikimlerin bir araya getirilerek büyük yatırımlar yapılması düşüncesinden hareketle vücut bulan anonim ortaklıklarda pay sahibine tanınan ayrılma hakkının kullanımı da bazı özel şartların varlığına bağlı bulunmaktadır. Yoksa içinde sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırılığı içeren, şirketin kendi paylarını satın alması sonucunu doğuran, takiben anonim ortaklık teorisine yabancı olan bu hak, piyasada satış yaparak çıkış fırsatı bulamayan ya da bu imkânı dilediği fiyattan elde edemeyen pay sahibine anonim ortaklık sisteminin özünde olan kolaylıkla çıkış imkânını, -gerçek anlamda istenen şekilde olmasa da- dolaylı yoldan sağlamaktadır.

3. Ayrılma Hakkının Hukuki Niteliği

Ayrılma hakkı, tek taraflı kullanılmakta ve muhataba/şirkete varmasıyla birlikte sonuçlarını doğurmaktadır; bu bakımdan bir yenilik doğuran haktır⁷. Söz konusu inşai niteliğinden ötürü bu hak, muhatabına varmakla birlikte tükenir ve sonrasında geri alınmaz. Diğer bir deyişle yenilik doğuran hak niteliğindeki ayrılma hakkını kullanan kişi/pay sahibi, bu hakkın sonuçlarına katlanır/sonuçlarından faydalanır; ayrıca hakkın muhatabının kabulü aranmaz. O kadar ki, tarafların daha sonradan anlaşmaları hâlinde dahi, kullanılan yenilik doğuran hakkın neticeleri ortadan kaldırılamaz⁸.

Bu noktada, çalışma konumuz itibarıyla tekraren ifade edelim ki, pay sahibi, ayrılma hakkını kullanmakla birlikte hakkın muhatabı olan şirketteki “ortak olma” statüsünü terk etmekte; bütün payları yönünden pay sahipliğini kaybetmektedir. Bunun sonucu olarak da, ayrılma hakkını kullanan pay sahibinin, daha sonra bu hakkın muhatabı olan şirkete geri dönmesi –en azından ayrılma hakkından vazgeçmek suretiyle- mümkün olmamaktadır.

Ne var ki, çalışma konumuz özelinde irdelenen sorun, ayrılma bedelinin hesaplanmasına yöneliktir. Bu bağlamda pay sahibi, ister SerPK m. 24 ister TTK m. 202/2 hükmünden hareketle ayrılma hakkını kullansın, (muhatabın rızası olsa dahi) bu hakkını geri almak suretiyle muhatap şirkete geri dönemeyecektir.

Öte yandan, dönüşü imkânsız olan sonuç, ayrılma hakkının kullanılmasıyla pay sahipliği sıfatının kaybedilmesidir. Ancak ayrılma hakkını kullanan pay sahibinin, sonradan ayrılma bedelinin eksik olduğu hususunda bir dava ikame etmesi

⁷ Yenilik doğuran hakların kullanılması hususunda detaylı bir bilgi için bkz. Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (2005) 203 vd. Ayrılma hakkının yenilik doğuran hak niteliği konusunda bkz. Semerci Vuraloğlu (6) 243 vd.

⁸ Buz (7) 257.

mümkündür. Bu durum, ayrılma hakkının kullanılmasıyla varılan pay sahipliğinin kaybı sonucunu değiştirmemektedir; hakkı kullanan ortak, pay sahipliği sıfatını kaybetmiştir; dolayısıyla bu ifademiz, yenilik doğuran hak teorisini zedeleyen bir tespit/yorum niteliğinde değildir. Ancak kanaatimizce, ayrılma bedelinin eksik olduğu/hatalı hesaplandığı/payın gerçek bedelini yansıtmadığı konusunda, ayrılma hakkını kullanan ortağın dava ikame etmesi mümkündür; bu dava, yenilik doğuran hakkın geri alınarak davacı ortağın, şirkete yeniden ortak olması neticesini doğurmaz. Hak bedelinin sorgulanabilir olması, ilgili hakkın “inşai” niteliğine halel getirmeyecektir.

Bu bakımdan, örneğin; -çalışmamızın izleyen satırlarında daha detaylı değinilecek olmakla birlikte- SerPK m. 24 hükmüne göre ayrılma hakkını kullanan pay sahibinin, ayrılma bedelinin mezkûr hükme uygun hesaplanmış olması hâlinde dahi, -şüphesiz ki bu bedelin payın gerçek bedelini yansıtmaması; bu itibarla pay sahibinin zararının bulunması kaydıyla- TTK m. 202/2 hükmüne göre ayrıca hesaplama yapılmasını talep etmesi mümkündür. Konu bu perspektiften ele alındığında, SerPK m. 24 hükmüne göre hesaplanacak pay/ayrılma bedeli ile payın gerçek değerini karşılamayan kısmının, adeta bir munzam zarar şeklinde, TTK m. 202/2 hükmüne dayanılarak tazmini talep edilebilecektir. SerPK m. 24 anlamında hakkın kullanılması ile birlikte tükendiği, bu anlamda geri dönüşün mümkün olmadığı tespiti, tek başına, yenilik doğuran hak teorisi anlamında, sonradan TTK m. 202/2’ye dayalı davanın (ayrılma hakkı bedelinin yeniden hesaplanması istemli davanın) önünde bir engel teşkil etmeyecektir.

Bu genel açıklamaların ardından, aşağıda öncelikle ayrılma hakkının kim/hangi ortak tarafından kullanılabilirliği, devamında ayrılma hakkı bedelinin hangi ölçütlere göre hesaplanması gerektiği sorularına cevap aranacaktır.

II. Ayrılma Hakkının Pay Sahibi Tarafından Kullanılmasının Anlamı

1. Genel Olarak

Çalışmamızda özel olarak ele alınacak olan hükümlerden TTK m. 202/2 hükmünün konuya ilişkin ilk cümlesinde şöyle denilmektedir:

“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 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.”

Yine çalışmamızın bir diğer inceleme konusunu teşkil eden SerPK m. 24/1 de şu şekildedir:

“[SerPK’nın] 23 üncü madde[sin]de belirtilen önemli nitelikteki işlemlere ilişkin genel kurul toplantısına katılıp da olumsuz oy kullanan ve muhalefet şerhini toplantı tutanağına işleten pay sahipleri, paylarını halka açık ortaklığa satarak ayrılma hakkına sahiptir. Halka açık ortaklık bu payları pay sahibinin talebi üzerine, söz konusu önemli nitelikteki işlemin kamuya açıklandığı tarihten önceki otuz gün içinde borsada oluşan ağırlıklı ortalama fiyatların ortalamasından satın almakla yükümlüdür.”.

Görüldüğü üzere her iki hükümde de hakkı kullanabilecek kişinin “pay sahibi” olduğu belirtilmektedir. Bu bakımdan pay sahibi olmayan bir kimsenin, örneğin pay üzerinde intifa hakkına sahip bir kimsenin bu hakkı kullanabilmesi söz konusu olmayacaktır. Diğer bir deyişle, bu hak, her ne kadar karara/işleme muhalif kalınmasını gerektirse ve bu bağlamda oy hakkına bağlı görünse de, pay sahipliği sıfatının sona erdirilmesi neticesini doğurması itibarıyla pay üzerinde intifa hakkına sahip olan kişi tarafından kullanılamaz. Aynı gerekçeyle –pay sahibi ile arasındaki özel anlaşmadan ötürü- oy hakkını haiz olan pay üzerindeki rehin hakkı sahibinin de ayrılma hakkını haiz olmadığı sonucuna varılması gerekmektedir⁹.

Yine burada ifade edilmelidir ki, pay sahipliği gerekliliğinin yanı sıra talep sahibi olan pay sahibinin muhalefeti de aranmaktadır. Ancak anılan bu ikincil gereklilik, doğası gereği, ayrılma hakkı doğuran işlemin/durumun/sebebin, genel kurulca yapılacak bir işlem vasıtasıyla gerçekleşmesi hâlinde ortaya çıkacaktır. Tersten ifadeyle, ayrılma hakkı doğuran işlemin/durumun genel kurul kararı aracılığıyla yapılmaması hâlinde¹⁰, şüphesiz ki pay sahibinin -olmayan bu- genel kurul kararına muhalefeti de aranmayacaktır.

⁹ Nitekim SPK’nın II-23.1 no’lu Tebliği (kısaca “Ayrılma Tebliği”) m. 9/3 hükmünde de ayrılma hakkının intifa hakkı sahibince kullanılmayacağı açıkça belirtilmiş olup pay sahibinin, genel kurul toplantısına katılıp anılan kararlara muhalif kaldıktan sonra bu muhalefeti tutanağa geçirmesi hâlinde ayrılma hakkını kullanabileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Uzun süreli intifa hakkı tanınması durumunda bu düzenlemenin menfaatler dengesine uygunluğunun tartışılır olduğu noktasında bkz. Barış Kaya, *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı* (2018) 107. Kanaatimizce anılan görüşe katılabilme imkânı bulunmamaktadır. Zira ayrılma hakkı, doğrudan pay sahibinin pay üzerindeki mülkiyetini sona erdirmektedir ve pay üzerindeki -uzun süreli veya değil- intifa hakkının varlığı buna engel olacak nitelikte değildir. Öte yandan intifa hakkı tanınması, kural olarak şirketin onayına tabi değildir ve bu açıdan ancak pay sahibinin, intifa hakkı sahibine karşı sorumluluğu doğabilir. Ayrılma hakkı ise, doğrudan ortaklık sıfatının kaybına yol açtıktan, intifa hakkı sahibi, bu intifa hakkından olan beklentileri ne kadar büyük ve/veya haklı olursa olsun, pay sahibinin söz konusu hakkına engel olamaz ya da bu hakkı, pay sahibinin yerine kendisi kullanamaz. Zira intifa hakkı, bir şeyi kullanma ve o şeyin semerelerinden faydalanma hakkı vermektedir; ayrılma hakkı ise mülkiyetin sona ermesi sonucunu doğurmaktadır. Intifa hakkı sahibinin ayrılma hakkını kullanamayacak olmasına karşın, ayrılma hakkını kullanan pay sahibinin intifa konusu malı ortadan kaldırmasından ötürü pay üzerindeki intifa sahibine karşı sorumluluğunun, intifa hakkının ayrılan pay sahibinin şirketten olan alacak hakkının/surogat üzerinde devam edip etmeyeceği meselesi, çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır.

¹⁰ Belirtelim ki, sermaye piyasası mevzuatı bakımından ayrılma hakkının doğumu, kategorik olarak, bu hakkı doğuran işlemin genel kurulda görüşülmesini gerektirmektedir. Bu itibarla, belirtilen şekilde bir genel kurul kararı bulunmadığı takdirde ayrılma hakkı da doğmayacaktır. Buna karşılık, TTK’nın şirketler topluluğuna yönelik düzenlemeleri bakımından ayrılma hakkının doğumu, mutlak suretle bir genel kurul kararını gerektirmemektedir; ancak bu durum, ortamın, ilgili işleme muhalif kalmamasını gerektirmektedir. Diğer bir deyişle, ayrılma hakkına sebebiyet veren işlem, genel kurul kararı niteliğinde olmasa dahi, ayrılma hakkını kullanmak isteyen ortak, ayrılma hakkı doğuran işlemin niteliği de dikkate alınarak tayin ve takdir edilecek bir sürede, bu işleme olan muhalefeti belirtmelidir.

2. Pay Sahipliğini Haiz Olma Anı Bakımından TTK m. 202/2 ve SerPK m. 24 Hükümlerinin Uygulanması

Mezkûr düzenlemelerin ikisinde de “pay sahibi” ifadesine yer verilmesinin getirdiği bir diğer soru ise pay sahipliği sıfatının hangi anda bulunması ve hangi ana kadar muhafaza edilmesi gerektiğidir. Somutlaştıracak olursak, SerPK m. 24 hükmü kapsamında ayrılma hakkını kullanan bir pay sahibinin, ayrılma hakkı bedelinin uygun olmadığı düşüncesinde olması durumunda, ayrıca –şüphesiz ki bir şirketler topluluğunun mevcudiyeti koşuluyla¹¹- TTK m. 202/2 hükmü uyarınca ayrılma hakkı bedelinin (yeniden) hesaplanması talebinde bulunup bulunamayacağı tartışma götürür bir husustur. Diğer bir ifadeyle işbu çalışmada cevap aranacak sorulardan biri de gerek SerPK m. 24 gerek de TTK m. 202/2 hükmünde ifade edilen “pay sahibi” ibaresinden ne anlaşılması; daha somut ifade edilecek olursa, pay sahipliği sıfatının hangi anda bulunması ve hangi ana değin muhafaza edilmesi gerektiğidir.

Şirket kontrolünden uzak olan azınlık pay sahiplerinin anonim şirket yapılanması içindeki temel konularda –kendi onayları olmaksızın- alınan kararlar karşısında korunması için getirilen ayrılma hakkı kurumu, hukukumuzda bir taraftan TTK m. 202/2’de diğer taraftan da SerPK m. 24’de düzenlenmiştir. Her iki düzenleme de anonim ortaklıkları ilgilendirmekle birlikte tüm anonim şirketleri de kapsamına almamaktadır. Hükümlerden TTK düzenlemesinin kapsamına şirketler topluluğuna dâhil olan anonim ortaklıklar girerken, SerPK doğası gereği ancak halka açık olan anonim şirketleri ilgilendirmektedir. Öyle ise şirketler topluluğu içinde bağlı şirket konumunda bulunan bir halka açık anonim ortaklıkta anılan kurumun uygulanmasını tetikleyen bir önemli karar durumunda hak sahibi olabilecek pay sahipleri bakımından başvurabilecekleri iki ayrı yasal düzenleme bulunmaktadır. İşte bunların hak kullanım şartları, haklarının kapsamı ve ortaklık tüzel kişiliği/çoğunluk pay sahipleri ile olan ilişkileri açısından acaba nasıl bir yol izlenecektir?

a. İhtimaller

aa. Öncelikli Uygulama

Her iki hüküm arasında özel hüküm–genel hüküm ilişkisi vardır. Bir taraftan spesifik bir şirket türü olan halka açık şirketlere yönelik olmasından, bir taraftan SerPK m. 2/2 ve TTK m. 330 kapsamında sermaye piyasası mevzuatını genel hükümlerin önüne koyan yasa koyucu tercihinin varlığından, bir taraftan da zaman itibarıyla daha sonra yürürlüğe girmesinden hareketle SerPK m. 24, TTK m. 202/2’ye nazaran özel hüküm

¹¹ Bir şirketler topluluğunun mevcudiyeti için asgari kaç şirket gerektiği hususu, işbu çalışma kapsamına dâhil değildir. TTK m. 195/1 ve 2 hükümlerinin, iki ticaret şirketinin mevcudiyetini şirketler topluluğunun varlığı için yeterli görecektir şekilde kaleme alındığına, buna mukabil TTK m. 195/4 ve Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 hükümleri gereğince asgari üç ticaret şirketinin bulunmasının şirketler topluluğunun gereği olduğuna işaret etmekle yetiniyoruz. Ayrıca ekleyelim ki hâkim teşebbüsün varlığı, bir önceki cümlede belirtilen ticaret şirketi bulunması şartına istisna teşkil etmemektedir.

vasfındadır¹². Dolayısıyla her iki hükmün uygulama alanı çakıştığı vakit, ancak SerPK m. 23'deki önemli nitelikteki kararlardan biri alındığında aynı Kanun'un 24. maddesi ve Ayrılma Tebliği hükümleri dairesinde ayrılma hakkı kullanılabilir, yoksa pay sahiplerinin TTK m. 202/2'ye başvurmalarına olanak yoktur. Özel hükmün varlığı, genel hükmün uygulanma imkânını bertaraf etmektedir.

bb. Alternatif Uygulama

Hak sahibi ortağın opsiyon (seçim) hakkı vardır. Buna göre halka açık bağlı şirket ortağı, ya TTK m. 202/2'deki şartlar dairesinde hâkimiyetin hukuka aykırı kullanımına karşı dava/mahkeme vasıtasıyla sonuca varacaktır ya da sermaye piyasası mevzuatındaki kurallar kapsamında verilen hakkı kullanıp SPK gözetiminde hisselerini şirket tüzel kişiliğine satacaktır. Pay sahibi muhayyer olup her iki düzenlemeyi de işletebilir, ancak şirket tarafından sermaye piyasası mevzuatı kapsamında belirlenip depo edilen parayı aldıktan sonra TTK m. 202/2 kapsamında dava açamaz¹³ veyahut da bu madde kapsamında zararının tazminine yönelik bağlı şirket ortağı olarak dava açacaksa da SerPK m. 24'deki ayrılma hakkını kullanamaz.

cc. Kümülatif Uygulama

Her iki maddenin düzenleniş şekli tamamen aynı olmayıp SerPK m. 24 ve Ayrılma Tebliği kapsamında tespit edilen bedel, pay sahibinin paylarının –işlem öncesindeki gerçek değeri kapsamındaki doğrudan zararının tazmini açısından yeterli değilse söz konusu ortağın şirketler topluluğu hükümlerine; eş ifadeyle TTK'ya başvurmasına ve oradaki davayı açmasına da engel yoktur. Pay sahibinin şirket ortaklığından çıkmasında anılan iki düzenleme üst üste gelip kümülatif şekilde uygulanabilir; yeter ki davacı/talep sahibi önemli işlem anında pay mülkiyetine sahip olsun.

¹² Sermaye piyasasının güncel işleyişi ve ayrıksı bir düzenlemenin de bulunmaması karşısında TTK m. 202/2'nin özel hüküm vasfında olduğu düşünülemez.

¹³ Sermaye piyasası mevzuatı kapsamında ayrılma hakkını kullanarak paylarını devreden, böylelikle şirketten ayrılan ortağın dava tarihi itibarıyla pay sahipliği sıfatını haiz olmaması sebebiyle TTK m. 202/2 çerçevesinde aktif husumet ehliyetinin bulunmadığı hususunda bkz. İstanbul 9. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 21.11.2017 tarih ve 2017/658 E., 2017/1020 K. sayılı ilamı: "...Davacı ayrılma hakkını kullanarak devrettiği pay karşılığında belirlenen bedelin belirlenme şeklinin ve esas alınan değerlerin yasaya ve usule aykırı olduğunu iddia ederek payının dava dışı ...AŞ'ye devri karşılığında alması gerektiğini iddia ettiği bedel kadar zararın oluştuğundan bahisle hakim ortak davalıdan TTK 202. maddesi uyarınca tahsilini talep etmektedir. Oysa ki TTK 202. maddenin 1. ve 2. fıkrasına göre ...bağlı şirketin her pay sahibi hakim şirketten... şirketin zararını tazmin etmelerini isteyebilir. Yani ancak bağlı şirketin pay sahipleri ilgili yasa hükmü uyarınca hakim şirketten zararın tazmini istemine ilişkin dava açabilir. Davacı işbu dava açılmadan önce bağlı şirketteki payını...devrettiğinden dava tarihi itibarıyla artık pay sahibi sıfatına sahip değildir. Davaya konu uyumsuzluğa Sermaye Piyasası Kanununun 23 ve 24. maddeleri çerçevesinde bakıldığında da; davacı bu maddelere göre paylarını dava dışı bağlı şirket[er]...satarak pay bedelini almıştır. Davacının ödenen pay bedellerinin Sermaye Piyasası Kanunu'na aykırı şekilde hesaplandığı ve öngörülen usule uygun bir şekilde ayrılma payının hesaplanmadığının iddiası doğrultusunda bu iddiaların ancak payları devralan ve devir karşılığında bedeli ödeyen...Şti'ne yöneltilebileceği açıktır. Dolayısıyla davacının dava tarihi itibarıyla bağlı şirketin ortağı olmadığından hakim şirkete karşı TTK 202. maddesi uyarınca tazminat istemli dava açamayacağı vicdani kanaate varıldığından HMK 114/1-d maddesi uyarınca aktif husumet ehliyeti yokluğundan davanın reddi gerekmiştir...". Görüldüğü üzere yerel mahkeme, TTK m. 202/2'ye dayalı davayı, bağlı şirketin zararının tazmini amacına; yani pay sahibinin dolaylı zararının giderilmesine matuf bir sorumluluk davası olarak görerek huzurdaki davayı, payın işlem sonrası ancak dava öncesi devredilmiş olmasına dayalı olarak –davacı sıfatı yokluğundan- reddetmektedir.

b. Görüşümüz

Yukarıda da belirtildiği üzere gerek SerPK m. 24 gerek de TTK m. 202/2 hükmü uyarınca ayrılma hakkının kullanılabilmesi için pay sahibi olmak zorunluluk arz etmektedir. Eş deyişle ayrılma hakkının, pay sahibi olmayan kişilerce kullanılabilmesi de söz konusu olmayacaktır.

Öte yandan, cevaplanması gereken soru, bu pay sahipliği sıfatının hangi anda bulunması ve hangi ana kadar mevcudiyetini koruması gerektiğidir. Şimdiden belirtelim ki ayrılma hakkının kullanılması neticesinde bu hakkı kullanan pay sahibinin, paylarının tamamı satın alınacağından, pay sahipliği sıfatı sona erecek olmakla birlikte, bu durum kategorik olarak ve aşağıda ayrılma hakkı bedeline ilişkin olarak ayrıca bir talepte bulunamayacağı manasına gelmeyecektir¹⁴.

Bu tespitimizin dayanakları bakımından ilk olarak anılması gereken, TTK m. 202/2 hükmünün gerekçesidir. Madde gerekçesinin ilgili kısmında aynen şöyle denildiği görülmektedir:

“...hâkimiyetin kullanılması karşısında azınlıkta kalan ve hâkimiyetin kullanılış biçimine karşı çıkan pay sahiplerine şirketten çıkış imkânı vermektedir.”

Madde gerekçesinde yer alan bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, TTK m. 202/2 hükmünün asıl amacı, pay sahibine şirketten/şirketler topluluğundan ayrılma hakkı bahşetmektir. Nitekim anılan hükmün, pay sahibine tanıdığı bir diğer talep hakkı olan tazminat talebi hakkı konusunda madde gerekçesinde herhangi bir ifade yer almaması da bu sonucu teyit etmektedir. Dahası, mezkûr hükme ilişkin Adalet Komisyonu Raporu da bu görüşümüze dayanak teşkil etmektedir. Gerçekten de, anılan raporda aynen şöyle denildiği görülmektedir:

“...Maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişikliğin gerekçesi ise; küçük pay sahipleriyle ilgili yatırımcılar tarafından, varsa, payların sadece borsa değerinin her zaman adil olmayabileceği itirazının dile getirilmesi; özellikle kriz anlarıyla borsanın düşme eğiliminde bulunduğu durumlarda borsa değerine bağlanmanın sakıncalı olabileceği; bu sebeple de fıkra ‘...varsa en az borsa değeriyle veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa, gerçek değerle veya...’ şeklinde hükmün değiştirilmesinin uygun olacağını düşünülmesidir...”

Şu hâlde ilk olarak tespiti gereken husus, TTK m. 202/2 hükmünde pay sahibine tanınan tazminat hakkı bakımından, tazminat talebini doğuran işlem anında pay sahipliği sıfatına sahip olunması gerektiği¹⁵ ve bunun esasen de yeterli olduğudur.

¹⁴ Ayrılma hakkının kullanılabilmesiyle pay sahipliği sıfatının sona ereceği ve bu kişinin/eski pay sahibinin, genel kurul kararına karşı dava hakkını kullanamayacağı konusunda bkz. Turan (3) 727-728. Aynı yazar, aynı eserin 733-734. sayfalarında ayrıca doğrudan zarar sebebiyle açılacak sorumluluk davaları bakımından da dava anında pay sahipliği sıfatının bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Kanaatimizce doğrudan zararların tazmini talebiyle ikame edilen sorumluluk davaları bakımından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Doktrinde de dava süresince pay sahibi sıfatının korunmasının gerekmediği konusunda bkz. Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu* (2001) 152.

¹⁵ Ayrılma hakkını doğuran karar anında pay sahibi olunmasının, tazminat talebinde bulunmak bakımından yeterli olduğu

TTK m. 202, -geneli itibarıyla- bir sorumluluk/tazminat düzenlemesi olup pay sahibine tanınan şirketten çıkma imkânı da, esasında bir “tazminat formu” vasfındadır. Hükümün lafzında kullanılan “zararlarının tazminini” ifadesi, bunun doğrudan zarar olduğunu ve bedelin bizzat davacı pay sahibine ödenmesi gerektiğini göstermektedir. Kaldı ki maddede pay sahibinin doğrudan zarara uğrayıp uğramadığından da bağımsız bir şekilde ortağı olduğu şirket tüzel kişiliği bağlamında alınan kararın yaratacağı potansiyel doğrudan veya dolaylı zarar karşısında ona seçimlik haklar verilmektedir. Davacı azınlığın/pay sahibinin, şirketin zararını kendisine istemesi hukuk tekniği açısından mümkün olamayacağına göre burada talep edebileceği, yapılan işlem sebebiyle kendi hisselerinde yaşanan değer kaybı olacaktır ki, bunun da şirket nezdinde oluşan kayıplar açısından en başta gündeme geleceği husus, davacının/pay sahibinin işlem sonrasında payını –ederinden düşük bir bedel ile- devretmiş olması durumudur; bu meblağ üzerinden/yapılan işlem sonrasında gerçek değerinden daha düşük bir bedelle payın devri sonucunda pay sahibinin malvarlığında (doğrudan) zarar oluşmaktadır.

Pay sahibine bizatihi bu maddede verilen seçim fırsatının bir başka madde/düzenleme gerekçe gösterilerek elinden alınması, azınlığı koruma amaçlı TTK m. 202’nin ve hatta genel itibarıyla TTK ve SerPK hükümlerini öngören yasa koyucunun yatırımcının/küçük pay sahibinin korunması yönündeki amacına, uygun düşmeyecektir. Bu itibarla benzer konuları düzenleyen her iki hükmün, şirketler topluluğu içindeki bir halka açık şirket pay sahibi açısından özel hüküm-genel hüküm vasfı bulunmamaktadır. SerPK m. 24’deki çıkış imkânından faydalanan pay sahibine TTK m. 202/2 kapsamında payının gerçek değerini talep hakkının verilmemesi, isabetli olmayacaktır. Kontrol eden/hâkim ortak karşısında, kontrol edilen azınlık pay sahibini koruma amacına matuf SerPK m. 24’ün TTK m. 202/2’yi engeller bir şekilde anlamlandırılması yahut da TTK m. 202/2’nin uygulanmasını SerPK m. 24’den yararlanılmamış olması şartına bağlanması, kanun koyucunun söz konusu koruma amacına aykırı olacaktır. Tam bu noktada TTK m. 202’nin esas itibarıyla tazminat temelli bir düzenleme olduğu, kapsam içi işlemin yapıldığı anda şirket pay sahibi olan kontrolden uzak azınlık ortağın korunmasına hizmet ettiği unutulmamalıdır.

Ayrıca eklenmelidir ki, ayrılma hakkının çıkarma yönüne ilişkin olan SerPK m. 27 hükmünde de -aşağıda III no’lu başlıkta da tekrar belirtileceği üzere- TTK m. 208 hükmünün açıkça uygulanmayacağına belirtilmesi; tersten ifadeyle SerPK m. 24 hükmü bakımından TTK m. 202/2 hükmünün uygulanmayacağına belirtilmemesi, anılan bu son iki hükmün birlikte uygulama alanı bulacağına yönelik tespitimizi desteklemektedir¹⁶.

ve payın devri hâlinde yeni pay sahibinin de bu davaya devam edebileceği yönünde bkz. İrfan Akın, *Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku* (2014) 297.

¹⁶ Semerci Vuraloğlu (6) 137.

Bu durumda, özellikle de (hâkim) şirketin gerçeğe aykırı beyanına güvenerek payını devreden pay sahibinin sahip olduğu tazminat hakkı bakımından bir dolayısıyla zarar değil; doğrudan zarar söz konusudur¹⁷.

Şu hâlde SerPK m. 24 hükmü uyarınca ayrılma hakkını kullanan ve bu suretle (bağlı) ortaklık ortaklığını yitiren bir pay sahibinin, ayrılma hakkına ilişkin bedele itiraz hakkının bulunmadığının kabulü, gerek SerPK m. 24 hükmü yönünden genel bir çerçeve niteliğindeki TTK m. 202/2 hükmünün gerek de neredeyse bütün Türk pozitif hukukunun genel çerçevesi niteliğindeki MK m. 2 hükmünün görmezden gelinmesi anlamına gelecektir.

Ek olarak, TTK m. 202/2 hükmünün esas amacı, madde gerekçesinden hareketle söylenmelidir ki, pay sahibine bir çıkış kapısı açılmasıdır. Gerçekten de sorumluluk ve takiben tazminat talepleri, gerek (anonim şirketler bakımından) TTK m. 549 vd. hükümlerine gerek de genel hükümlere konu edilebileceğinden; bu bağlamda şirketler topluluğunun varlığı anılan hükümler çerçevesinde sorumluluk/tazminat davası ikamesine mâni oluşturmadığından, TTK m. 202/2 hükmünün esas varlık sebebi, payların satın alınması konusunda pay sahibine pozitif bir dayanak sağlamaktır¹⁸.

Konuya ilişkin olarak ayrıca belirtilmelidir ki, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu durumunda da doğrudan zararın varlığı hâlinde, dava ikamesi anında pay sahipliği sıfatının varlığı/muhafaza edilmesi gerekli olmadığı gibi, hisselerin elden çıkarılması ihtimalinde dahi, doğrudan zarar gören sıfatı söz konusu olduğundan, tazminat davası açılması mümkündür¹⁹.

Bu bağlamda, (hâkim şirket tarafından) yapılan işlem sonucunda hissesini, olması gereken/gerçek değerini daha altında bir fiyatla (TTK m. 202/2 uyarınca hâkim şirkete²⁰) satmak zorunda kalan bir pay sahibinin zararı, doğrudan zarar niteliğindedir. Bu itibarla, doğrudan zarar gören sıfatıyla söz konusu zararın tazmininin talep edilmesi, dava anında ve süresince pay sahipliği sıfatının muhafaza edilmesine bağlı değildir.

Önemli olan husus, hâkim şirketin işlemi neticesinde ayrılma hakkını gerçek değerden daha düşük bir bedel üzerinden kullanarak zarar gören (bağlı şirket) pay

¹⁷ Açık bir biçimde doğrudan/dolaylı zarar ayırımı yaparak, şirketler topluluğu özelinde hâkim şirketin/teşebbüsün yönlendirmesi neticesinde pay sahibinin, payını değerinin altında satması hâlinde doğrudan zarara uğrayacağı yönünde bkz. Gül Okutan Nilsson, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku* (2009) 347-349. TTK m. 202/2 hükmü anlamındaki zararın, pay sahiplerinin şirketin zararından bağımsız olarak gördükleri doğrudan zarar niteliğinde olduğu konusunda ayrıca inc. Çamoğlu (3) 29.

¹⁸ Bununla birlikte TTK m. 202/2 hükmüne dayalı tazminat talepleri bakımından TTK m. 549 vd. hükümlerinin de dikkate alınması, mezkûr hükümlerin anonim şirketlerde pay sahibinin tazminat talebi noktasında çerçeve çizmesi münasebetiyle isabetli olacaktır. Tazminat imkânı veren bir diğer düzenleme olan TTK m. 202/1 hükmü kapsamında da, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna yönelik hükümlere atf yapılması (TTK m. 202/1-e c. 1) bu tespiti desteklemektedir.

¹⁹ Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu* (2010) 130-131.

²⁰ Yukarıda da açıklamadığımız üzere, SerPK m. 24 hükmünün uygulanması için bir hâkimiyet ilişkisinin varlığı gerekli olmayıp, anılan hükmün lafzında talebin doğrudan pay sahibi olunan şirkete yöneltileceği belirtilmektedir. Bu da, her iki hükümden kaynaklı ayrılma hakkı taleplerinin muhataplarının farklı olduğuna işaret etmektedir ve işbu çalışmamız kapsamında incelenen hükümlerin kümülatif olarak uygulanabilir olduğunu gösteren bir diğer husustur.

sahibinin bu zararının doğrudan zarar niteliğinde olmasıdır. Zira yinelenen ve dikkat edilecek olursa, burada pay sahibinin zararı, şirketin gördüğü zararın tazmin edilmesi/giderilmesi hâlinde ortadan kalkmamakta olup dolayısıyla zarar niteliğinde değildir. Bu nedenledir ki bağlı şirket pay sahibinin, TTK m. 202/2 kapsamında tazminat talep edebilmesi, dava ikamesi anında pay sahipliği sıfatını haiz olmasına bağlı değildir; tazminat davasını kazanması hâlinde ödenecek tazminatın şirket tüzel kişiliğine verilmek suretiyle zararının tazmin edilmesi söz konusu değildir; pay sahibinin zararının tazmini, ödenecek tazminatın şirkete değil; ancak kendisine verilmesi hâlinde gerçekleşebilecektir.

Pay sahibi, önemli işlem niteliğindeki kararın alındığı vakit şirket ortağıdır ve bu kararla birlikte TTK m. 202/2'nin uygulama alanı içindedir. Artık bu pay sahibinin sonradan sermaye piyasası mevzuatı kapsamında kendisine verilen özel/ekstra bir imkânı kullanarak paylarını satmış ve ortaklık sıfatını yitirmiş olması, onun TTK m. 202/2'den yararlanmasına; daha açık bir ifade ile anılan hüküm ile öngörülen şekil/lerde pay bedelinin hesaplanmasını talep etmesine engel olmamalıdır. SerPK m. 24'deki ayrılma hakkı, bu anlamda TTK m. 202/2'deki seçimlik çıkış imkânının bir yansıması olup, anılan düzenlemenin sermaye piyasası yatırımcısı vasfındaki azınlık şirket ortağı için sınırlandırıcı değil; destekleyici mahiyette olduğunun kabulü isabetli olacaktır. Halka açık şirket ortağı, sermaye piyasası mevzuatının kendisine verdiği özel fırsattan yararlanıp TTK m. 202 bağlamındaki zararını -kısa yoldan- azaltmış olmaktadır. Bu fırsatı kaçırmayan kişiyi sırf ortaklık sıfatını kaybettiği gerekçesi ile TTK m. 202/2'deki genel ve kapsamlı tazminat düzenlemesinin dışına çıkarmak doğru olmayacaktır. Dolayısıyla bu iki düzenlemenin sermaye piyasası yatırımcısı bağlı şirket azınlık ortağı için kümülatif uygulamasının önünde bir engel yoktur.

Tam bu noktada önemle belirtilmesi gereken bir diğer husus, TTK m. 202/2 hükmünde pay sahibine tanınan tazminat ve payların satın alınması taleplerinin ayrılarak, SerPK m. 24 hükmü kapsamında bir değerlendirme yapılması gerektiğidir. Bu itibarla TTK m. 202/2'deki payların satın alınması talebi yönünden gerek dava ikamesi anında gerek de dava süresince/davanın sonuna kadar pay sahipliği sıfatının bulunması ve muhafaza edilmesi, işin/eşyanın tabiatı gereğidir. Dava ikamesi ile davanın sonuçlanması arasında geçen sürede pay sahipliği sıfatının kaybı durumunda, payın satın alınması talebiyle ikame edilen dava da kategorik olarak reddedilecektir. Nitekim Ayrılma Tebliği m. 9 hükmünde de, ilk fıkrada pay sahibinin toplantıya katılması ve alınan karara olumsuz kaldığına ilişkin kaydı toplantı tutanağına işlettirmesi arandıktan sonra, altıncı fıkrada ayrılma hakkının kullanılması bakımından nispeten kısa süreler öngörülmüş olması da, kanun koyucunun iradesinin ayrılma hakkını kullanan pay sahibinin kısa sürede şirketten ayrılmasını sağlamaktır. Bu bağlamda dolaylı bir yorum ile Ayrılma Tebliği kapsamında da, ayrılma hakkının kullanılması ve sonlanması anına kadar pay sahipliği sıfatının muhafaza edilmesi

gerektiği söylenebilir. Şüphesiz ki bu yorumun, ayrılma hakkının kullanımı çerçevesinde ikame edilecek bir dava bakımından yapılması da -sadece TTK m. 202/2 hükmüne dayanılarak ayrılma bedelinin hesaplanması talebiyle ikame edilenler hariç olmak üzere- mümkündür.

Ne var ki, tekrar pahasına belirtelim ki, TTK m. 202/2 hükmü kapsamında tazminat talep edilebilmesi için, pay sahibine verilen zararın doğrudan zarar olması hâlinde ise, gerek davanın ikamesi anında gerek de dava süresince pay sahipliği sıfatının bulunmasına/korunmasına gerek bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, doğrudan zarar hâlinde hem TTK m. 202/2 hükmü uyarınca hem de TTK m. 549 vd. hükümlerince tazminat davası açılması durumunda, pay sahipliği sıfatını zarar anında taşıyan ancak sonradan kaybetmiş olan kişiler dahi, bu tazminat davasını ikame edebilecekler²¹.

Doğrudan zararın varlığı hâlinde, pay sahipliği sıfatını zarar anında taşıyıp sonradan kaybeden kimseler, payların satın alınmasını değil bu kapsamda ancak zararın tazminini talep edebilecek iken; dolaylı bir zararın varlığı durumunda pay sahibi, dilerse –şirkette kalmayı tercih ederek- zararının şirket üzerinden tazminini dilerse de paylarının satın alınmasını talep edebilecektir. Ayrılma hakkı kapsamında, bu hakkını kullandıktan sonra ayrılma bedelini eksik aldığı/bu bedelin doğru hesaplanmadığını/bedelin, payın gerçek değerini yansıtmadığını iddia eden pay sahibinin bu zararı ise doğrudan zarar niteliğindedir ve bu cihetle, zararın tazmini talep olunabilecektir.

Gerçekten de, TTK m. 202/2 hükmü kapsamında ikame edilecek tazminat davasında, (davacı) pay sahibinin zararı doğrudan zarar niteliğindedir ve anılan hüküm lafzında yer alan “pay sahibi” olma şartı da, bu tazminat/ayrılma kararına vücut veren karara muhalefet aşamasında aranmaktadır. Nitekim burada anılan karar ile birlikte zarar şahsileştiğinden ve “doğrudan” talep edilebileceğinden artık talep/dava anında da ayrıca pay sahibi sıfatının mevcudiyetine gerek bulunmamaktadır²².

Ezcümle, TTK m. 202/2 hükmüne dayalı olarak pay sahibinin çıkma/ayrılma değil; tazminat talep etmesi hâlinde tazmini talep edilen zarar doğrudan zarar niteliğindedir ve bu itibarla ayrılma sonucuna yol açan (yenilik doğuran) işlemin yapılması anında pay sahibi sıfatının taşınması gerekli ve yeterlidir; ayrıca anılan hükme dayalı olarak tazminat talep edilmesi durumunda bu sıfatın/pay sahipliği sıfatının varlığı aranmayacaktır. Bu nedenledir ki tazminat talebiyle ikame edilecek dava süresince ve/veya karar anında da pay sahibi olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Takiben TTK m. 202/2 ile SerPK m. 24 düzenlemeleri -kısmen de olsa- kümülatif uygulanabilir olup işlem anında pay sahibi olan kişi, payını sermaye piyasası mevzuatı –SerPK 23 ve 24 ile Ayrılma Tebliği-

²¹ Nitekim TTK m. 202/1 hükmünden kaynaklı tazminat talepleri bakımından TTK m. 553 vd. hükümlerine atıf yapılması da (TTK m. 202/1-e) bu durumu teyit etmektedir. Payların satın alınmasına yönelik talep bakımından da, bu talebe sebebiyet veren işlem anında pay sahipliği sıfatının bulunması gerektiğine ise şüphe bulunmamaktadır.

²² Kürşat Göktürk, *Şirketler Topluğunda Sorumluluk Esasları* (2015) 411.

hükümleri dairesinde devredip şirket ortaklığından ayrılmış olsa bile, işlem sebebiyle uğradığı doğrudan zararın tazminini –bağlı şirketteki ilgili önemli kararın alınmasını sağlayan- hâkim şirketten talep edebilecektir. İşte Ayrılma Tebliği hükümleri dairesinde belirlenen hisse bedeli ile şirketin önemli işlem anındaki gerçek hisse değeri arasındaki fark da, bu anlamda anılan ayrılan ortağın doğrudan zarar miktarı olacaktır.

III. Ayrılma Bedelinin Hesaplanması

İşbu çalışmada üzerinde durulacak diğer husus ise, payları borsada işlem gören (dolayısıyla halka açık) şirketlerde ayrılma hakkı bedelinin hesaplanmasına ilişkin SerPK m. 24 hükmüyle şirketler topluluğunda ayrılma hakkı bedelinin hesaplanmasına ilişkin TTK m. 202/2 hükmünün birbirlerine karşı olan durumudur. Her iki düzenlemenin kümülatif olarak uygulanabileceği tespitinin ardından bu tür bir durumda ilgili hak sahibi ortağın alacağı ayrılma bedelinin belirlenme/hesaplanma yöntemi önem kazanacaktır.

Ayrılma hakkı/pay bedelinin hesaplanması konusunda TTK m. 202/2 ve SerPK m. 24 hükümlerinde (sırasıyla) şöyle denilmektedir:

“...paylarının varsa en az borsa değeriyle, böyle bir değer bulunmuyorsa veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa, gerçek değerle veya genel kabul gören bir yönteme göre belirlenecek bir değerle satın alınmasını mahkemede isteyebilirler...”

“...Halka açık ortaklık bu payları [ayrılma hakkını kullanan pay sahibinin paylarını] pay sahibinin talebi üzerine, söz konusu önemli nitelikteki işlemin kamuya açıklandığı tarihten önceki otuz gün içinde borsada oluşan ağırlıklı ortalama fiyatların ortalamasından satın almakla yükümlüdür.”

“Ayrılma hakkı kullanım fiyatı” kenar başlığını haiz Ayrılma Tebliği m. 10/1 hükmünde de konuya ilişkin olarak;

“(p)ayları borsada işlem gören ortaklıkların payları için ayrılma hakkı kullanım fiyatı, işlemin ilk defa kamuya açıklandığı tarihten önceki, açıklanan tarih hariç olmak üzere, otuz gün içinde borsada oluşan düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalamasıdır.” denilmek suretiyle -farklılıkları olmakla birlikte- SerPK m. 24 hükmündeki düzenleme -büyük ölçüde- tekrarlanmıştır.

Kanaatimiz, SerPK m. 24’deki hesaplama yönteminin payları borsada işlem gören şirketler²³ bakımından öncelikli olarak dikkate alınacağı ve bu şirketlerde gündeme gelecek ayrılma hakkının anılan hükümde belirtilen usulde hesaplanacak bedelle

²³ Özellikle Türk uygulamasında payları borsada işlem gören bir şirketin paylarının genellikle çok küçük bir kısmı borsada işlem görmektedir. Bununla birlikte, ne SerPK m. 24 ne de Ayrılma Tebliği m. 10 hükmü, payları borsada işlem gören ortaklıklara özgüdür; halka açık şirketler bakımından ayrılma bedeli, anılan hükümler çerçevesinde hesaplanır. Fakat bu, belirtilen hükümler kapsamında yapılan hesaplamının, mutlak suretle payın gerçek/adil değerini yansıttığı manasına gelmemektedir; ancak bir karine oluşturması söz konusu olabilir. Bununla birlikte, örneğin payların imtiyazlı olması ya da ayrılma neticesinde şirketin tek ortaklı hâle gelmesi durumunda ayrılma bedelinin bu özel durumlar da dikkate alınarak hesaplanması gerekmektedir, Semerci Vuraloğlu (6) 396-398.

kullanılacağıdır. Yine, gerek SerPK m. 24 gerek de Ayrılma Tebliği m. 10 hükmünde, ayrılma bedelinin hesaplanması bakımından, ayrılma hakkının kullanılacağı payların borsada işlem görüp görmemesine göre bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, borsaya kote ortaklıklar bakımından ayrılma hakkının kullanıldığı payların da borsada işlem görmesi, SerPK m. 24 ve Ayrılma Tebliği m. 10 hükümlerinin lafzının bir gereği değildir. Bu kapsamda, özellikle ayrılma hakkına konu payların borsada işlem görmeyen paylardan olması hâlinde, söz konusu hesaplamanın payın gerçek değerini yansıtmaması durumunda (ve tekraren belirtelim, bir şirketler topluluğunun mevcudiyeti kaydıyla) ayrıca TTK m. 202/2 hükmü dikkate alınarak bir hesaplama yapılması gündeme gelebilecektir²⁴. Bu tespitimize yönelik olarak hukuki gerekçeleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

a) TTK m. 202/2 lafzından da görüleceği üzere kanun koyucunun amacı, esas olarak ayrılma hakkına konu payların, hakkaniyete uygun bir biçimde ve gerçek değeriyle satın alınmasıdır. Nitekim bu yaklaşım, adalet duygusuna da uygun düşmektedir. SerPK m. 24 hükmündeki düzenlemede ise sadece kamuya açıklamadan önceki otuz günlük süre dikkate alınarak yapılacak hesaplamanın payların gerçek değerini yansıtacağı düşüncesinden hareket edildiği anlaşılmaktadır. SerPK m. 24 hükmünün gerekçesinde yer alan “...AB mevzuatına uyum sağlanması amacıyla halka açık ortaklıklar bakımından ilk kez düzenlenen ‘ayrılma hakkı’ kavramı, (...) pay sahiplerine belirli şartlar dâhilinde ve adil bir fiyat üzerinden paylarını şirkete satma hakkı vermekte olup...” ibaresi de, anılan hüküm kapsamında yapılacak hesaplamanın adil olacağı varsayımından hareket edildiğini göstermektedir.

Ne var ki, şirketler topluluğu gibi malvarlıklarının kolaylıkla karışabildiği hukuki ve ekonomik yapılar açısından evleviyetle ve şüphe yoktur ki, işlemin kamuya açıklanmasında çok daha önce payların borsa değeri manipüle edilebilir. Bu durumda ise SerPK m. 24 hükmünün sadece lafza bağlı kalınarak uygulanması, adaletin

²⁴ TTK m. 202/2 hükmü kapsamında yapılacak ayrılma bedeli hesabı ile SerPK m. 24 kapsamında yapılacak ayrılma bedeli hesabının farklı olduğu; bu minvalde TTK m. 202/2 kapsamında ayrılma bedelini takdir yetkisinin mahkemelerde olduğu, SerPK m. 24 kapsamında ise bu bedelin zaten ilgili işleme ilişkin genel kurul öncesinde belirlendiği hususunda bkz. Semerci Vuraloğlu (6) 137. SerPK m. 23-24 kapsamında hesaplanan bedelin hakkaniyete uygun düşmemesi durumunda, payların gerçek değeri ile veya genel kabul gören bir yöntemle hesaplanacak değer ile satın alınmasının talep edilebileceği yönünde bkz. Karacan (3-2017) 305. Konuya yönelik olarak bir diğer müellif, SerPK kapsamında ayrılma hakkının aracı kurum vasıtasıyla kullanılacağından bahisle payların değerini bulma noktasında adil değer açısından bir sorun olmayacağını belirtmiştir. Bkz. Burak Adıgüzel, ‘Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı’, GaziÜHFD 2014 C. XVIII S. 2, 41. Yazar aynı eserin 43. sayfasında, payları borsada işlem görmeyen şirketler için pay sahibinin, ayrılma bedelini ihtirazi kayıtlı kabul edip takiben talep edilen ek değer için pay bedelinin tespiti davası açabileceğini belirtmektedir. Kanaatimizce, payları borsada işlem görmeyen şirketler bakımından varılan bu sonuç isabetli olmakla birlikte, payları borsada işlem gören şirketler açısından farklı sonuca varılmasını gerektiren bir sebep bulunmamaktadır; özellikle çalışma konumuz kapsamında bizatihi TTK m. 202/2 hükmünün lafzı dahi buna engeldir. Dahası sorum, ayrılma bedelinin doğru hesaplanmasından ziyade, doğru hesaplanan bu bedelin payın gerçek değerini yansıtmaması durumunda ne olacaktır. Borsa değerinin/fiyatının, adil/gerçek değer olmayabileceğine şüphe yoktur. Sermaye piyasası mevzuatı kuralları ayrılma bedelinin nasıl hesaplanması gerektiğini belirlemiş olup bu kurallar kapsamındaki matematiksel hatanın düzeltilmesine yönelik SPK nezdindeki şikâyet/itiraz ve/veya alacak davası açılması düşünülebilir. Kanaatimizce şirketler topluluğu hükümlerinin kapsamına girilmeksizin halka açık şirketteki azınlık pay sahibinin ayrılma bedelinin “adillğine” karşı çıkması dahi mümkündür. Bunun dayanağını ise, TTK’nın sorumluluğa ilişkin düzenlemeleri ile TBK hükümleri oluşturmaktadır. Şirketler topluluğunun varlığı, TTK m. 202/2 hükmünün uygulanmasını, takiben de ilgili azınlık/ayrılan pay sahibinin gerçek/adil pay bedelini talep noktasında (bir başka) yasal dayanak elde etmesini sağlamaktadır.

tesisi için yetersiz kalacaktır. Bu nedenledir ki böylesine durumlarda SerPK m. 24 hükmünün, TTK m. 202/2 hükmü de dikkate alınarak irdelenmesi, en azından daha önce söylediğimiz üzere ayrılma hakkını kullanan pay sahibine TTK m. 202/2 bağlamında adil fiyat üzerinde tazminat imkânının da verilmesi gerekmektedir²⁵. Bunda ülkemizdeki şirketlerin borsa fiyatlarının gerçeği yansıtmaya noktasında arz ettiği sorunların büyüklüğü, Borsa İstanbul'daki hisse piyasasının derin olmaması da etkindir.

b) Önemle vurgulayalım ki, SerPK m. 24 hükmünün, TTK m. 202/2 hükmü nazara alınmaksızın uygulanması, yukarıda da belirttiğimiz temel amaçlarından biri küçük yatırımcıyı korumak olan bir hukuk alanının yapısına aykırı düşecektir. Kaldı ki bizatihi SerPK m. 24 hükmünün gerekçesinde de hükmün, “...*paylarını borsada satma imkânı olmayan küçük ortakların sahip olduğu paylar için likidite sağlanması bakımından önemli bir işleve sahip [olduğu]*” belirtilmektedir.

Ayrılma hakkına ilişkin bedel hususunda TTK m. 202/2 hükmünün daha fazla opsiyon barındırmasından hareketle, anılan düzenlemenin halka açık şirketler açısından da uygulanması kanun koyucunun amacına da uygun olacaktır. Şu hâlde kanaatimizce isabetli olan, SerPK m. 24 hükmü kapsamında yapılan hesaplamanın payın gerçek değerini her zaman yansıtmayabileceğinin kabul edilerek ayrılma hakkına yönelik hesaplanan bedelin payın gerçek değerine ve hakkaniyete uygun olup olmadığı hususunda TTK m. 202/2'deki düzenleme kapsamında -gerektiğinde- ayrıca bir hesaplama yap(tır)ılmasıdır. Belirtelim ki SerPK m. 82 ve 84 hükümleri kapsamında SPK'nın, ayrılma bedelinin payların gerçek değerini yansıtmayı yansıtmadığını takdir etme yetkisi bulunmamaktadır; ayrılma bedelinin hesaplanması hususunda ayrılma hakkını kullanan ortak tarafından dava ikame edilmesi gerekmektedir²⁶.

c) Hakkaniyet duygusu haricinde pozitivist bir bakış açısıyla yapılacak lafzi yorum da bu sonucu desteklemektedir. Zira dikkat edilecek olursa, TTK m. 202/2 hükmünde açık bir biçimde payların “*borsa değerinin*” bulunmasından bahsedilmektedir. Türk hukukunda ise bir payın borsa değerinin bulunması, ancak o şirketin paylarının borsaya kote olması/ borsada işlem görmesi ve takiben halka açık olması hâlinde mümkün olacaktır. O nedenle bizatihi TTK m. 202/2 hükmünün lafzı da, payların borsa değeri olabileceğini ve buna rağmen borsa değerinin gerçeği yansıtmayabileceğini öngördüğünden, kanun koyucu anılan hükmün halka açık şirketlerde de uygulanabileceğini kabul etmiştir. Ayrıca eklenmelidir ki, TTK m. 202/2 hükmü, asgari bir bedel öngörmektedir. Hüküm lafzında yer alan “*en az*” ibaresi de bunu doğrulamaktadır. Bu itibarla pay sahibi,

²⁵ İster borsa fiyatı olsun ister genel kabul gören herhangi bir yöntemle göre hesaplanmış olsun pay bedelinin hesaplanmasında esas olanın hakkaniyete uygunluk olduğu konusunda bkz. Karacan (3-2017) 241, 304. Borsa değerinin kriz nedeniyle düşük olması veya fiyatın manipüle edildiği noktasında ikna edici işaretlerin varlığı hâlinde payların borsa değerinin hakkaniyete uygun olmayacağı yönünde bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) (3) 778, N. 2197.

²⁶ Önemli nitelikteki işlem prosedürüne aykırılığın yaptırımını noktasında bkz. Semerci Vuraloğlu (6) 355 vd. Kanaatimizce, yukarıda da ifade edildiği üzere, bir şirketler topluluğu söz konusu olmasa dahi, ayrılma bedelinin eksik hesaplanması dolayısıyla -bu eksik hesaplama üzerinden ayrılma hakkını kullanan ortağın- doğrudan zarar tazmini dolayısıyla TTK m. 549 vd. ve TBK'nın genel hükümlerine dayalı olarak dava açması da söz konusu olabilecektir.

SerPK m. 24 kapsamında ayrılma hakkını kullanmış olsa dahi, payların gerçek/adil/hakkaniyete uygun değeri ile kendisine SerPK m. 24 uyarınca ödenmiş bedel arasındaki farkın tazminat olarak ödenmesini talep edebilir. Bir başka deyişle adil değer/fiyat ile pay sahibinin sermaye piyasası mevzuatı kapsamında önemli nitelikteki işlemin kamuya açıklandığı tarihten önceki otuz gün içinde borsada oluşan ağırlıklı ortalama fiyatların ortalamasından hesaplanan ayrılma bedeli arasındaki fark kadar tazminat talebinde bulunmasına cevaz verilmelidir.

Yine bu aşamada tekraren ve önemle vurgulayalım ki, SerPK m. 24 hükmünün varlığı TTK m. 202/2 hükmünün uygulanmasını bertaraf etmemektedir. Gerçekten de ayrılma hakkı konusunda adeta “madalyonun öteki yüzünü”; hâkim şirketin azlık pay sahibini çıkarabilme imkânını düzenleyen TTK m. 208 hükmünün halka açık şirketlerde uygulanmayacağı SerPK m. 27/3 hükmünde açık bir biçimde belirtilmesine rağmen SerPK m. 24 hükmünde, TTK m. 202/2 hükmünün uygulanmayacağına ilişkin paralel bir düzenleme yer almamaktadır²⁷. Dolayısıyla TTK m. 202/2 hükmünün, SerPK m. 24 hükmü kapsamında ayrılma hakkı bedelinin hesaplanmasında dikkate alınması, kanun koyucunun öngördüğü sistematiğe de uygun düşmektedir.

d) Keza, SPK'nın II-26.1 no'lu Pay Alım Teklifi Tebliği m. 15 hükmünde, pay alım teklifi fiyatına ilişkin olarak;

“(z)orunlu pay alım teklifi fiyatı, hedef ortaklık paylarının borsada işlem görmesi durumunda, payların satışına ilişkin anlaşmanın yapıldığının kamuya duyurulduğu tarihten önceki altı aylık dönem içinde oluşan günlük ağırlıklı ortalama borsa fiyatlarının aritmetik ortalaması ile teklifte bulunan veya birlikte hareket ettiği kişilerce pay alım teklifini doğuran pay alımları da dahil olmak üzere tekliften önceki altı ay içinde hedef ortaklığın aynı grup paylarına ödediği en yüksek fiyattan düşük olamaz. Zorunlu pay alım teklifi yükümlülüğünün doğumuna yol açan pay iktisaplarında ödenen bedelin doğrudan içinde değerlendirilebilecek olan yan edimler veya pay devir tarihinden sonra bazı şartların tahakkuku halinde ödenecek prim ve benzeri hususlar pay alım teklifi fiyatının hesaplanmasında dikkate alınır.” denilmektedir.

Yine SPK'nın II-27.1 no'lu Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği m. 7/2 hükmünde de, hakların kullanım bedeline ilişkin olarak;

“(b)u Tebliğ hükümleri kapsamında satma hakkının kullanımına ilişkin olarak Kanunun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen adil bedelin, ortaklıktan çıkarma hakkının kullanımına ilişkin olarak Kanunun 27 nci maddesinin birinci fıkrası ile 24 üncü maddesi hükümleri çerçevesinde belirlenecek satım bedeli ile eşit olduğu kabul edilir.” denildiği görülmektedir. Belirtilmelidir ki, SerPK m. 27 hükmü de, bedelin hesaplanması bakımından SerPK m. 24 hükmüne atıf yapmaktadır.

Her ne kadar, özellikle Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği düzenlemesi bakımından, yukarıda yer verilen tebliğ düzenlemeleri itibarıyla borsa fiyatının adil değer olduğu zannı uyansa da, kanaatimizce kanun koyucu burada bir faraziye değil;

²⁷ Semerci Vuraloğlu (6) 137.

karine öngörmektedir. Daha açık ifade etmek gerekirse, borsadaki fiyatın ortalaması dikkate alınarak yapılacak hesaplama neticesinde bulunacak ayrılma hakkı bedeli, adil bedel olarak kabul edilmekle birlikte, bu durumun aksinin; hesaplanan bedelin adil bedel olmadığına kanıtlanması mümkündür ve bu durumda, TTK m. 202/2'deki usule göre pay/ayrılma bedelinin hesaplanması söz konusu olabilecektir

Sonuç

Gerek SerPK m. 23 gerek de TTK m. 202/2 kapsamında (sınırlı olup olmadığı tartışmalı olan) ilgili işlemlerin (veya eylemlerin) gerçekleşmesi durumunda pay sahibi, ayrılma hakkını kullanabilir. Bu bakımdan pay sahibinin, SerPK m. 24 hükmüyle karşılanmayan pay bedellerinin, TTK m. 202/2 (veya doğrudan zarar münasebetiyle sorumluluğa ilişkin TTK m. 549 vd. ve/veya TBK hükümleri) uyarınca talebi hâlinde, ayrılma hakkının kullanılması anında pay sahibi sıfatının bulunması gerekli olup bu hakkın kullanımı neticesinde pay sahipliği sıfatının kaybı durumunda dahi bir nevi munzam zarar niteliğinde olan pay bedellerinin gerçek değerinin karşılanmayan kısmını talep etmesi mümkündür. Bu talep/dava anında pay sahipliği sıfatının korunmasına gerek yoktur; esasen ayrılma hakkının kullanılmasıyla pay sahipliği sıfatı da sona ereceğinden hukuken böyle bir imkân da bulunmamaktadır. Ayrılma hakkını kullanan pay sahibinin SerPK m. 24 hükmü kapsamında ayrılma hakkını kullanması hâlinde dahi, ayrılma hakkı/pay bedelinin gerçeğe ve/veya hakkaniyete uygun olmaması durumunda, hesaplanan ayrılma hakkı bedeli ile payların gerçek değeri arasındaki farkın doğrudan zarar olarak tazminini talep etmesi söz konusu olabilecektir. Nitekim kanun koyucunun ayrılma hakkı bedelinin hesaplanmasına ilişkin yaklaşımı, payların gerçek ve adil değerinin hesap edilmesidir. Bu itibarla SerPK m. 24 hükmüne göre hesaplanacak ayrılma hakkı bedelinin gerçeğe ve/veya hakkaniyete uygun düşmemesi durumunda ve ayrıca bir şirketler topluluğunun bulunması kaydıyla ayrılma hakkı bedelinin hesaplanmasında TTK m. 202/2 hükmünün dikkate alınması gerekecektir. Bu hükümlerden kaynaklı talebin muhatabının farklılığı da bu sonucu teyit etmektedir. Yine imtiyazlı paylara ilişkin ayrılma hakkının kullanımı ve/veya ayrılma hakkının kullanımı ile şirketin tek ortaklı hâle gelmesi de, payların gerçek değerinin hesaplanmasında dikkate alınması gereken hususlardandır. Bu ise, SerPK ve Ayrılma Tebliği kapsamında yapılan ayrılma bedeline yönelik hesaplamanın her durumda payların gerçek değerini yansıtmayabileceğine ve takiben ortağın aradaki farktan doğan zararının tazminini talep edebileceğine işaret etmektedir. Zararın tazmini ise ancak mahkeme aracılığıyla tespit edilerek ve takiben aradaki farkın ödenmesi ile sağlanabilecektir. Nitekim SPK'nın, ayrılma bedelinin sermaye piyasası mevzuatına uygun olsa dahi bu bedelin, payların gerçek değerini yansıtmadığından bahisle idari bir takdiri bulunmamaktadır.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almamışlardır.

Kaynakça/References

- Adıgüzel B, *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı* (GaziÜHFD, C. XVIII, Ankara 2014).
- Akdağ Güney N, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu* (İstanbul 2010).
- Akın İ, *Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku* (Ankara 2014).
- Buz V, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Ankara 2005).
- Çamoğlu E, *Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları* (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2013).
- Değirmenci C, *Anonim Ortaklıkta Iskat* (İstanbul 2006).
- Göktürk K, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları* (Ankara 2015).
- Helvacı M, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu* (İstanbul 2001).
- Karacan A İ, *Ortaklıktan Çıkarma-Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Bir İnceleme* (İstanbul 2015).
- Karacan A İ, *Sermaye Piyasası Hukuku-Yazılar C. I* (İstanbul 2017).
- Kaya B, *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı* (İstanbul 2018).
- Okutan Nilsson G, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku* (İstanbul 2009).
- Paslı A, *Anonim Ortaklığın Devralınması* (İstanbul 2009).
- Semerci Vuraloğlu T, *Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı* (İstanbul 2018).
- Sönmez Y Z, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı* (İstanbul 2009).
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (İstanbul 2015).
- Tekinalp Ü, et al., *Ortaklıklar Hukuku II* (İstanbul 2017).
- Turan G, *SPKn m. 24'e İstinaden Ayrılma Hakkını Kullanan Ortak, Ayrıca TTK m. 202/2'ye Dayanarak Dava Açabilir mi?* (İÜHFM, C. LXXV, İstanbul 2017).
- Velioğlu A, *Sermaye Piyasası Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Ortaklıkların Önemli Nitelikteki İşlemleri* (Ankara 2019).
- Yasaman H, *Şirketler Topluluğu Hukukunun Sermaye Piyasası Hukukuna Yansımaları* (Ed.: Okutan Nilsson, G., Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku İstanbul 2018).
- Yeşiltepe S Ö, *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakları* (Ankara 2015).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 29.04.2019
Revizyon Talebi: 20.06.2019
Son Revizyon Tarihi: 26.06.2019
Kabul: 02.07.2019

Paylı Mülkiyete Tabi Bir Taşınmazda Paydaşların Yararlanma, Kullanma ve Yönetime İlişkin Hukuki İşlemlerinin Şerhi

Arzu Genç Arıdemir^{*}

Sanem Aksoy Dursun^{**}

Öz

Paylı mülkiyet konusu eşyanın paydaşları tarafından nasıl kullanılacağı, yönetileceği ile ilgili hukuki işlemler yapılabilirler. Paydaşlar malın kullanımı ve yönetimi için aralarında anlaşmalar yapabilir, bu konuda kararlar alabilirler. Uyuşmazlık halinde paydaşlar mahkemeye başvurup karar alabilirler. Paydaşların yaptığı hukuki işlemlerin payı sonradan kazananlar açısından bağlayıcı olup olmayacağı önemli bir sorundur. Paydaşların yaptığı bu düzenlemelerin payı sonradan kazananlar açısından bağlayıcı olması için şerh edilmesi gerektiği kanunda öngörülmektedir (TMK m.695). Yönetim anlaşmalarının şerh edilmeleri 4721 sayılı Türk Medeni Kanun ile ilk defa hukukumuzda girmiştir. Paylı mülkiyet konusu eşyanın veya payın üçüncü kişiye devredilmesi halinde, paydaşlar arasındaki mevcut yararlanma, kullanma veya yönetime ilişkin anlaşmaların üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilmesi, uygulamada sorunların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. MK m.689/ son ile MK m.695 hükümleri bu ihtiyacı gidermek üzere düzenlenmiştir. Şerh ile ilgili birçok hukuki sorun bulunmaktadır. Paydaşların yaptığı hangi düzenlemelerin şerh edilebileceği bunlardan biridir. Sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu eşya hukuku sisteminde paydaşların yaptığı düzenlemelerin şerhinin hukuki niteliği incelemenin başlıca konusudur. Şerhin koşulları ve etkisi hususları bu incelemede irdelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Paylı mülkiyette yönetim • Şerh • Yönetim anlaşması

Annotation of the Legal Transactions of the Joint Owners Concerning the Use, Utilization and Management of A Property

Abstract

The joint owners of a property can make legal transactions concerning the use, utilization and management of a property. These transactions can be contracts or decisions. When the joint owners cannot decide how to use or manage the property they can also appeal for a court decision. The most important legal problem is whether these decisions and contracts shall be binding for the new persons that overtake the joint ownership. Turkish Civil Code Article 695 stipulates annotation of the legal transactions in order to be binding for the new joint owners. The annotation of these legal transactions is a newly introduced institution within Turkish Civil Code number 4721. In practice there were many problems concerning the binding effect of the legal transactions between the joint owners in cases where the property is transferred. Article 689 and 695 were introduced to meet these needs. As in Turkish property law, the principle of numerus clausus is valid, and the legal nature of annotation should be clarified. In this essay the conditions and legal consequences of annotation shall also be examined.

Keywords

Management of the joint owners • Annotation • Contract of the management

^{*} **Sorumlu Yazar:** Arzu Genç Arıdemir (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: arzugenc@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-8747-617X

Sanem Aksoy Dursun (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: sanemaksoy70@hotmail.com ORCID: 0000-0002-1055-9321

Atf: Genç Arıdemir A and Aksoy Dursun S, "Paylı Mülkiyete Tabi Bir Taşınmazda Paydaşların Yararlanma, Kullanma ve Yönetime İlişkin Hukuki İşlemlerinin Şerhi" (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 71 <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0003>

Extended Summary

The continuity of the joint ownership and the most efficient use of a property depends on the compatibility of the stakeholders with each other. The joint owners of a property can make legal transactions concerning the use, utilization and management of the property. These transactions can be agreements or decisions. When the joint owners cannot decide how to use or manage the property they can also appeal for a court decision. The most important legal problem is whether these decisions and agreements shall be binding for the new persons that overtake the joint. Turkish Civil Code Article 695 stipulates annotation of the legal transactions in order to be binding for the new joint owners. The annotation of these legal transactions is a newly introduced institution with the Turkish Civil Code number 4721. However, the debate on this issue has not ended. First of all, there is no unity of terms in the Civil Code and it does not explain which legal transactions can be annotated. Joint owners may make an agreement or a decision regarding the use, utilization and management of the property subject to joint ownership; they can appeal to the court in these matters to get a court decision. However, it is unclear what exactly needs to be understood with these legal transactions that the joint owners can take. Despite the sloppy use of the terms, in this review, assessments will be made to solve this term confusion.

Legal transactions must be annotated in order to be binding for the subsequent joint owners. However, there are doubts as to which legal transactions can be annotated. Our review examines which legal transactions can be annotated. However, court decisions do not need to be annotated as they already have a binding effect under Turkish law.

Pursuant to Article 689 of the TCC, each joint owner may request an annotation to the title deed of management and exploitation agreements. Although it is stated as an agreement in the TCC, whether decisions can be annotated should also be examined separately. Pursuant to Article 689 of the TCC, the notarization of the signatures is required for the annotation of the rights or rights arising from the agreement to the title deed register. This condition is not important for the validity of the agreement, but for the annotation. This provision shall seek the conditions for annotation of the agreement, but it should be considered whether these will apply to the annotation of the decisions.

As in Turkish property law the principle of *numerus clausus* is valid, the legal nature of annotation should be clarified. The effect of the annotation of the legal transactions regulated in the provisions of Art. 695 / f.2 and 689 / of the TCC is different from that of the annotation for strengthening the effect of relative rights. Agreements and decisions in joint ownership are multilateral legal transactions that

go beyond a debt relationship that creates mutual rights and obligations for the parties in terms of their legal characteristics. These legal transactions are those transactions that give rise to a statutory effect on the conduct of a joint ownership association. Therefore, it is not appropriate to mention the effect of debt due to goods in these transactions. In this respect, this atypical annotation created in the TCC should also be evaluated in terms of the principle of numerus clausus. Thus, a critical approach will be introduced to the annotation of such legal transactions regulated in the TCC.

Giriş

Paylı mülkiyette paydaşlar maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belirli paylarla maliktir. Paylı mülkiyetin kurulması ile birlikte paydaşlar arasında hak ve yükümlülükleri kapsayan bir bağlılık ilişkisinin oluştuğu öğretide kabul edilmektedir¹. Paydaşlar, paylı mülkiyet konusu eşyaya sahip olmaları nedeniyle kendiliğinden doğan bu birliğin devamı için ortak yönetim ve kullanma düzeni kurmak isterler. Bu ilişki kapsamında birlikteliği devam ettirebilmek için paydaşlar, kullanma, yararlanma ve yönetime ilişkin anlaşmalar yapabilmektedir. 4721 TMK ile birlikte kanun koyucu taşınmazlarla ilgili anlaşmaların tapu kütüğüne şerh verilebileceği TMK m. 689/son'da; taşınmazlarda yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin kararların sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynî hak kazananları bağlaması için bunların tapu kütüğüne şerh edilmesi gerektiği TMK m.695/f.2'de düzenlenmiştir. Taşınır bakımından ise yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda paydaşların yaptıkları düzenleme ve aldıkları kararlar ile mahkemece verilen kararların sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynî hak kazanan kimseleri de bağlayacağı TMK m.695/f.1'de hüküm altına alınmıştır.

Yönetim anlaşmalarının şerh edilmeleri 4721 sayılı Türk Medeni Kanun ile ilk defa hukukumuzda girmiştir. Eski Medeni Kanun döneminde benzer bir hüküm kanunda yer almamaktaydı. Eşya hukukunda hâkim olan sınırlı sayı ilkesi gereğince ancak kanunda açıkça belirtilen hallerde şerh mümkün olabileceği için yönetim anlaşmalarının şerh edilebilmesinin yasal dayanağı bulunmamaktaydı. Ancak bu dönemde öğretide Kat Mülkiyeti Kanunu m.28/f.4'teki hükümden yararlanılarak kanunda bu konuda bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunduğu ifade edilmekteydi. Buna göre, kat malikleri birliği ile paylı mülkiyet birliğindeki menfaatler birbirine benzediği gerekçesiyle, paylı mülkiyetteki yönetim anlaşmalarının da KMK md.28/f.4'teki gibi, sonradan payı kazanan cüzi halefleri bağlamasını sağlayacak yasal bir düzenleme yapılmalıydı². Çünkü paylı mülkiyet konusu eşyanın veya payın üçüncü kişiye devredilmesi halinde, paydaşlar arasındaki mevcut yararlanma, kullanma veya yönetime ilişkin anlaşmaların üçüncü kişiye karşı ileri sürülememesi, uygulamada

¹ Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, (4th, Yetkin 2016) 101; Cristoph Brunner and Jürg Wichtermann, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II*, in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds) Art.646 N.1, <www.legalis.ch> accessed 02 January 2019; İlker Öztaş, *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı*, (On İki Levha 2011) 36 ff.; Zekeriya Kürşat, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi*, (Arikan 2008) 31; Peter Liver, *Schweizerisches Privatrecht, 5. Band, Sachenrecht, Erster Halbband, Das Eigentum*, (Helbing & Lichtenhahn 1977) 53 ff.; Nihat Yavuz, *Paylı Mülkiyet Yönetimi*, (2006) 19; Turhan Esener and Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, (5th edn, Yetkin 2012) 175.

² M. Kemal Oğuzman and Özer Seliçi, *Eşya Hukuku*, (Filiz 2001) 247; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, (6th, Yetkin 2018) 272 ff. Ayrıca paydaşlar arasında yapılan işlemlerin cüzi halefleri de etkisi altına alacağı yönünde kanunda açık hükme yer verilmemesi ve bu noktada olumsuz bir tavır alınmasının doğru olmadığı hakkında bkz. Abdülkadir Arpacı, *Türk Medeni Kanunu Açısından Müsterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim*, (Kazancı 1990) 62 (*Müsterek Mülkiyet*); Hüseyin Hatemi, Rona Serozan and Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku*, (Filiz 1991) 109. Medeni Kanun'un düzenlemesinin yetersiz olduğu ve İsviçre'deki gibi bir kanun değişikliği yapılması gerektiği hakkında bkz. Şafak Erel, 'Eşyaya Bağlı Borç', AÜSBF Yayınları (1982) (490) 108. 1984 tarihli Medeni Kanunu Öntasarısınının 617/2.maddesinde de taşınmazlarda yararlanma ve kullanmaya ilişkin kararların sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynî hak iktisap edenleri bağlaması için bu kararların tapu kütüğünde beyanlar hanesinde belirtilmesi gerektiği hakkında bkz. S. S.Tekinay, S.Akman, H.Burcuoğlu and A.Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, (5th edn, Filiz 1989) 587.

sorunların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. TMK m.689/son ile TMK m.695 hükümleri bu ihtiyacı gidermek üzere düzenlenmiştir. Bu hükümler çerçevesinde taşınmazlar bakımından paydaşlar arasındaki hukuki işlemlere bağlayıcılık etkisinin sağlanması, tapu kütüğüne şerh edilmesine bağlanmış, şerhe kurucu etki tanınmıştır. Çalışmamızda, paylı mülkiyet konusu eşyanın taşınmaz olması olasılığı gözetilerek değerlendirme yapılacaktır.

Türk Medeni Kanunu'nun 689 ve 695.maddelerinde, “anlaşma”, “karar”, “düzenleme”, “mahkemece verilen kararlar” gibi kavramlara yer verilmiş de bunlardan ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Bu çalışmada, kavramlar arasındaki çelişkiye ve belirsizliğe değinilecek, bu belirsizliğin yarattığı hukuki sonuçlar konumuzla sınırlı olarak incelenecektir. Esasen bu çelişkinin en belirgin olduğu konu, paydaşlar arasındaki hangi hukuki işlemlerin şerh edilebileceği konusudur. Çalışmamızda, bu sorun ele alınırken şerhin hukuki niteliği de konumuzla sınırlı olarak değerlendirilecektir.

I. Paydaşlar Arasındaki Hukuki İşlemler

A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nun paylı mülkiyete ilişkin hükümlerinde hukuki işlemlerin yönetime (TMK md.689-692), kullanmaya (TMK md.693), yararlanmaya (TMK md.693) ve tasarruflara (TMK md.692) ilişkin olarak yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu başlık altında, hukuki işlemlerin türlerinden önce, konuları incelenecektir. Çünkü anılan konular, paydaşlar arasındaki her türlü hukuki işlemin (ister anlaşma, ister karar yoluyla olsun) konusu olabileceğinden tekrara yer vermemek amacıyla öncelikle incelenecektir.

B. Paydaşlar Arasındaki Hukuki İşlemlerin Konusu: Kullanma, Yararlanma, Koruma, Yönetim ve Tasarruf Kavramları

Paylı mülkiyete ilişkin Türk Medeni Kanunu hükümleri incelendiğinde, “2. Yönetim ve tasarruf” kenar başlığı altında TMK md.689-692 hükümlerinde, TMK md.689’da “yararlanma, kullanma ve yönetim”, TMK md.690’da “olağan yönetim işleri”, TMK md.691’de “önemli yönetim işleri”, TMK md.692’de ise, “Olağanüstü yönetim işleri ve tasarruflar” kavramlarına yer verildiği görülmektedir. Keza, “3. Yararlanma, kullanma ve koruma” kenar başlıklı altında ise, TMK md.693’te “kullanma, yararlanma ve koruma” kavramlarından söz edilmektedir. Bu üst kenar başlıkları altında olmasa da “paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren yönetim giderleri, vergiler ve diğer yükümlülükler” hakkındaki TMK md.694 de paydaşlar arasındaki hukuki işlemlerin konusunu oluşturabilir. Söz konusu hükümler incelendiğinde kanunun, “kullanma, yararlanma, koruma, yönetim ve tasarruf”

kavramlarını tanımlamadığı, ancak içeriğinin belirlenmesi bakımından yararlanılacak ölçütler getirdiği söylenebilir. Bu başlık altında, söz konusu kavramların açıklanması hedeflenmektedir.

Öncelikle kullanma kavramını ele almak gerekirse, kullanma kavramı, paylı mülkiyet konusu eşyanın amacına ve özüne uygun olarak işletilmesi, değerlendirilmesidir³. Yararlanma ise biri dar diğeri de geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır⁴. Yararlanma kavramı dar anlamda kullanıldığında eşyanın doğal ve hukuki ürünlerinin elde edilmesini ifade eder. Oysa kavram geniş anlamıyla kullanıldığında, “kullanma” kavramını da kapsar⁵. Örneğin, üç paydaşın paydaş olduğu üç katlı bir taşınmazın her bir katında bir paydaşın oturması, kullanmaya ve geniş anlamda yararlanmaya; paydaşların daireleri kiraya vermesi ise dar anlamda yararlanmaya örnek verilebilir. Madem yararlanma geniş anlamıyla kullanmayı da kapsamaktadır, neden hem kullanma hem de yararlanma kavramına kanunda yer verilmiş olduğu akla gelebilir. Yararlanma kavramı kanunda sadece dar anlamıyla kullanılabilirdiği için TMK md.693’te her iki kavrama ayrı ayrı yer verilmiştir⁶. Bu çerçevede paydaşlardan her biri diğerlerinin yararları ile bağdaşmak kaydıyla, maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir (TMK md.693/1). Paylı maldan yararlanma ve onu kullanmanın sınırları, tarzı ve türlerinin belirlenmesi bakımından kanunda “diğerlerinin haklarıyla bağdaşmak” ölçütüne yer verilmiştir. Burada her somut olaya, eşyanın niteliğine, paydaşlar arasındaki hukuki işlemlerin olup olmadığına bakılarak paydaşın, maldan kullanma ve yararlanma hakkının kapsamı ve türü belirlenmelidir. Paydaşlar arasındaki pay oranı bazen kullanma ve yararlanma hakkı açısından belirleyici olabilir. Örneğin, pay oranı esas alınarak paylı maldan elde edilen ürünler paydaşlar arasında paylaşılabilir. Ancak pay oranı, paylı malı kullanma hakkı için her zaman belirleyici olmaz⁷. Örneğin, paylı mülkiyet konusu taşınmazdaki asansörden kimin, ne zaman ve ne kadar yararlanacağını pay oranına göre belirlemek için niteliğine uygun düşmez; diğer paydaşların haklarını zedelemeyecek şekilde onu paydaşların kullanımına bırakmak gereklidir. Burada TMK md.2’deki dürüstlük

³ Arpacı, *Müşterek Mülkiyet*, 7; Hatemi, Serozan and Arpacı, (n 2) 106. Eşyadan ürünler elde edilmeksizin fayda sağlanması olarak tanımlanan “kullanma” kavramının, hukuki veya doğal ürünleri elde etmeyi ifade eden dar anlamda “yararlanma” kavramından ayrılabilceği hakkında bkz. Öztaş, (n 1) 53.

⁴ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi and Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, (21th edn, Filiz 2018) 266; Heinz Rey, *Die Grundlagen des Sachenrecht und das Eigentum*, (Staempfli 2000) 171; Arpacı, *Müşterek Mülkiyet* 11; Hatemi, Serozan and Arpacı, (n 2), 106 ff.; Arthur Meier-Hayoz, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, Sachenrecht, I. Abteilung, Das Eigentum*, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art.641-654 ZGB, (5th, Staempfli 1981) Art.648, N.11; Robert Haab, August Simonius, Werner Scherrer and Dieter Zobl, *Kommentar zum schweizerischen Gesetzbuch, Das Sachenrecht, Zürcher Kommentar, Das Eigentum, Art.641-729 ZGB*, Band: NR.IV/1, (2th edn, Schulthess 1977), Art.648, N.3. Yararlanma, “eşyanın kullanılmasıyla elde edilen yararlarla, eşyaya ait hukuki ve doğal ürünleri birlikte ifade” eden bir kavram olarak kabul edilmektedir. Bkz. Öztaş, (n 1) 46; Brunner and Wichtermann, (n 1), N.11.

⁵ Arpacı, *Müşterek Mülkiyet* 7; Hatemi, Serozan and Arpacı, (n 2) 106; Rey, (n 4) 171, N.674; Öztaş, (n 1) 46; Brunner and Wichtermann, (n 1), N.10.

⁶ Bu kavramlar için ayrıntılı bilgi için bkz. Öztaş, (n 1) 48 ff.

⁷ Haab, Simonius, Scherrer and Zobl, (n 4), N.3; Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 320.

kuralından da yararlanılabilir⁸. Paydaşlar arasındaki uyuşmazlık hâkim tarafından giderilebilecektir (TMK md.693/2)⁹. Paydaşlar, paylı mülkiyet konusu eşyanın kullanılması veya yararlanılması hakkında anlaşma yaparak ya da karar alarak bu yöndeki uyuşmazlıkların çıkmasına engel olabilir veyahut uyuşmazlıkları sona erdirebilirler. Örneğin, paylı mülkiyet konusu eşyanın maddi olarak bölünmesi mümkünse her bir kısım bir paydaşa özgülenebilir; eşyanın kullanımı sadece bir paydaşa bırakılıp, diğer paydaşa (ya da paydaşlara) kullanma bedeli ödenmesi gerektiği¹⁰ veya eşyadan elde edilen yararın (doğal ya da hukuki ürünün) paydaşlar arasında hangi ölçüte göre paylaşılacağı düzenlenebilir.

TMK md.693'te “koruma” kenar başlığı altında, “*Paydaşlardan her biri, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir*” hükmüne yer verilmiş, “temsil” kavramına da değinilmiştir. Burada “temsil” ile kastedilen, zorunlu durumlar ortaya çıktığında paydaşların bir araya gelerek birlikte malı korumalarının mümkün olmadığı hallerde, özellikle eşyanın zarar görmesini ya da değerinin düşürülmesini önlemek ve hatta mevcut durumunun korunmasını sağlamak amacıyla her bir paydaşa tek başına dava açma veya diğer dava dışı tedbirleri alma olanağının sağlanmasıdır¹¹. Paydaşlardan birinin şehir dışında olduğu sırada paylı mülkiyet konusu arazide heyelan sebebiyle toprak kayması yaşanmış olduğunda orada bulunan diğer paydaşın enkazın kaldırılması için yaptığı iş ve işlemler, zararın artmasının önlenmesi için aldığı tedbirler buna örnektir.

Yönetim kavramı ise, belki de öğretilerde üzerinde en çok tartışılan konudur. Yönetim, genel olarak, paylı mülkiyet birliğinde paydaşların menfaatlerinin sürdürülmesi amacıyla yapılan iş ve işlemlerdir¹². Bu çerçevede paylı mülkiyet konusu eşyanın doğal ya da ekonomik olarak varlığını sürdürmesi amacına hizmet eden her türlü iş ya da hukuki işlem yönetim amacına yöneliktir¹³. Bu açıdan, paylı malın ve paydaşların

⁸ Hatemi, Serozan and Arpacı, (n 2) 107; Jale Akipek, Turgut Akıntürk and Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, (2th edn, Beta 2018) 398.

⁹ Yargıtay'a göre, “ (...) hâkim paydaşlık ilişkisinin devamında fayda ve zorunluluk olan hallerde paydaşların sicilinden kaynaklanan haklarını ihlal etmeksizin diğer paydaşların haklarıyla bağdaştığı ölçüde, somut olayın özelliğini, taşınmazın konusunu, kullanma amaçlarını, niteliklerini, yöresel örf ve adetleri, tarafların ihtiyacı vbe gerçekleri gözetmek suretiyle paylı malın kullanılmasının zaman veya yer itibarıyla paydaşlar arasında ne şekilde bölünebileceğini saptayıp buna göre karar vermek durumundadır.” Bkz. Yargıtay 14 HD, 2005/11960, 2006/516, 30.01.2006 (<www.lexpera.com>, accessed 29.05.2015). Aynı yönde bkz. Yargıtay 1 HD, 7170/7389, 17.06.2004; Yargıtay 1 HD, 7/8736; 20.09.2007 T. (Kazancı İçtihat bankası, accessed 29.05.2018).

¹⁰ Bkz. Meier-Hayoz (n 4), N.19; Öztaş, (n 1) 249 ff.

¹¹ Haab, Simoius, Scherrer and Zobl, (n 4), N.2. TMK md.693'teki temsil, borçlar hukukundaki teknik anlamından (TBK md.40-48) farklı bir anlamda kullanılmıştır. Bkz. Hatemi, Serozan and Arpacı, (n 2), 113; Esener and Güven, (n 1) 182.

¹² “Tasarruf işlemleri ve eşyanın özgülediği amacın değiştirilmesinin dışında kalan ve eşyanın varlığını korumaya veya değerini arttırmaya yahut eşyanın işletilmesine yönelik olan, konusunu eşyanın kendisinin oluşturduğu ve paydaşların tamamının menfaatini ilgilendiren hukuki veya fiili tüm tedbirleri” olarak “yönetim kavramının tanımlanması hakkında bkz. Öztaş, (n 1) 187; Hatemi, Serozan and Arpacı, (n 2) 115; Arpacı, *Müşterek Mülkiyet*, 104 ff.; Barbara Graham-Siegenthaler, *CHK, Handkommentar zum Schweizer privatrecht, Sachenrecht Art.641-977 ZGB*, (3th, 2016) Art.647, N.5; Kurt Müller, *Der Verwalter von Liegenschaften mit Stockwerkeigentum*, (2th, Staempfli & Cie AG 1971) 17.

¹³ Abdülkadir Arpacı, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, (Bedir 1984) 11 ff. özellikle 14 (*Kat Mülkiyeti*); Müller, (n 12) 21; Meier-Hayoz, (n 4), N.2; Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren and Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, (2th edn, 1984), 411; Eren, (n 1) 101.

menfaatlerinin korunması amacıyla yapılan iş ve işlemler yönetim kavramına girdiği gibi, malın kullanılması ve ondan yararlanılması tarzının belirlenmesine ilişkin iş ve işlemler de yönetim kavramına dâhildir¹⁴. Nitekim kanun koyucu da örneğin önemli yönetim işlerini sayarken TMK md.691’de malın hukuki ürünlerini elde etmeye yönelik kiraya verme işinin de -asında yararlanma tarzına ilişkin olsa da- yönetim kavramı içerisinde değerlendirmiştir. Zaten bu kavramları birbirinden net ve kesin çizgilerle ayırmak kolay değildir. Aşağıda ele alınacağı üzere paydaşlar tarafından yapılacak düzenlemelerin sonuçları ve konumuz açısından yönetim, yararlanma, koruma ve kullanma gibi kavramlar açısından sınıflandırılma yapmaya gerek yoktur.

Keza TMK md.694’te düzenlenen “*paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren yönetim giderleri, vergiler ve diğer yükümlülükler*”, yararlanma, kullanma veya yönetim kapsamında sayıldığı sürece, burada ele aldığımız anlaşmanın ve kararın konusunu oluşturabilecektir¹⁵.

Ancak paylı mal hakkındaki tasarruf işlemleri ile paylı malın esaslı biçimde özgüleme amacının değiştirilmesine yönelik iş ve işlemleri, yönetim kavramına dâhil olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, paylı mal üzerindeki tasarruf işlemleri ile paylı malın esaslı biçimde özgüleme amacının değiştirilmesine yönelik iş ve işlemleri yönetim kavramına dâhildir¹⁶. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise¹⁷, yönetim kapsamındaki iş ve işlemler, paylı malın özgülediği doğal ve ekonomik amacı korumak, ondan bu amaçla yararlanmak ve bunu sürdürmek için yapılmalıdır. Paylı mülkiyet konusu malın üçüncü kişiye devredilmesi veya tarla olarak kullanırken üzerinde alışveriş merkezi yapılmasına karar verilmesi gibi işlemler, yönetim kavramında sayılmamalıdır¹⁸.

Tasarruf kavramı ile yönetim kavramını birbirinden farklı olduğunu savunan görüşe katıldığımız için tasarruf kavramını ayrıca ele almak gereklidir. Nitekim TMK md.692’de, “*tasarruflar*”, yönetim işlerinden ayrı olarak düzenlenmiştir. Tasarruf, paylı mülkiyet konusu eşya üzerindeki hakka doğrudan doğruya etkide bulunarak onu başkasına devreden, onu sınırlayan, değiştiren veya sona erdiren her türlü iş ve işlemdir¹⁹. Paylı mülkiyet konusu eşyanın devredilmesi; eşya üzerinde ipotek gibi bir sınırlı aynı hak kurulması, eşya ile ilgili nisbi hakkı kuvvetlendiren şerhler de bu

¹⁴ Jonas Mangisch, *ZGB Kommentar, Schweizerische Zivilgesetzbuch*, OFK (Orell Füssli Kommentar) 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 2016, Art.647, N.1.

¹⁵ Bkz. Oğuzman, Seliç and Oktay Özdemir, (n 4) 328, N.1288-1289; Sirmen, (n 2), 319; Öztaş, (n 1) 253.

¹⁶ Gürsoy, Eren and Cansel, (n 13) 116-117; Haab, Simoius, Scherrer and Zobl, (n 4), N.1.

¹⁷ Arpacı, *Kat Mülkiyeti* 13 ff.; Müller, (n 12) 21; Öztaş, (n 1) 102.

¹⁸ Aynı yönde bkz. Haab, Simonius, Scherrer and Zobl, (n 4), N.4. Ancak yararlanma ile yönetim kavramlarının birbirinden ayrılmasının işlemin ya da eylemin paydaş tarafından tek başına gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğinin tespiti açısından önemli olduğu ve sınırları hakkında bkz. Öztaş, (n1) 228 ff.

¹⁹ Mustafa Dural and Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükmeleri*, (13th edn, Filiz 2018) 211, N.1134; M. Kemal Oğuzman and Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş- Kaynaklar- Temel Kavramlar*, (24th edn, Vedat 2018) 182-183, N.631; Eren, (n 1) 109.

kapsama dâhil edilmektedir²⁰. Keza paylı mülkiyetin devam etmesine yönelik olarak paydaşların ortaklığın giderilmesi haklarını bir süre kullanmayacaklarını birbirlerine taahhüt ettikleri paylı mülkiyetin devamına ilişkin anlaşmalar (TMK md.698) da buraya dâhil edilmelidir. Paydaşlığın sona ermesi halinde tasfiyenin nasıl yapılacağına dair anlaşmalar ya da kararlar ile bir paydaşın paydaşlıktan çıkarılmasına yönelik kararlar, yönetim ya da tasarruf kavramlarından bağımsız işlemlerdir.

Aşağıda, paydaşlar arasındaki paylı mala ilişkin kullanma, yararlanma, koruma, yönetim ve tasarruf konularındaki hukuki işlemlerin türleri tespit edilecektir.

C. Paydaşlar Arasındaki Hukuki İşlemlerin Türleri

1. Genel Olarak

Paydaşlar, paylı mülkiyet konusu maldan yararlanma ve yönetime ilişkin hukuki işlemler yapabilirler. Bunlar, anlaşma ya da karar olarak karşımıza çıkabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 689.maddesinde kenar başlığında “anlaşma”, içeriğinde ise “düzenleme” ve “anlaşma” kavramlarına; TMK md.690-692’de “karar”; TMK md.695’te ise “düzenleme”, “karar” kavramlarına yer verildiği görülmektedir. Öncelikle “düzenleme” ile “anlaşma” kavramlarının birbirinden farklı terimler kullanılsa da aynı anlamda kullanıldığı kanaatindeyiz. Çünkü anlaşmalar kenar başlığı altında 689.maddede “*paydaşlar, kendi aralarında oybirliğiyle anlaşarak (...) farklı bir düzenleme yapabilirler*” ifadesinde “anlaşma” kelimesine tekrar yer vermemek için “düzenleme” kelimesi kullanılmıştır. Ancak TMK md.695’te kanun koyucu “anlaşma” kavramı yerine “düzenleme” kavramına yer vermiş sanki ikisi birbirinden farklı kavramlar olduğu izlenimi doğmuştur. Oysa TMK md.695/1’deki düzenleme, 689.maddeden de anlaşılacağı üzere anlaşma anlamındadır²¹. Hangi kavram benimsenirse benimsensin, anlaşma ya da düzenleme, paydaşların aldıkları kararlardan farklıdır. Öğretide bazı yazarlar, TMK md.695/f.2 hükmündeki “karar” kavramının aslında TMK md.689’da ifade edilen anlaşma anlamında kullanılmış olduğunu ifade etmektedirler. Bu görüşe göre²², esasen kararlar, çoğu kez, kanun ya da anlaşma ile belirlenen düzenin uygulanmasını sağlayan ve süreklilik arz etmeyen tedbirlerin alınmasıyla ilgili olup, her durumda onların bağlayıcı etki kazanması için tapu siciline şerh edilmelerini aramak hem anlamsızdır hem de ağır külfet oluşturur. Bu sebeplerle bu görüşe göre, TMK md.695/2 ile tapu siciline şerh edilmesi halinde bağlayıcılık kazanabilecek hukuki işlem, anlaşmadır. Kararlar ise,

²⁰ Haab, Simoius, Scherrer and Zobl, (n 4), N.9; Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 324, N.1279; Eren, (n 1) 109; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop, (n 2) 580 ff.

²¹ TMK md.695/f.2’deki “kararlar” sözcüğüyle, TMK md.689/1 uyarınca paydaşların aralarında anlaşarak yaptıkları düzenlemenin kastedildiği olduğu hakkında bkz. Sirmen, (n 2) 291; Öztaş, (n 1) 285; Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 314, dn.154, karş. 328, N.1289. TMK md.689 ile 695/1 hükümlerinde kast edilenin karar olduğu, md.695/f.2’de ise sözleşmenin kast edildiği hakkında bkz. Yıldırım Keser, ‘Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyete Yönetim Sözleşmesi’, (2008) (Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan) 519.

²² Öztaş, (n 1) 284 ff.

tıpkı kat mülkiyetinde olduğu gibi, işin niteliği gereği sonradan paydaş olanları veya eşya üzerinde sınırlı ayni hak iktisap edenleri mutlak olarak bağlar. Kanaatimizce, karar niteliğinde bir hukuki işlemin konusunun süreklilik arz etmeyen ve tedbir mahiyetinde olduğuna dair ölçütün yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Gerçekten kararlara ilişkin TMK md.690 vd. hükümleri değerlendirildiğinde paylı mülkiyet konusu eşyanın kiraya verilmesi, kira sözleşmesinin feshi, aydınlatılması için sarf edilen elektrik ücretinin paylaşılması gibi konularda aldıkları kararların süreklilik oluşturmadığı ve sadece tedbir niteliğinde olduğu söylenemez. Keza, daha önceden alınan bu konulardaki bir kararın, değiştirilmesine ilişkin karar açısından da farklı bir sonuca ulaşılamaz. TMK md.685 de hukuki işlemin konusunun yararlanma, kullanma ve yönetim ile ilgili olması gereğini aramış, karar ya da anlaşmanın konusu açısından başka bir ölçüte yer vermemiştir. Bu sebeplerle, irade özgürlüğü prensibi çerçevesinde, paydaşlar, karar ya da anlaşma yolunu seçerek paylı mülkiyet konusu eşyanın yararlanma, kullanma ve yönetimi hakkında hukuki işlem yapabilirler²³. Bu takdirde, TMK md.695/f.2, TMK md.689/son hükümleri uyarınca tapu siciline şerh edilen anlaşma ya da kararlar, paydaşların cüzi halefleri için de bağlayıcı etki elde eder. Esasen taşınırlar bakımından hem anlaşmanın, hem kararın bağlayıcı etkisinin düzenlendiği TMK md.695/f.1'e rağmen, taşınmazlarda sadece “anlaşmanın” –şerh edildiği takdirde- bağlayıcı olacağını kabul etmek de taşınır ve taşınmazlar açısından anlamsız bir ayırım yaratılmasına da neden olacaktır. Öte yandan örnek alınan kat mülkiyeti hukukunda yönetim ile ilgili kararların bağlayıcı etkisi KMK md.32/f.2 ile açıkça düzenlenmiş olup bir kanun hükmüne dayanmaktadır. Yönetim planının bağlayıcı etkisi de iddia edildiği gibi anlaşma hukuki niteliğine sahip olmasından değil²⁴, yine açık bir kanun hükmü ile düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır (KMK md.28/f.1, c.2 ve f.4)²⁵. Bu sebeplerle bu konu bakımından kat mülkiyeti ve yönetim planının hukuki niteliğiyle paralellik kurularak sonuca varmak yerinde olmayacaktır.

Aşağıdaki başlıklarda, “anlaşma” ve karar” olarak paydaşların konumuzla ilgili hukuki işlemleri incelenecektir.

²³ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlükte olduğu dönemde (TMK md.689'a ve TMK md.695'e karşılık olan bir düzenlemenin hukuk sistemimizde bulunmadığı dönemde) öğretilde paydaşların yönetim konusunda sözleşme ya da karar konusunda düzenleme yapabilecekleri, düzenlemenin şekli ya da hukuki niteliğinin önemli olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Hatemi, Serozan and Arpacı, (n 2) 122.

²⁴ Yönetim planının hukuki niteliği tartışmalıdır. Öğretilerdeki bazı yazarlara göre, yönetim planı, eşyaya bağlı borç ilişkisi kuran sözleşme niteliğindedir. Bu görüşe göre, yönetim planının düzenlendiği hukuki işlem bir sözleşme niteliğindedir. Bkz. Arpacı, *Kat Mülkiyeti* 49, 74 ff.; Erel, (n 2) 236; M. R. Karahasan, ‘Kat Mülkiyeti Hukukunda Düzenlenen Yönetim Planının Niteliği ve İşlevi’, (2006) 80(1), İBD 28. Yönetim planını kuran işlemin karar niteliğinde olduğu ve yönetim planının kat malikleri birliğinin statüsü olduğu görüşü hakkında ise bkz. Haluk Nami Nomer, ‘Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının Hukuki Niteliği’, (Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan), (Filiz 2013) 830 (*Yönetim Planı*).

²⁵ KMK md.28/f.1.c.2'ye göre, “*Yönetim planı, bütün kat maliklerini bağlayan bir sözleşme hükmündedir.*”. KMK md.28/f.4'e göre, “*Yönetim planı ve bunda yapılan değişiklikler, bütün kat malikleriyle onların külli ve cüzi haleflerini ve yönetici ve denetçileri bağlar.*” Toplu yapılar ile ilgili KMK md.70/f.1.c.2'ye göre, “*Yönetim planı, toplu yapı kapsamındaki bütün kat maliklerini bağlar.*”

2. Anlaşmalar

Paydaşların yapabilecekleri hukuki işlemlerden birisi TMK md.689’da düzenlenen, anlaşmadır. Bununla birlikte TMK md.689’da anlaşmanın tanımı yapılmamıştır. Hükümde anlaşma, paydaşlar arasında iç ilişkiyi düzenleyen bir hukuki işlem olarak düzenlenmiştir. Anlaşma ile kast edilen, öğretilerdeki çoğunluğa göre, hukuki işlemin yapıldığı sıradaki tüm paydaşların taraf olduğu çok taraflı sözleşmedir²⁶. Buna karşılık öğretilerde bazı yazarlara göre TMK md.689’da düzenlenen anlaşma, niteliği itibarıyla karşılıklı borç doğuran sözleşme olmayıp oybirliğiyle alınan kararlardır²⁷. Kanaatimizce, kanunun sistematığı göz önüne alındığında TMK md.689’un kararlara ilişkin bir düzenleme olduğunu kabul etmek kolay değildir. İrade özgürlüğü ilkesi çerçevesinde paydaşlar, paylı mülkiyet konusu malın yönetimi ve yararlanma düzeni hakkında sözleşme de yapabilir. Fakat bu sözleşmeler, borçlar hukukuna özgü nitelikte olmayıp çok taraflı bir hukuki işlem niteliği taşımaktadırlar.

Uygulamamızda paydaşlar, bir araya gelerek paylı mülkiyet konusu maldan yararlanma, onu kullanma ve yönetimine ilişkin olarak açıkça veya örtülü olarak anlaşma yapmaktadırlar. Özellikle henüz kat mülkiyetinin kurulmadığı veya çeşitli sebeplerden dolayı kurulmadığı taşınmazlarda, paydaşlar, sanki kat mülkiyeti kurulmuş gibi, yönetim planı adını verdikleri düzenlemelerle iç organizasyonu düzenlemektedir²⁸. Hatta Yargıtay, taşınmazın “*kullanma biçimini tüm paydaşlar arasında varılan bir anlaşma ile belirlenmiş ya da fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre paydaşlar bu durumu benimsemişlerse kayıta paylı, eylemsel olarak (fiilen) bağımsız bu oluşumun (...) korunması gerektiğine*” içtihat ederek, taşınmazdan yararlanma sureti hakkındaki anlaşmanın örtülü olarak da yapılabileceğine içtihat etmektedir²⁹.

Konuları aynı olsa da anlaşma ile karar çeşitli açılardan birbirinden farklı hukuki işlemlerdir. Anlaşma, hukuki niteliğine özgü bir özellik olarak, tüm paydaşlarca oybirliği ile düzenlenmelidir³⁰. Oysa kararda, paydaşlarca farklı bir oran kararlaştırılmamışsa, kanunda belirtilen konulara göre (TMK md.690-692) farklı oranlarda karar yeter sayısının sağlanması hukuki sonucun doğması açısından gerekli ve yeterlidir³¹.

²⁶ Oğuzman, Selici and Oktay Özdemir, (n 4) 313, N.1254; Öztaş, (n 1) 244; “*Karşılıklı borç doğuran bir sözleşme niteliğinde olmayıp, içeriği itibarıyla bir şirket sözleşmesine*” benzediği hakkında bkz. Sirmen, (n 2) 291; A. Lale Sirmen, ‘Yeni Türk Medeni Kanununda Paylı Mülkiyete İlişkin Düzenlemeler’, (2003) (Prof. Dr.Turgut Kalpsüz’e Armağan), (Düzenlemeler) 730. Aynı yönde bkz. Yavuz, (n 1) 17.

²⁷ Haluk Nami Nomer and Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, (6th edn, On İki Levha 2019) 138, N.414.

²⁸ 5711 sayılı Kanunla (RG. 28.11.2007 T., 26714 S.) Kat Mülkiyeti Kanununda yapılan düzenlemeyle, Kanunun yürürlüğe girmesinden önce oluşturulan ve toplu yapı ait yönetim planlarının kanunun yürürlüğe girdiği tarihten (28.11.2007) itibaren altı ay içinde bu Kanun hükümlerine uyarlanması gerektiği düzenlenmiştir (KMK Geçici madde 3). Yargıtay, kanunda belirtilen süre içinde bu hükmün gereği yerine getirilmediği ve toplu yapı yönetimine geçilmediği takdirde uyumsuzlukta Kat Mülkiyeti Kanunu’nun değil, genel hükümlerin uygulanması gerektiğine içtihat etmektedir. Bkz. Yargıtay 18 HD, 6316/8137, 13.05.2013; Yargıtay 18 HD, 12004/12326, 26.09.2013; Yargıtay 3 HD, 20615/21419, 23.12.2010 (Bu kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, accessed 11.05.2018). Dolayısıyla, bir taşınmazda paydaşlar arasındaki yönetim planına benzer şekilde düzenlenen ve taşınmazdan yararlanmaya ve onu yönetmeye ilişkin anlaşmalar, TMK md.689 vd. hükümlerine tabidir.

²⁹ Yargıtay 1 HD, 21/1217, 10.02.2011 (Kazancı İçtihat Bankası, accessed 11.05.2018). Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK 1-2725/158, 23.02.1983 (YKD 1983(10) 1442).

³⁰ Sirmen, (n 2) 291. Aksi fikirde sözleşmenin tüm paydaşların katılmasının zorunlu olmadığı görüşü için bkz. Eren, (n 1) 105.

³¹ Bkz. II, C, 3.

Paydaşların iki halde, paydaşların hak ve yetkilerini kaldıran ya da sınırlandıran anlaşmalar yapmaları sınırlandırılmıştır (TMK md.689 f.1). Öncelikle, paylı mülkiyet konusu eşyanın kullanılabilirliğinin ve değerinin korunması için zorunlu olan yönetim işlerini yapma ve buna ilişkin önlemleri alma konusundaki yetkiler kaldırılamaz veya sınırlandırılmaz³² (TMK md.689/f.1 b.1). İkinci olarak, eşyayı bir zarar tehlikesinden veya zararın artmasından korumak için derhal alınması gereken önlemleri bütün paydaşlar adına veya hesabına almak³³ konusundaki yetkiler de kaldırılamaz veya sınırlandırılmaz (TMK md.689f.1 b.2). Sınırlamaların amaçlarından biri, paydaşların paylı malın korunması için yapılması gereken zorunlu ve ivedi önlemleri alma konusunda yetkilerinin kaldırılması önleyerek eşyaya zarar verilmesini engellemek; diğeri ise azınlıkta kalan paydaşları çoğunlukta kalanlara karşı korumak ve hatta cüzi halefleri korumak olduğu da ifade edilmektedir³⁴. Paydaşların TMK md.689/f.2’deki sınırlamalarla bağdaşmayan anlaşmaları herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz, geçersizdir³⁵.

Paydaşlar yaptıkları anlaşmayı başka bir anlaşmayla değiştirebileceklerdir³⁶. Bir anlaşma yapıldığında, bu anlaşmanın kararla değiştirilebilmesinin mümkün olup olmadığı da sorgulanmalıdır. Paydaşların oybirliği ile karar almasının gerekli olduğu hallerde³⁷ karar ile anlaşmanın sınırları silikleşmektedir³⁸. Zira aynı konuda, aynı nisapla (oybirliği) iki farklı hukuki işlemle karşı karşıya kalındığında aralarında ayrım yapmak zordur. Anlaşma ile kararın konuları, kanuna göre aynı olabilir, dolayısıyla örneğin yönetim konusunda oybirliğiyle alınmış bir hukuki işlem anlaşma mıdır, yoksa karar mıdır? Bu sorunun yanıtını vermek kolay değildir³⁹.

Oybirliğiyle karar alınmasının gerekli olduğu hallerde anlaşmanın karar ile değiştirilebilmesi veya kararın anlaşma ile değiştirilebilmesi mümkün olmalıdır. Olağan yönetim işi (MK 690) veya önemli yönetim işi (MK md.691) için alınmış kararın anlaşma ile değiştirilebilmesinde de tereddüt yoktur. Ancak bu konularda oybirliği ile anlaşma yapılmışsa bunun oy çokluğuyla ya da nitelikli çoğunlukla alınmış karar ile değiştirilebilmesi konusunda tereddüt etmek gerekir. Zira paydaşlar,

³² Zorunlu yönetim işleri öğretide, “yapılmadığı takdirde eşyanın kullanılabilirliği veya değeri azalacak olan (olağan veya önemli) yönetim işleri” olarak tanımlanmıştır. Bkz. ibid 286. Ayrıca bkz. Meier-Hayoz, (n 4), N.62 ff.; Graham-Siegenthaler, (n 12) 8.

³³ İvedi yönetim işleri öğretide, “eşyayı zarara uğramaktan veya uğradığı zararın artmasından korumak için acilen yapılması gereken zorunlu yönetim işleri” olarak tanımlanmıştır. Bkz. Sirmen, (n 2) 286. Ayrıca bkz. Öztaş, (n 1) 191.

³⁴ ibid 260 ff.; Müller, (n 12) 48.

³⁵ Meier-Hayoz, (n 4), N.65; Brunner and Wichtermann, Art.647, N.46; Müller, (n 12) 29; Öztaş, (n.1) 197 ff. Bu kurallara uyulmamış olması halinde TBK md.27/2 gereği kısmi butlan yaptırımının uygulanacağı hakkında bkz. Aydın Aybay and Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, (Vedat 2010) 132, N.8.

³⁶ Öztaş, (n.1) 247.

³⁷ Bkz. TMK md.692.

³⁸ Oybirliğiyle alınan kararlarla anlaşmalar arasındaki farkın paylı mülkiyette sadece teorik bir anlam taşıdığı hakkında bkz. Öztaş, (n.1) 246, dn.560.

³⁹ Öğretiye göre, oybirliği ile kararın alınması gereken hallerde iradelerin uyusmasının gerekmez, kişi birliği iradesinin oluşması yeterlidir. Bkz. Nomer and Ergüne, (n 27) N.683, 214.

bu ihtimalde, oybirliğiyle birbirlerine yönetim veya yararlanma konusunda belirli şartlara uymayı bağlayıcı niteliği olan bir sözleşme ile taahhüt etmekte ve sonra belki de anlaşma ile lehine bir düzenleme yapılan kişi katılmadan onun aleyhine olabilecek konularda kanunda belirtilen karar yeter sayıları sağlanarak karar almaktadır. Örneğin, paydaşlar, paylı mülkiyet konusu taşınmazın kiraya verilmesi, şartları, süresi vb. konusunda anlaşma yapmışlardır. Bir süre sonra paydaşlar, bu konuda anlaşmazlığa düşmüş ve bazıları anlaşmada belirtilen şartlarda değişiklik yapmak istemişlerdir. Bu durumda, böyle bir anlaşma varken, TMK md.691’de belirtilen pay ve paydaş çoğunluğu ile paydaşların paylı mülkiyet konusu taşınmazın kiraya verilebilme şartlarını *karar* ile değiştirebilmeleri kabul edilmemelidir. Çünkü sözleşme hukukunda hâkim ilkelerden biri olan ahde vefa ilkesi, bütün paydaşların oybirliğiyle yaptıkları ve iradelerini ortaya koydukları anlaşmanın kararla değiştirilebilmesine engel teşkil eder. Ancak paydaşlar, yaptıkları anlaşmada, belirledikleri konularda değişiklik yapılması için oybirliği yerine farklı bir çoğunlukla karar alınabileceğini oybirliğiyle düzenleyebilirler. Bu da sözleşme özgürlüğünün bir parçası olarak değerlendirilebilir ve bu takdirde anlaşmanın, karar ile değiştirilebilmesi mümkün olabilir. İsviçre Federal Mahkemesi⁴⁰, paydaşların kanunda düzenlenen yararlanma ve yönetime ilişkin düzenin sonradan oyçokluğuyla alınacak kararla değiştirilebilmesini düzenlikleri anlaşmayı, geçersiz kabul etmiştir. Mahkeme kararına göre, Art.647 ZGB (TMK md.689) hükmü emredici nitelikte olduğundan paydaşlar “oybirliği” yerine başka bir nisap kabul edemez.

İsviçre’de ise, 2009 yılında yapılan kanun değişikliğiyle⁴¹, yararlanma ve yönetim konusundaki düzenlemelerin yani anlaşmaların bu konuda açık hüküm içermeleri kaydıyla, bütün paydaşların çoğunluğunun rızasıyla değiştirilebilecekleri şeklinde bir hükme yer verilmiştir (Art.647 1 ZGB). Bir başka deyişle, anlaşmada açıkça düzenlenmesi kaydıyla, anlaşma kararla değiştirilebilmektedir. Art.647/Abs.1 ZGB’deki paydaşların çoğunluğu ile kast edilen, sayı itibarıyla sağlanan paydaş çoğunluğudur. Ancak, yönetim veya yararlanma konularındaki anlaşmada değişiklik yapılırken, bir paydaşın yararlanma hakkını sona erdirecek özgülleme yapılacaksa o paydaşın değişiklikle ilgili kararda rızasının alınması şarttır (Art.647 1bis ZGB)⁴². Bu düzenleme azınlık haklarını korumak amacıyla getirildiği için emredici nitelikte olup, paydaşlar aksini anlaşma ile dahi kararlaştırmayacaklardır⁴³.

Türk hukuku bakımından değerlendirdiğimizde, hukukumuzda böyle bir açık düzenleme olmamakla birlikte sözleşme özgürlüğü ve irade prensibi çerçevesinde paydaşlar, yaptıkları anlaşmanın oybirliği yerine farklı bir nisabın arandığı kararla değiştirilebileceğini düzenleyebilirler. Örneğin, taşınmazın boyama ve bakım

⁴⁰ BGE 103 IB 76.

⁴¹ AS 2011 4637; BBl 2007 5283.

⁴² AS 2011 4637; BBl 2007 5283.

⁴³ Graham-Siegenthaler, (n 12), N.3.

işlerinin zamanı, kim tarafından yapılacağı ve bütçesi hakkında anlaşmada bir hükme yer verilmiş ve fakat bu anlaşmada hükmün paydaşların oy çoğunluğuyla değiştirilebileceği de düzenlenmiştir. Bu hüküm çerçevesinde anlaşmaya göre, anlaşmanın karar ile değiştirilebilmesi mümkün olabilecek, örneğin boya ve olağan bakım zamanı ve kimin görevli olduğu oy çokluğuyla değiştirilebilecektir. Aslında bu ihtimalde, anlaşmada düzenlenen hüküm, paydaşlara, aynı konuyu oybirliği gerekmeksizin karar ile düzenleyebilme olanağını sunmaktadır. Tarafların yaptığı anlaşmada bu yönde bir hüküm olmaması durumunda ise anlaşma ancak oybirliği ile alınan bir karar veya başka bir anlaşma ile değiştirilebilmelidir.

Ancak Türk Hukuku bakımından, İsviçre'deki gibi azınlık haklarını koruyan emredici bir hüküm bulunmamaktadır. Bu açıdan anlaşma ile bir paydaşa paylı mülkiyet konusu eşyadan yararlanma konusunda özgüleme yapılmış ise, sonradan, o paydaşın yararlanma hakkını kaldıran veya sınırlandıran bir kararın alınması halinde de o paydaşın açık rızasının alınması gereklidir. Azınlıkta kalan paydaşların önceden anlaşma ile sağlanan yararlanma haklarını kaldıran veya sınırlandıran kararlarda rızalarının aranması konusunda kanuna hüküm eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak, *de lege lata*, TMK m.2'den hakkın kötüye kullanılması kuralından yararlanılarak anılan kararın söz konusu paydaşa karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilebilir.

3. Kararlar

Paylı mülkiyette paydaşlar, iç ilişkide yönetime ilişkin kararlar da alabilirler. Kanun koyucu, TMK md.690 vd. ile yönetim düzenini belirlemiş ancak paydaşlara yönetim düzenini, kanunda belirtilen şartlara uymak kaydıyla, değiştirebilme imkânı vermiştir⁴⁴.

Kanun koyucu sistematik açıdan yönetim işlerini, olağan, önemli ve olağanüstü yönetim işleri olarak ayırmıştır. Ancak öncelikle belirtmek gereklidir ki, yönetim işleri arasında kesin sınırlar çizmek mümkün olmayabilir; her somut olaya göre işlemin amacını ve niteliğini dikkate alarak değerlendirme yapmak gereklidir⁴⁵. Paylı malın fiziki varlığının, değerinin ve işletme amacının korunmasına, zarar görmesine karşı alınan zorunlu ve kısa süreli iş ve işlemler, olağan yönetim işidir⁴⁶. TMK md.690/f.1'e göre her paydaş, olağan yönetim işlerini tek başına yapmaya yetkilidir. Ancak paydaşlar **oyçokluğuyla** karar alarak bu düzenlemenin aksini kararlaştırabilirler (TMK md.690/f.2). Böylece paydaşların tek başına olağan yönetim işi yapma yetkisi kısmen ya da tamamen kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir. Ancak TMK md.689/f.1

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 313 ff.; Özataş, (n.1) 258 ff.

⁴⁵ Haab, Simonius, Scherrer and Zobl, (n 4), N.3; Eren, (n 1), 104 ff.

⁴⁶ Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 315, N.1257 ff.; Sirmen, (n 2) 286; Meier-Hayoz, (n 4), N.62 ff.; Rey, (n 4) N.680 ff.

b.1 ve 2’de yönetim ve yararlanma anlaşmaları bakımından düzenlenen ve emredici nitelikteki sınırlamaya burada da uyulması gerekmektedir. Nitekim TMK md.690/f.2’de “zorunlu ve ivedi işlerin yapılmasına ilişkin kanun hükümleri saklı” olduğu açıkça belirtilmiştir.

Önemli yönetim işleri ise, paylı malın değerinin artmasını, işletme biçiminin değiştirilmesini ve daha verimli olmasını sağlayan iş ve işlemler olarak tanımlanmaktadır⁴⁷. TMK md.691’de önemli yönetim işlerine, adi kira veya ürün kirası sözleşmesinin yapılması veya feshi, toprağın ıslahı, işletme usulünün veya tarım türünün değiştirilmesi; olağan yönetim işleri sınırlarını aşan ve paylı malın değerinin veya yarar sağlamaya elverişliliğinin korunması için gerekli olan bakım, onarım ve yapı işleri örnek olarak verilmiştir. Paylı mülkiyette paydaşlar, önemli yönetim işleri yapılması konusunda karar almak istediklerinde pay ve paydaş çoğunluğunu sağlamaları gerekmektedir (TMK md.691/f.1). Paydaşların aldıkları önemli yönetim işiyle ilgili kararların değiştirilebilmesi de aynı usulle mümkündür. Ayrıca paydaşlar, kanunun önemli yönetim işi olarak nitelendirdiği işlerden birinin yapılması konusunda aradığı nitelikli çoğunluğu değiştirebilir; örneğin taşınmazın kiraya verilmesi işinin oybirliği⁴⁸ ile veya oyçokluğuyla alınacak karar ile belirlenebileceğini kararlaştırabilirler. Kanunda TMK md.690/f.2 ve 692’den farklı olarak önemli yönetim işlerindeki karar yeter sayısının hangi karar sayısı ile değiştirilebileceği açıkça düzenlenmemiştir. Kanaatimizce, nasıl yönetim işinin yapılması için nitelikli çoğunluk yeterli görülüyorsa, bu oranı değiştiren karar da önemli yönetim işi sayılarak aynı nitelikli çoğunluk ile alınabilmelidir.

Paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girilmesi ise olağanüstü yönetim işi olarak TMK md.692’de örnek olarak düzenlenmiştir. Paydaşlar, bu gibi olağanüstü nitelikteki yönetim veya yararlanmaya ilişkin kararları oybirliği ile almalıdır; ancak paydaşlar, oybirliği ile alacakları karar ile bu düzenlemenin aksini kararlaştırabilir ve başka bir esas getirebileceklerdir (MK md.692/f.1)⁴⁹.

Son olarak, TMK md.689/f.1 b.1 ve 2’de belirtilen sınırlamaların, kanundaki sistematik yeri açısından sadece *anlaşmalar* için düzenlenmiş olsa da *kararlar* bakımından uygulanıp uygulanamayacağı incelenmelidir. Kanaatimizce, bu sınırlamaların amacı, paydaşların paylı malın korunması için yapılması gereken zorunlu ve ivedi önlemleri alma konusunda yetkilerinin kaldırılması önleyerek eşyaya zarar verilmesini engellemektir. Bu yetkiyi kaldıran hukuki işlemin, anlaşma veya karar olmasının bir önemi yoktur. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi, karar ile

⁴⁷ Eren, (n 1) 105. Ayrıca bkz. Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 315, N.1261 ff.; Sirmen, (n 2) 287 ff.; Meier-Hayoz, (n 4), N.6 ff.

⁴⁸ Paydaşların sadece oy çoğunluğunun ağırlaştırılmasına ilişkin karar alabileceği hakkında bkz. Özataş, (n.1) 262 ve dipnot 599 ve 600’de belirtilen eserler.

⁴⁹ Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 320, N.1270; Sirmen, (n 2) 290.

anlaşmanın konuları açısından bir farklılık bulunmadığı için yönetim, yararlanma ve kullanma konuları açısından geçerli olan bu sınırlamaların kararlar için de uygulanması gerekmektedir. Bu sınırlamayı düzenleyen hükmün emredici nitelikte olması da bu yorumu zorunlu kılmaktadır; aksine bir yorum, hükmün dolanılarak anlamsız hale getirilmesi sonucu doğuracağından kabul edilmemelidir

II. TMK MD.695/F.2 ve 686/SON Hükümleri Uyarınca Hukuki İşlemlerin Şerh Edilmesi

A. Şerhin Konusu

1. Genel Olarak

TMK md.689/son hükmüne göre, “taşınmazlarla ilgili anlaşmalar, imzalarının noterlikçe onaylanması koşuluyla paydaşlardan birinin başvurusu üzerine tapu kütüğüne şerh verilebilir.” Keza TMK 695/f.2 ise, “Taşınmazlarda yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin kararların sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynı hak kazananları bağlaması için, bunların tapu kütüğüne şerh edilmesi gereklidir.” Oysa 695.maddenin 1.fikrasında, “yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda paydaşların yaptıkları düzenleme ve aldıkları kararlar ile mahkemece verilen kararlar, sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynı hak kazanan kimseleri de bağlar” hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümlere yakından bakıldığında, şerhin edilebilecek hukuki işlemlerin niteliği konusunda karmaşıklık bulunduğu için bu konuyu açıklığa kavuşturmak gereklidir. Ayrıca işlemin konusu açısından da şerh açısından bir sınırlama olup olmadığı konusunun da değerlendirilmesi gereklidir. Bu başlık altında belirtilen konular ele alınacaktır.

2. Şerh Edilebilecek Hukuki İşlemin Konusu

TMK md.695/f.2’de “yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda” yapılan hukuki işlemlerin tapu kütüğüne şerh edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu açıdan Türk Hukukunda gerek yararlanma, gerek kullanma, gerekse yönetime ilişkin paydaşlar arasındaki hukuki işlemler, diğer şartlar da varsa, şerh edilebilecektir⁵⁰.

Öğretide bazı yazarlar⁵¹, yönetim ve yararlanma düzenine ilişkin soyut ve genel nitelikteki kararların şerh edilebileceğini buna karşılık özel ve somut konulardaki yönetim kararlarının ise şerh edilmesine gerek olmadığını belirterek, kararları sınıflandırmaktadır. Kanaatimizce, şerh için tapu kütüğüne başvuru yapıldığında tapu

⁵⁰ Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 313, N.1254, 320, N.1272.

⁵¹ Nomer and Ergüne, (n 27) N.716-717 227.

sicil memurunun işlemin genel ve soyut olduğunu ya da somut ve özel olduğunu denetleyerek şerhin yapılmasına veya yapılmamasına karar vermesini gerektirecek bu ayırım, pratik olmadığı gibi yasal dayanaktan da yoksundur.

Paydaşlar arasındaki tasarruf işlemlerinin de şerh edilecek hukuki işlemin konusunu oluşturup oluşturamayacağı ele alınmalıdır. Nitekim İsviçre Hukukunda Art.649a ZGB'de⁵² ise, paydaşların tasarruf işlemlerinin de paydaşların cüzi halefleri için bağlayıcı nitelikte olduğu düzenlenmiştir. Ancak Türk Medeni Kanun'unda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Çünkü tasarruf işlemleri doğaları gereği kanunda belirtilmese bile üçüncü kişileri bağlayıcı etki taşıyacakları için kanunda bu hususun ayrıca belirtilmesine gerek bulunmadığı ifade edilmektedir⁵³. Dolayısıyla tasarruf işlemleri hukuki sonuçları itibarıyla şerh edilmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak TMK md.692/f.1 uyarınca paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesine ilişkin anlaşma veya kararın TMK md.695 kapsamında sayılıp sayılmayacağı da ele alınmalıdır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere⁵⁴, paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, yönetim ve yararlanma kavramlarının sınırlarını aşmaktadır. TMK md.695/f.2'te söz edilen yararlanma, kullanma ve yönetim kavramları, paylı mülkiyet birliğinde kurulmuş olan iç organizasyonun sürdürülmesine hizmet ettiğinden bu konudaki kararın ya da anlaşmanın cüzi halefler için bağlayıcı etki sağlanması önem taşır. Oysa paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesinde böyle bir durum söz konusu değildir. Bu sebeple paydaşların bu konudaki anlaşmaları TMK md.695 kapsamında sayılamaz⁵⁵. Keza paylı mülkiyetin devam etmesine yönelik olarak TMK md.698 /f.2 çerçevesinde yapılan hukuki işlemler⁵⁶ de konumuzun kapsamı dışındadır. Esasen paydaşların paylı mülkiyetin devam etmesine yönelik hukuki işlemleri TMK md.698/ f.2.c.2 çerçevesinde tapu siciline şerh edilebilecek hallerden birisini oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, paylı mülkiyette paydaşların yaptıkları hukuki işlemlerinin konusu paylı mülkiyet konusu eşyayı kullanma, ondan yararlanma, onu yönetime ilişkin olabilecektir.

3. Şerh Edilebilecek Hukuki İşlemlerin Niteliği

Türk hukukunda tartışmalı olan asıl konu ise, hukuki işlemin niteliğiyle ilgilidir. TMK md.695/f.2'de şerh edilebilecek hukuki işlemin *karar* mı, *anlaşma* mı, yoksa

⁵² Hükme göre, paydaşlarca alınan yararlanma ve yönetime ilişkin düzenlemeler ile yönetime ilişkin kararlar ve tasarruf işlemleri paydaşların cüzi halefleri ile pay üzerinde aynı hak kazananlar için de bağlayıcıdır. Hükümün ikinci fıkrasına göre taşınmazdaki paylı mülkiyet payları bakımından tapu kütüğüne bu hukuki işlemler beyan edilebilir. Bu ifadeye göre, birinci fıkrada belirtilen işlemler, bu arada tasarruf işlemleri de beyan edilebilecektir.

⁵³ Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Hukukunun Getirdiği Yeni Şerhler*, (2th, Vedat 2007) 161.

⁵⁴ I, B.

⁵⁵ Bu yönde bkz. Öztaş, (n.1)103, Meier-Hayoz, (n 4), N.26. Aksi görüşe göre, eşyanın hizmet ettiği ekonomik amaç değiştirilse de- yönetim ve yararlanma ile bağlantılı olduğundan, bu tür anlaşmalar cüz'i halefler için bağlayıcı olmalıdır. Bkz. Brunner and Wichtermann, (n 1), N.24.

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kürşat, (n 1), 194 ff.; Tufan Ögüz, *Müşterek Mülkiyette Taksim Engelleri*, (Alfa 1995) 5 ff.; Brunner and Wichtermann, (n 1), N.1 ff.; Aydın Aybay, *Müşterek Mülkiyette Taksim*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1966) 559 ff.

her ikisi mi olduğu konusu tartışmalıdır⁵⁷. Ayrıca paydaşlar arasındaki kullanma, yararlanma ve yönetime ilişkin ihtilaflarda verilen *mahkeme kararlarının* da şerh edilip edilemeyeceği meselesi incelenmelidir.

Bazı yazarlara göre⁵⁸, TMK md.695 f.2’de kast edilen, paydaşlarca alınan kararlar ya da mahkeme kararları değil, sadece anlaşmalardır. Bu görüşe göre, paydaşların aldıkları kararlar ve mahkeme kararları, çoğu kez yararlanma ve yönetim düzeninin değiştirilmesine ve sürekli bir düzen oluşturulmasına hizmet etmezler. Bunlar, yararlanma ve yönetim düzenine uygun ve süreklilik arz etmeyen tedbirlerin alınmasına ilişkindir. Bu tür tedbirler, zaten cüzi halefler için bağlayıcıdır. Kararların tapu kütüğüne şerh edilmesi paydaşlar için hem ağır bir külfet oluşturmakta hem de faydasızdır. O halde TMK md.695/f.2 ile kast edilen sadece anlaşmalardır. TMK md.695’in kenar başlığında ve içeriğinde yer alan “kararlar” ifadesi, aslında belirli bir hukuki işlemi kastetmektedir ve yanlışlıkla karar kelimesi kullanılmaktadır. Ayrıca menfaat benzerliği açısından dikkate alınabilecek olan kat mülkiyetinde de sadece yönetim planının cüzi halefleri bağladığı hususu kanunda düzenlenmiş olduğundan da hareketle sadece anlaşmaların tapu kütüğüne şerh edilebileceği, paydaşlarca alınan kararların ve mahkeme kararlarının zaten bağlayıcı nitelik taşıdığı ifade edilmiştir.

Bazılarına göre ise⁵⁹, TMK md.695/f.2’ye göre kullanma, yararlanma ve yönetime ilişkin kararların sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynı hak kazananları bağlaması için tapu kütüğüne şerh edilmesi gerekir. Bu görüşe göre hüküm, lafzı ile sınırlı olarak sadece kararları değil, anlaşmaları da kapsar. Ancak, TMK 695 f.1 ve 2’nin ortak değerlendirilmesiyle çıkacak sonuç, “düzen normu koyan” mahkeme kararlarının sonraki paydaşları bağlaması için herhangi bir şerh kaydına gerek olmadığıdır; bunlar, kendiliğinden bağlayıcıdır.

Bazı yazarlara göre⁶⁰, yönetim anlaşmaları TMK md.689/son; kararlar ise TMK md.695/f.2 hükmü gereğince tapu kütüğüne şerh edilebilir.

Kanaatimizce, paydaşların yaptığı anlaşmalar TMK md.689/son gereği, kararlar ise TMK md.695/f.2 gereği şerh edilebilir. Sistemik olarak kanun koyucu TMK md.695/f.1.’de paydaşlar arasındaki düzenleme (anlaşma) ve kararların bağlayıcı etkisini, TMK 695 / f.2’de ise taşınmazlarda kararların bağlayıcı etki kazanması için şerh edilmesi gerektiğini; TMK md.689/son hükmünde ise, paydaşlar arasındaki anlaşmaların şerh edilebilmesinin şartlarını düzenlemiştir. TMK md.695/f.2’de lafzen sadece paydaşlarca alınan kararların kast edildiği görülmektedir. Kanun koyucunun TMK md.689/son’da anlaşmaların şerh edilmesini düzenledikten sonra, ayrıca TMK

⁵⁷ Gümüş, (n 53) 160, karş. dn.176; Meier Hayoz, (n 4), N.11, Brunner and Wichteremann, (n 1) 648 N.10.

⁵⁸ Öztaş, (n 1) 284 ff. Aynı yönde bkz. Sirmen, (n 2) 291; Keser, (n 21) 522 ff.

⁵⁹ Gümüş, (n 53) 164 ff.

⁶⁰ Aybay and Hatemi, (n 35) 136, N.25-26.

md.695/ f.2’de bir daha anlaşmaların şerh edilebileceğini düzenlemesine gerek yoktur. Öte yandan oybirliği ile alınması gereken yönetim kararları ile anlaşmalar arasındaki sınırların tespiti zor olduğundan, şerh edilmesi gereken işlemin türüne göre ayırım yaparak sadece anlaşmaların şerh edilebileceğini kabul etmek de pratik olmayacaktır.

Paylı mülkiyet konusu eşyadan paydaşların yararlanma ve kullanma şekline veya yönetime ilişkin olarak verilen mahkeme kararları, tarafları için bağlayıcı niteliktedir. Ancak davanın taraflarından birisi olan paydaşın payını üçüncü kişiye devretmesi halinde, verilmiş mahkeme kararının cüzi halefe etkisinin kararın şerh edilmesine bağlı olup olmadığı da ele alınmalıdır. HMK md.303/f.4 hükmüne göre, “*Bir dava dolayısıyla ortaya çıkan kesin hüküm, o hükmün kesinleşmesinden sonra dava konusu şeyin mülkiyetini tarafların birisinden devralan yahut dava konusu şey üzerinde sınırlı bir aynı hak veya fer’î zilyetlik kazanan kişiler hakkında da geçerlidir. Ancak, Türk Medenî Kanununun iyiniyetle mal edinmeye ait hükümleri saklıdır.*” Bu hüküm uyarınca, paydaşlar için verilmiş mahkeme kararı sadece taraflar için değil, paydaşların cüzi haleflerini de bağlayacaktır⁶¹. Mahkeme kararlarının cüzi halefleri de bağlayıcı etkisi, doğrudan kanun hükmünden kaynaklanmakta olduğundan ayrıca tapu kütüğüne şerh edilmelerine gerek bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, kanaatimizce, paydaşlar tarafından paylı mülkiyet birliğinin yürütülmesi açısından yapılan hukuki işlemler (anlaşma ve kararlar), yürürlükteki hukukumuzda göre tapu kütüğüne şerh edilebilir. Buna karşılık mahkeme kararlarının bağlayıcı etkisi açısından şerh edilmelerine gerek yoktur. Öte yandan paydaşın ölümü halinde külli halefiyet prensibi gereğince mülkiyet hakkı herhangi bir işleme gerek olmaksızın mirasçılara intikal edeceğinden bu konu konumuz dışındadır⁶².

B. Şerhin Şartları

1. Genel Olarak

Bir hakkın tapu kütüğüne şerh edilebilmesinin genel olarak şartları, hakkın tapu kütüğüne şerh edilebilmesine olanak sağlayan yasal bir düzenlemenin bulunması, hukuki ilişkinin taraflarının şerh anlaşması yapması ve taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi bulunan kişi/kişilerin şerh talebinde bulunmasıdır⁶³.

⁶¹ Bu hükmün yürürlüğe girmesinden önceki dönemde de HUMK md.237/2 hükmünde geçen “taraf” kavramı, cüzi halefleri de kapsayacak şekilde yorumlanmakta ve mahkeme hükmünün paydaşların cüzi haleflerini dahi bağlayacağı öğretilmiş kabul edilmekteydi. Bkz. İ. E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, (1977) 681 ff.; Hatemi, Serozan and Arpacı, (n 2) 111. Aksi görüş için bkz. Keser, (n 21) 520.

⁶² Mangisch, (n 14) N.3.

⁶³ Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 249 ff.; Akipek, Akıntürk and Ateş, (n 8) 315 ff.; Sirmen, (n 2) 291; Gökhan Antalya and Murat Topuz, *Eşya Hukuku, C.3, Tapu Sicili*, (Legal 2018) 177 ff.; İsmet Sungurbey, *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*, (1963) 3 ff.; Aydın Aybay, *Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil*, (1962) 46; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*, (1959) 183, 190 ff.; Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, (Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı), (Filiz 1991) 442; Aybay and Hatemi, (n 35) 109 ff.

Bu başlık altında öncelikle şerh için talepte bulunabilme şartları ele alınacak, ardından şerh anlaşmasının gerekliliği meselesi incelenecektir.

2. Paydaşların Şerh Talebinde Bulunması ve Şartları

TMK md.689/ son uyarınca her paydaş, yönetim ve yararlanma anlaşmalarının tapu kütüğüne şerh verilmesi talebinde bulunabilecektir. Kararlardan doğan hakların şerhi bakımından ise kanunda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Anlaşma yapıldığında her bir paydaş tasarruf yetkisini haiz kabul edilirken, aynı konuda alınan bir kararın tüm paydaşların oybirliğiyle tapu kütüğüne şerh edilmesi gerektiğini kabul etmek, paydaşları karar almak yerine anlaşma yapmaya itmeye sevk edecek ve kanun koyucunun amacına aykırı bir şekilde kararın uygulamasını daraltacaktır.

Diğer yandan kanun koyucu şerh açısından ilave bir şekil şartı getirmiştir: anlaşmaların noterlik tarafından onaylanması (TMK md.689/son)⁶⁴. Belirtmek gereklidir ki, bu şart, anlaşmanın geçerliliği açısından aranan bir şekil şartı değildir⁶⁵; anlaşmadan doğan hakkın ya da hakların tapu kütüğüne şerh verilebilmesi için noterde onaylama şartı aranmaktadır. Kararların şerh edilebilmesini düzenleyen TMK md.695/f.2 hükmünde ise TMK md.689/son'daki hükme benzer düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte TMK md.689/son hükmünde belirlenen koşullar kararlar açısından da uygulama alanı bulacaktır. Bir başka deyişle, yararlanma ve yönetime ilişkin kararların şerh edilebilmesi için de karara katılan paydaşların imzalarının noterde onaylanması koşuluyla paydaşlardan birinin başvurusu üzerine tapu kütüğüne şerh verilebilmesi gerekecektir⁶⁶.

3. Şerh Anlaşmasının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu

Tapu kütüğüne yapılacak şerhin hukuki dayanağını (sebebini) şerh anlaşması teşkil etmektedir. Bir nisbi hakkın tapu kütüğüne şerh verilebilmesi için hakkın doğduğu hukuki işlemin taraflarının ayrıca şerh anlaşması (şerhi gerektiren hukuki sebep) yapması da gerekmektedir⁶⁷. Ancak kanun koyucu bazı hallerde bu prensibe istisna getirmiştir⁶⁸. Paylı mülkiyette paydaşların yaptığı yönetime ve yararlanmaya

⁶⁴ İsviçre hukukunda yönetim ve yararlanma düzenine ilişkin işlemlerin şekle tabi olmadığı kabul edilmekle birlikte tapu kütüğüne beyan ettirilecek anlaşmaların İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü'nün (GBV) 48/1 maddesi gereğince şekle tabi olacağı düzenlenmiştir. Bkz. ve karşı. GBV 82/a . Meier Hayoz, (n 4), N.46 ff.

⁶⁵ Sirmen, (n 2) 291; Öztas, (n 1) 234; M. Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Kanun'unuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, (Turhan 2003), 306; Meier-Hayoz, (n 4), N.40; Selahattin Sulhi Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop, (n 2) 576; Keser (n 21) 520; Sirmen, *Düzenlemeler* 730. Yönetim anlaşmasının adi yazılı şekilde yapılması yeterli olduğu yönünde bkz. Aybay and Hatemi, (n 35) 133, N.12.

⁶⁶ Aynı yönde bkz. Gümüş, (n 53) 165 ff.; Aybay and Hatemi, (n 35) 137, N.26.

⁶⁷ Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 215, N.910; Sirmen, (n 2) 209; Antalya and Topuz, (n 63) 186; Akipek, Akıntürk and Ateş, (n 8) 317; Mehmet Ünal and Veyssel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku, Giriş- Zilyetlik-Tapu Sicili*, (9th edn, Savaş 2017) 356.

⁶⁸ Nitekim taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinden doğan nisbi hakkın şerh edilebilmesi halinde şerh anlaşmasına gerek olmadığı hakkında: Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 215, N.911; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop, (n 2) 380; aksi fikir; Sungurbey, (n 63) 47; Kocayusufoğlu, (n 63) 191.

ilişkin anlaşmalar ve kararların tapu kütüğüne şerh edilebilmeleri için paydaşların şerh anlaşması yapmaları gerektiği konusunda da tereddüt söz konusudur. Çünkü kanun koyucu anlaşmaların şerh edilebilmesini düzenlediği TMK md.689/son'da “taşınmazlarla ilgili anlaşmalar imzalarının noterlikçe onaylanması koşuluyla paydaşlardan birinin başvurusu üzerine tapu kütüğüne şerh verilebilir” hükmüne yer vermiştir. Kanun koyucu her bir paydaşa anlaşmayı veya kararı tapu kütüğüne şerh verebilme yetkisi tanıdığı için burada da şerh anlaşmasının yapılmasını aramadığı sonucuna varmak gereklidir⁶⁹. Bunun sebebi, uygulamada çok sıklıkla karşılaşılan paylı mülkiyet ilişkisinde paydaşların yaptıkları işlemlerde onlara kolaylık sağlamak ve nihayetinde anlaşma yaptıkları takdirde aralarındaki sorunları çözmek için yarattıkları uygulama ve çözümlerin cüzi halefleri için de bağlayıcı etkisi kazanmasında kolaylık sağlamaktır. Çünkü burada önemli olan paylı mülkiyet birliklerinde süreklilik sağlamaktır.

III. TMK md.695/2 VE 689/SON Hükümlerindeki Şerhlerin Hukuki Etkileri

A. Şerhin Hukuki Niteliği ve *De Lege Ferenda* Görüşümüz

Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde, paylı mülkiyette paydaşların yaptığı anlaşma ve kararlardan doğan haklar tapu kütüğüne şerh edilebilecek haklar arasında düzenlenmiştir (TMK md.689/son, 695/f.2). Bu başlık altında şerhin hukuk etkisi ele alınacaktır.

Şerh nisbi hakların etkisini güçlendirmede de kullanılmaktadır⁷⁰. Nisbi hakların şerh edilmesiyle doğacak hukuki etkiler incelendiğinde, öğretilde, hakkın şerh edilmesi ile nisbi hakkın mutlak hakka dönüşmeyeceği özellikle aynı hak haline gelmeyeceği kabul edilmektedir.⁷¹ Ancak, şerhin nisbi hakka yaptığı etki konusunda öğretilde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Özellikle öğretilde iki görüş bulunmaktadır. Şerh edilen nisbi hakkın aynı etkili olduğunu savunan görüşe göre, şerh edilen nisbi haklara ilişkin borç ilişkisi şerhten sonra da taraflar arasında hak ve borç doğurmaya devam eder. Yani şerh, taraflar arasındaki borç ilişkisinde değişiklik yaratmaz. Şerh ile birlikte doğan aynı etki sayesinde mevcut ilişki şerhten sonra da aynen devam ettiği için borcun yerine getirilmesinden sorumlu olan karşı tarafa ileri sürülebilecek ve hatta bu hak, taşınmaz üzerinde sonradan aynı hak kazanan kimselere karşı da ileri sürülebilecektir⁷².

⁶⁹ Gümüş, (n 53) 165; Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 314, N.1255; Sirmen, (n 2) 291 ff.; Sirmen, *Düzenlemeler* 731.

⁷⁰ Şerh hakkında bkz. Gümüş, (n 53) 9 ff.; Sirmen, (n 2) 206 ff.; Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 212, N.889 ff.; Murat Doğan, *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlanmasının Şerhi*, (2004) 66 ff.; İsmet Sungurbey, (n 63) 3 ff.; Aybay, (n 56) 8 ff.

⁷¹ Sungurbey, (n 63) 88; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop, (n 2) 383; Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 249, N.1039.

⁷² Sungurbey, (n 63) 102 ff.; Hatemi, Serozan and Arpacı, (n 2) 441 ff.

Bizimde katıldığımız görüşe göre şerhin iki etkisi bulunmaktadır.⁷³ Birinci etki, yukarıda açıklandığı gibi eşyaya bağlı borç kavramıyla açıklanan hukuki sonuçtur. Bununla birlikte bir de şerhin aynı (munzam) etkisi de bulunmaktadır. Borç doğduktan sonra ortaya çıkan bu etki, şerhten sonra taşınmaz üzerinde kazanılmış olan ve borcun gereği gibi ifa edilmesinin engel olacak nitelikteki hakların bertaraf edilmesini sağlar (TMK md.1009/f.2) .

Türk hukukunda paydaşlar arasındaki anlaşmaların ve kararların tapu kütüğüne şerh verdirilmesi ile doğacak hukuki etkinin ne olacağı öğretilerde tartışmalıdır.

Öğretilerde İsviçre Hukuku ile Türk Hukukunu karşılaştırarak sorunu ele alan Gümüş⁷⁴’e göre, Türk kanun koyucusunun İsviçre’den farklı olarak beyan yerine şerh olanağını tercih etmesinin temel sebebi, beyan kurumuna İsviçre’de getirilen eleştirilerdir. İsviçre Medeni Kanunu’nda Art.647⁷⁵ ve 649a ZGB ile⁷⁶ paylı mülkiyet konusu eşyanın taşınır ya da taşınmaz olması açısından hiçbir ayırım yapılmadan, yapılan anlaşmaların ve kararların cüzi halefler için bağlayıcı nitelikte olduğu ve eşya taşınmaz ise bu düzenlemelerin tapu kütüğüne beyan edilebileceği yasal olarak açıkça düzenlenmiştir⁷⁷.

⁷³ Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 249 ff.; Erel, (n 2) 205 ff.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop, (n 2) 385 ff.; Kocayusufoğlu, (n 63) 200 ff.

⁷⁴ Gümüş, (n 53) 157, özellikle 165.

⁷⁵ Yararlanma ve Yönetim Anlaşması (Ordnung) başlıklı hükümde, paydaşların kanundaki düzenlemelerden farklı olarak yararlanma ve yönetim anlaşmaları yapabilecekleri ve burada tüm paydaşların çoğunluğunun kararıyla değiştirilebileceğinin düzenlenebileceği (f.1), yararlanma ve yönetim anlaşmasının özel olarak yararlanma hakkı özgünlüğü hakkındaki hükümlerinin değiştirilmesi için doğrudan doğruya ilgili olan paydaşın rızasının alınmasını gerektirdiği (Ibis), hükümde belirtilen (Abs.2 a, b) hallerde paydaşlara tanınan yetkilerin kaldırılmayacağı veya sınırlandırılmayacağı düzenlenmiştir. İsviçre Medeni Kanunu’nun 647.maddesinin 1.fıkrasındaki bu düzenlemeleri tapu kütüğüne beyan ettirebilecekleri şeklindeki hüküm, TMK md.695/2’ye alınmış, fakat beyan yerine şerh edilebilecekleri düzenlenmiştir. Ayrıca, ZGB Art.647/2 hükmündeki düzenlemelerin sınırlarıyla ilgili olan ikinci fıkrası ise TMK md.689/1 olarak Türk Medeni Kanunu’na alınmıştır. Hatta Türk kanun koyucusu, TMK md.689/son’da da İsviçre’den farklı olarak, taşınmazlarla ilgili anlaşmaların imzalarının noterlerce onaylanması koşuluyla paydaşlardan birinin başvurusu üzerine tapu kütüğüne şerh verilebileceğini düzenlemiştir.

⁷⁶ “Tapu Kütüğünde Beyan ve Düzenlemelerin (Regelungen) Bağlayıcılığı” kenar başlıklı Art.649a ZGB hükmüne göre ise, paydaşlarca kararlaştırılan yararlanma ve yönetim düzeni ile paydaşlarca alınan yönetim kararları, yargısal kararlar ve tasarruflar, bir paylı mülkiyet payının sonraki malikleri ve pay üzerinde aynı hak iktisap edenler için de bağlayıcıdır. (Abs.1). Paydaşlar, taşınmazdaki paylarındakini de tapu kütüğüne beyan edebilirler. (Abs.2). Hükmün kenar başlığı ve ikinci fıkrası, 11 Aralık 2009 tarihli Kanunla hükmeye eklenmiştir. Bkz. AS 2011 4637, BBI 2007 5283.

⁷⁷ İsviçre öğretisinde, beyanın açıklayıcı nitelik taşıdığı ve düzenlemelerin tapu kütüğüne beyan edilmemesi olsalar bile kanun gereği kendiliğinden cüz’i halefler için bağlayıcı nitelik taşıdığı kabul edilmektedir. Bkz. Brunner and Wichtermann, (n 1), N.28; Mangisch, (n 14) N. 4,6; Rey, (n 4) 179; Von Amédéo Wermelinger, ‘Neuerung beim Stockwerkeigentum’, *Revision des Sachenrecht, ein erster Überblick für Eilige*, in Walter Fellmann and Jörg Schwarz (eds), 2012, 39 ff., N.705. BGE 110 la 106 E.4b; BGE 103 lb 76 E.3. Beyanın açıklayıcı etkisi, paylı mülkiyet düzenlemesi beyan olduktan sonra payı devreden kişinin, artık payı iktisap edene karşı aydınlatma yükümlülüğünden kurtulmasında kendini gösterir. Meier-Hayoz, (n 4), bkz. Art.647, N.46. Bilgi verme yükümlülüğünün ihlali, halinde genel hükümlere göre sözleşmenin irade sakatlığı sebebiyle hükümsüzlüğü, aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmekten doğan (borca aykırılıktan doğan) tazminat talep edilebileceği hakkında bkz. Mangisch, (n 14) N.4; Brunner and Wichtermann, (n 1), N.6. İsviçre hukukunda paydaşlar arasında yapılan düzenlemenin cüz’i haleflere bağlayıcı etkisinin tanınmasının nedeni de öğretilerde tartışmalıdır. Bazılarına göre, paydaşların yaptıkları bu düzenlemelerdeki hak ve yükümlülükler eşyaya bağlı borç niteliğinde olduklarından paydaşların cüz’i halefleri de bu düzenlemelere uymakla yükümlüdürler. Bkz. Müller, (n 12), 47. Diğer görüş ise, paydaşlar arasındaki tüzel kişiliği olmayan bir topluluk ilişkisi bulunmaktadır. Bu topluluk ilişkisine katılan cüzi halefler de önceden var olan yönetim düzeni ile bağlıdır. Bu topluluğa katılırken topluluk kurallarını da öğrenirler; daha sonradan o kuralları bilmediklerini ileri süremezler. Bkz. Fritz Schmid, *Die Begründung von Stockwerkeigentum*, (Schulthess 1972) 190 ff.; Brunner and Wichtermann, (n 1), N.3. Ayrıca bkz. Rey, (n 4), N.703 ff.

Gümüş'e göre TMK md.695'in kaynağı olan Art.649a ZGB esas alınmış ama bununla yetinilmemiş TMK md.689/son'da ayrıca anlaşmaların da tapu kütüğüne şerh edileceğini düzenleyerek şerh olanağı kuvvetlendirilmiştir. Nitekim eski Medeni Kanun yürürlükte olduğu dönemde de paylı mülkiyet düzeninde yapılan anlaşma ve kararların cüzi halefleri bağlaması için kanunda gerekli düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmişti⁷⁸, böyle bir düzenlemeyle kanun koyucunun da bu ihtiyaca cevap vermiş olduğu ifade edilmiştir.

Ancak Gümüş, paylı mülkiyet ilişkisinde birden çok paydaş olduğu için sözleşmenin nisbiligi ilkesinin tipik olarak söz konusu olmayacağını, paylı mülkiyet birliğinin kurulmasıyla iki taraflı bir borç ilişkisinden çok adi ortaklığa benzeyen bir ilişkinin söz konusu olduğunu, buna *sui generis* bir hukuki ilişki denilebileceğini ifade etmektedir. Bu ortaklık bir yönüyle borç ilişkilerindeki gibi ortakları için borç ve talep hakları doğurabilir (giderlere katılma borcu, talep hakkı gibi). Diğer yönüyle ise bir organizasyon sözleşmesi özelliği gösterir, zira burada kişi birliği özelliği ön plana çıkar. Ancak paylı mülkiyet organizasyonu, diğer organizasyonlara göre, ortak malvarlığının bulunmaması, karar ve yönetim mekanizmalarındaki gevşeklik, eksiklik sebebiyle daha silikleşir. Bundan dolayı Medeni Kanunda taşınırlarda şerhe gerek olmadan taşınmazlarda ise şerh ile hem anlaşmaları hem de kararlarını ve mahkeme kararlarını kapsayacak şekilde cüzi halefleri bağlayıcı etki tanınmıştır. Gümüş'e göre⁷⁹, MK md.695'teki şerh, kişisel hakkı kuvvetlendiren diğer şerhlerden farklı özellikler taşır. Burada, eşyaya bağlı borç etkisi yoktur. Çünkü anlaşma veya alınan kararlar, paydaşlar için karşılık ilişkisi içinde olumlu bir yüküm veya alacak meydana getirmezler. Sonraki paydaşlar anlaşmaya taraf olmazlar, sadece ortaklığın iç ilişkisine dair birtakım genel ve soyut normlar koydukları anlaşma ve kararlar bakımından dar anlamda bir aynı etki söz konusudur. Böylece şerhle birlikte dar anlamda aynı etki kazanıldığı için sonradan paydaş olanlara karşı bu anlaşma veya kararlar ileri sürülebilir hale gelir.

Ancak yazar ortaklık ilişkinin statü benzeri bir organizasyon temeline dayalı, tüzel kişiliği olmayan yapısı dolayısıyla anlaşmalara şerhe gerek olmadan cüzi halefleri bağlayıcı etki tanınması gerektiğini de ifade etmektedir⁸⁰.

Öğretide bazı yazarlara göre⁸¹ de TMK md.695/f.2'de düzenlenen şerh, kişisel hakların şerhinden ziyade, mülkiyet hakkına bağlı borç ilişkileri yapılandıran atıptık şerhtir.

Öğretide bazı yazarlar ise, TMK md.695/f.2 hükmünde düzenlenen şerhin kişisel hakkın şerhi niteliğinde olduğunu belirtmekte⁸² ve şerhten sonra taşınmazın her

⁷⁸ Bkz dn.2.

⁷⁹ Gümüş, (n 53) 165.

⁸⁰ ibid 166 ff.

⁸¹ Nomer and Ergüne, (n 27) 138, N.414.

⁸² Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 213, N.899. Aynı yönde bkz. Akipek, Akıntürk and Ateş, (n 8) 316.

malikinin kendi mülkiyeti esnasında doğacak borçla yükümlü olmasını ifade eden eşyaya bağlı borç etkisinin TMK md.695/f.2'den doğmakta olduğu görüşündedir⁸³.

Bazı yazarlar ise⁸⁴, yönetim anlaşmasının tapu kütüğünde “beyan” edilmesi ve dolayısıyla paydaşların cüzi haleflerine karşı ileri sürülebilmesi için yeterli olduğu kanaatindedir. Bu görüşe göre, her ne kadar madde metninde (TMK md.689/son) “şerh” denilmişse de düzeltici yorum yapılarak bu ifade “beyan” olarak anlaşılmalıdır. Burada kanunun düzenlenmesinde özensizlik yapılmış ve kavramların kullanılmasında titizlik gösterilmemiştir.

Öğretideki diğer görüşe göre⁸⁵ ise, TMK md.695/f.2'deki kararlar sözcüğü ile TMK md.689/f.1'deki düzenleme ile eş anlamlı olmadığı kabul edilirse, paydaşların taşınmazlarla ilgili olarak yaptıkları anlaşma, TMK md.695>/f.1 uyarınca şerh verilmeden önce de sonra da paydaşların cüzi haleflerini bağlayacaktır. Bu durumda, 689.maddede ifade edilen şerh gerçek anlamda şerh olmayıp paydaşlar arasında yapılan anlaşmayı açıklayıcı beyan niteliği taşıyacaktır. Ne var ki böyle bir yorum sorunu çözümlenmemektedir. Çünkü paydaşların kanun hükümlerinden farklı bir düzenlemeyi içeren anlaşmaları için doğrudan doğruya bağlayıcı etkisi kabul edilmişken, kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme içermese dahi mahkeme kararları ile paydaşların aldıkları kararların paydaşların cüzi haleflerini bağlayıcı olabilmesi için tapu kütüğüne şerh verilmesi gerektiğini açıklamak zor olacaktır. O halde, TMK md.695/f.2'deki kararlar sözcüğü ile TMK md.689/f.1'deki düzenleme sözcüğünün eş anlamlı olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda TMK md.689/son hükmünde öngörülen şerh, “*TMK md.1009 anlamında paydaşların aralarında yaptıkları anlaşmayla meydana gelen ilişkiye eşyaya bağlı borç niteliği kazandıran bir şerhtir.*”⁸⁶ maddeği kabul edilirse

Kanaatimizce TMK md.695/f.2 ile 689/son hükümlerinde düzenlenen hukuki işlemlerin şerhin etkisi, nisbi hakların etkisinin güçlendirilmesine ilişkin şerhlerinkinden farklı özellik göstermektedir. İlk halde karşılıklı nitelikteki borç ilişkisinden doğan nisbi hakların şerh edilmesi söz konusudur. Oysa paylı mülkiyette anlaşma ve kararlar, hukuki nitelikleri itibarıyla tarafları için karşılıklı hak ve yükümlülükler doğuran bir borç ilişkisinin ötesinde, çok taraflı hukuki işlemler mahiyetindedirler. Bu hukuki işlemler, paylı mülkiyet birliğinin yürütülmesine ilişkin düzenleyici etkisi olan statü doğuran işlemlerdir⁸⁷. Gümüş'ün de ifade ettiği gibi eşyaya bağlı borç etkisinden bahsedilmesi bu sebeple isabetli değildir. Paylı mülkiyet birliğine dâhil olan kimse, bu birlik üyesi olduğu sürece, paydaşlar arasındaki

⁸³ Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 250, N.1039.

⁸⁴ Hatemi and Aybay, (n 35) 133, N.12, 136, N.25.

⁸⁵ Sirmen, *Düzenlemeler* 730 ff.

⁸⁶ ibid 731.

⁸⁷ Nomer, *Yönetim Planı*, 830.

normlara uymakla yükümlüdür⁸⁸. Birlik üyeliği sona erdiği takdirde, bu yükümlülük de sona erer. Birliğin yeni üyesi de birliğe dâhil olmasıyla birlikte bu normlarla bağlı olur⁸⁹. Onun normlarla bağlı tutulması için paydaş olması gereklidir ve yeterlidir. Oysa TMK md.695/f.2 ve 689/son'daki şerh kurumu ile kişisel hakların şerhi, tasarruf yetkisi şerhi ve geçici tescil şerhin yanında atıpkı bir şerh türü daha yaratılmıştır. Bu da eşya hukukunda tip sınırlılığı ilkesini aslında zedelemektedir. Hukuki işlemlerin cüzi halefleri bağlaması için kurumların zedelenmesine de gerek yoktur. Yapılması gereken, benzer özellikler gösteren kat mülkiyetinde olduğu gibi bir kanun hükmüyle paydaşlar arasındaki hukuki işlemlerin cüzi halefler için de bağlayıcı olduğunun düzenlenmesi ve tapu kütüğüne beyan edilmesinin ayrıca kanun hükmüyle düzenlenmesidir⁹⁰. Olması gereken hukuk açısından, İsviçre'de olduğu gibi, şerh edilmesi aranmaksızın hem anlaşmaların hem de kararların cüzi halefler için bağlayıcı olması gerekir.

Nitekim paylı mülkiyette paydaşlar arasındaki bu hukuki işlemler, kat mülkiyetinde kat malikleri arasındaki yönetim planına ve kat malikleri kurulu kararlarına benzemektedir. Zira her ikisinde de tüzel kişiliği olmayan şahıs birliklerinde malikler kendi iç ilişkilerinde yararlanma ve yönetime ilişkin kuralları ve yükümlülükleri düzenleyen iç organizasyon kurmakta ve sürekli biçimde yürütülmesi sağlamaktadır. Kat Mülkiyeti Kanunu md.28, yönetim planı ve yapılacak değişikliklerin bütün kat maliklerini, onların cüzi haleflerini, yönetici ve denetçileri bağlayacağını; yönetim planı ile yapılacak değişikliklerin tarihinin kat mülkiyeti kütüğünün beyanlar hanesinde gösterileceğini düzenlemiştir. Keza kat malikleri kurulu kararları da kanun gereği hem kat maliklerini, hem de cüzi haleflerini bağlamaktadır. (KMK md.32/f.2) Öğretide de yönetim planı bakımından yapılacak beyanın hukuki niteliği tartışılmıştır⁹¹. Bizim de katıldığımız görüşe göre⁹², beyanın kurucu bir etkisi bulunmadığı gibi, nisbi hakkın etkisini güçlendirici etkisi de yoktur. İşte paylı mülkiyete benzer yapıda olan kat mülkiyetinde yer alan bu sistemin, paylı mülkiyet açısından benimsenmesi daha isabetli olurdu.

Uygulamamızda da paydaşların aralarındaki zımni yararlanma anlaşmalarının tapu kütüğüne şerh edilmese dahi cüzi halefleri bağlayacakları kabul edilmektedir⁹³.

⁸⁸ Öztaş, (n 1) 290-291, 299. Tüzel kişiliği olmayan kişi birlikleri hakkında bkz. Halûk Nami Nomer, *Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar*, (2008) 11 ff.

⁸⁹ Kat mülkiyeti ve yönetim planı bakımından bu yönde bkz. Nomer, *Yönetim Planı* 833.

⁹⁰ Beyan kurumunun daha isabetli olacağı hakkında bkz. Öztaş, (n 1) 299 ff.

⁹¹ Bazı yazarlara göre, kat malikleri arasındaki kişisel ilişkinin aleni hale getirilmesi açısından ve anlaşmanın o taşınmazı iktisap edecek üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi açısından yönetim planının ve onda yapılacak değişikliklerin tapu kütüğüne beyan edilmesi şarttır. Bkz. Kemal Tahir Gürsoy, *Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili*, (1970) 512. Bazı yazarlara göre ise, yönetim planının ve değişikliklerinin beyanlar hanesinde belirtilmesi gerekir. Bağımsız bölümler ait beyanlar sütununda belirtilmemiş ise bağımsız bölümü iktisap ederken durumu bilmeyen üçüncü kişileri bağlamaz. Bkz. Öğuzman, Seliç and Oktay Özdemir, (n 4) 673 ff. N.2276. Bazı yazarlara göre ise, yönetim planı ve onda yapılacak değişiklikler bakımından beyanın kurucu etkisi bulunmamaktadır. Bkz. Arpacı, (n 13) 74, dn.79; Erel, (n 2) 115.

⁹² Arpacı, (n 13) 74, dn.79; Erel (n 2) 114-115.

⁹³ Rona Serozan, '*Kayden Şayi- Fiilen Müstakil Arsada ve Kıymetli Evrak Deposunda Kendine Özgü Paylı Mülkiyet Rejimi*', (Vedat 2009) (Prof. Dr. Hüseyin Hatemi)'ye Armağan C.2), 1376; Öztaş, (n 1) 255 ff. Ancak MK md.2/2 cevaz verdiği takdirde örtülü irade beyanları yoluyla kurulan sözleşmenin üçüncü kişilere etkili olabileceği hakkında bkz. Arpacı, (Hatemi, Serozan, Arpacı), (n 2) 110.

Örneğin, bir taşınmazda paydaşların kendi aralarında fiilen bölüşüm yaparak sürekli olarak taşınmazın her bir bölümünü kullanmaları halinde karşılaşılan zımnî bir anlaşmadan⁹⁴ doğan hakların şerh edilebilmeleri için paydaşların notere onaylatacakları yazılı bir metin sunmalarının aranması uygulamanın doğurduğu pratik ihtiyaçlara ters düşer.

Bu sebeplerle, *de lege ferenda* “şerh” sistemi yerine “beyan” sisteminin kabul edilmesinin hem uygulamamızla çelişmemesi hem de sistemin kendi içinde tutarlı olması açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

B. Şerhin Hukuki Etkisi ve Kapsamı

Paydaşlar arasındaki taşınmazlardaki yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşma ve kararlar, tapu kütüğüne şerh edildiği takdirde, sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynî hak kazananları bağlayacaktır (TMK md.689/son, TMK md.695/2). Yürürlükteki hukukumuzda, paylı mülkiyetteki bu atipik şerhe, kurucu etki tanınmıştır⁹⁵. Paydaşlar arasındaki anlaşmanın tarafı olan veya alınan karara katılanlar, anlaşmaya ya da karara uymakla yükümlüdür. Kararın oybirliği dışında başka bir nisapla alınmasının kanun (TMK md.690/2, 691/f.1,2) veya hukuki işlemle mümkün kılındığı hallerde, yeterli karar sayısının oluşmasıyla alınan ve hüküm doğuran kararlar, karara alınmasına katılmayan hatta karara karşı çıkan paydaşlar için de bağlayıcı olacaktır. Bu ise, kararın hukuki sonucunun gerçekleşebilmesi için belirli sayıda irade beyanının aynı yönde açıklanmasının yeterli ve gerekli olmasının bir sonucudur⁹⁶. Bir başka deyişle, kişi topluluğu olan paylı mülkiyet birliğinde kararın konusunu oluşturan hukuki sonucun doğması için aranan gerekli sayıda paydaş iradesi açıklanmış ise karar, paylı mülkiyet birliği üyesi olan tüm paydaşlar için hukuki sonuç doğuracaktır.

Paydaşın vefat etmesi halinde ise, onun taraf olduğu/katıldığı hukuki işlemde doğan – kişi varlığı haklarına dahil olmayan - haklar ve – vefat edenin kişiliğine bağlı olmayan- yükümlülükler, külli halefiyet prensibi gereğince ölümle birlikte kendiliğinden mirasçılara intikal eder (TMK md.599)⁹⁷. Dolayısıyla külli haleflerin, taşınmazlardaki yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşma ve kararlar ile bağlanmasının nedeni, miras hukukundan doğan prensiplerdendir.

Taşınmazlardaki yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşma ve kararlar, tapu kütüğüne şerh edilmiş ve paydaşlardan biri sonradan, payını kısmen ya da

⁹⁴ Serozan,1376; Eren, (n 1) 104 ff.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop, (n 2) 587-588, 593.

⁹⁵ Öztas, (n 1) 302 ff.

⁹⁶ Dural and Sarı, (n 19) 207 ff., N.1125; Oğuzman and Barlas, (n 19) 178-179, N.616.

⁹⁷ Rona Serozan and B. İlkay Engin, *Miras Hukuku*, (Seçkin 2018) 119, N.144; Mustafa Dural and Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, C.IV: Miras Hukuku*, (Filiz 2016) 12, N.74 ff. Karş. Kılıçoğlu, (n 65) 306-307.

tamamen üçüncü kişiye devretmişse⁹⁸ (TMK md.688/f.3), devralan da anlaşma ya da karar sırasında paydaş olmasa dahi onunla bağlıdır. Bu hukuki sonuç ise, yürürlükteki hukukumuzla göre, şerhin kurucu etkisinin bir sonucudur.

Paydaş, payı üzerinde malik hak ve yetkilerine sahip olduğu için payı üzerinde sınırlı aynı hak da tesis edebilir. TMK md.695/f.2'ye göre, “taşınmazlardaki yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşma ve kararlar, tapu kütüğüne şerh edildiği takdirde, “sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynı hak kazananlar” için de bağlayıcı olacaktır. Hükümdeki “sonradan” ifadesi, anlaşma veya karar alındıktan sonra sınırlı aynı hak kazananları mı kast etmektedir, yoksa sadece payı devralanlar için mi kullanılmıştır, tereddüt edilebilir. Kanaatimizce, pay üzerinde sınırlı aynı hak iktisap eden kimseler, paylı mülkiyet birliğinin üyesi olmadıkları için paydaşlar arasındaki normlara riayet etmekle yükümlü değildirler. Bu sebeple yürürlükteki hukukumuz açısından anlaşma ya da kararın onları da bağlaması için tapu kütüğüne şerh edilmiş olması gereklidir. Bu açıdan taşınmazlardaki yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmanın veya kararın tapu kütüğüne şerh edildiği takdirde, bu tarihte var olan ve bu tarihten sonra pay üzerinde kurulan sınırlı aynı hak sahipleri için bağlayıcı olacağını kabul etmek gereklidir.

Kanun koyucu pay üzerinde sınırlı aynı hak sahibi olanlar için şerhin bağlayıcı etkisini düzenlemiş, fakat paylı mülkiyet konusu eşya üzerinde sınırlı aynı hak sahibi olanların durumunu düzenlememiştir. Kanaatimizce, “sonradan paydaş olan” ifadesi, paylı mülkiyet konusu eşyada sonradan mülkiyet hakkı iktisap etmeyi ifade etmekten olduğundan genişletici yorumu ile paylı mülkiyet konusu eşyada sonradan sınırlı aynı hak iktisap edenler de şerhin etkisinden yararlanmalıdır. (bkz. ve karş. TMK md.1009/2).

Taşınmazlardaki yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşma ve kararlar, tapu kütüğüne şerh edildiği takdirde, paylı mülkiyet konusu eşyadan nisbi bir hakka dayanarak yararlanan kimseler için bağlayıcı etki göstermez. Esasen KMK md.28/f.4 veya KMK md.18/f.2 gibi bir hükme Medeni Kanunda yer verilmemiştir⁹⁹.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde, taşınmazlardaki yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşma ve kararlar, tapu kütüğüne şerh edilmemişse, yapıldıkları tarih itibarıyla paylı mülkiyet birliği üyesi olan paydaşlar için hüküm doğuracak, sonradan paydaş olan veya pay üzerinde sınırlı aynı hak iktisap eden kişiler için hak ve yüküm doğurmayacaktır.

Şerhin süresi bakımından kanunda ayrı bir hükme yer verilmemiştir. Genel prensipler uyarınca paydaşlar şerh edilecek hukuki işlemin süresini belirlemişlerse,

⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kürşat, (n 1) 73 ff.

⁹⁹ Bkz. Hatemi, Serozan and Arpacı, (n 2) 123.

bu süre kadar; süre belirlememişlerse şerh varlığını sürdürdüğü sürece hukukî etkisini sürdürecektir¹⁰⁰. TST md.69/3 şerhin süresinin dolması halinde taşınmaz malikinin terkin talebinde bulunacağını düzenlemişse de konumuz açısından şerhin terkin talebini tüm paydaşların birlikte yapması veya oybirliği ile karar alarak bu konuda temsil yetkisi vermesi gerekmektedir.

Son olarak taşınmazlardaki yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşma ve kararların tapu kütüğüne şerh edildikten sonra değiştirildiğini ve fakat bu yeni anlaşma veya kararın tapu kütüğüne şerh edilmediği ihtimalinde doğacak hukuki sonuçlar ele alınmalıdır. TMK md.695/f.2 ve 689/son hükümlerindeki şerhin yürürlükteki hukukumuz açısından kurucu etkili olduğu göz önüne alındığında; sonraki tarihli anlaşma veya kararın önceki tarihli anlaşma veya kararın hukuki sonuç doğurmasına engel olup olmadığı incelenmelidir. Yukarıda da ele alındığı üzere, bir anlaşma veya karar daha sonradan değiştirilebilir veya tamamen yürürlükten kaldırılabilir. Tapu kütüğüne şerh edilmiş olması, paydaşların bu konudaki irade özgürlüğünü engellemez. Ancak şerh edilmiş ve fakat hükmünü yitirmiş bir anlaşmaya ilişkin şerh de mevcut durumu doğru göstermediği için yolsuz şerh niteliğinde olacaktır. Şerhin terkin için tüm paydaşların bu konuda oybirliği ile anlaşması gerekeceğinden¹⁰¹ paydaşlar arasında oybirliği sağlanmadığı takdirde, yolsuz şerhin düzeltilmesi için TMK md.1025'e kıyasen her bir paydaş dava açma olanağına sahip olmalıdır¹⁰². Yolsuz şerhin terkin sağlanmadığı hallerde ise, sonradan payı iktisap eden veya pay üzerinde sınırlı ayni hak iktisap eden kişiler, tapu kütüğüne şerh edilmemiş anlaşma veya karar ile bağlı sayılmaz¹⁰³. Onlar, ancak payı devreden veya pay üzerinde sınırlı ayni hak tanıyan paydaşa karşı genel hükümlere – koşulları gerçekleşmişse TBK md.112 veya TBK md.30 vd.- dayanarak talepte bulunabileceklerdir.

Sonuç

Paylı mülkiyetin devamlılığı ve maldan en verimli şekilde yararlanılması paydaşların birbirleriyle uyumlu olmalarına bağlıdır. Paylı mülkiyet konusu maldan yararlanmaya ve kullanıma ilişkin anlaşmaları paydaşlar yapabilirler. Bu yönde kararlar alabilirler. Paydaşlardan biri paylı mülkiyet birliğinden çıksa da alınan kararların ve anlaşmaların devamlılığı önemlidir. Önceki paydaşların aldığı kararların sonraki paydaşları bağlayıp bağlamayacağı önemli bir sorundur. İşte bu ihtiyacı gidermek için yönetim anlaşmalarının şerh edilmeleri 4721 sayılı Medeni Kanun ile düzenlenmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile birlikte taşınmazlarla ilgili anlaşmaların tapu

¹⁰⁰ Ünal and Başpınar, (n 67) 358. Şerhin süresi konusunda TMK md.23/f.2 hükmünün nazara alınması gerektiği hakkında bkz. ibid 357.

¹⁰¹ Öztaş, (n 1) 302; Brunner and Wichtermann, (n 1), N.1. Her bir paydaşın şerhin terkin edilmesini talep edebileceği hakkında bkz. Schmid, (n 77) 193, 198.

¹⁰² Öztaş, (n 1) 302. Yolsuz şerh ve kişisel hakların şerhinde TMK md.1025'in kıyasen uygulanması hakkında bkz. Oğuzman, Seliçi and Oktay Özdemir, (n 4) 268, N.1111.

¹⁰³ Öztaş, (n 1) 303; Brunner and Wichtermann, (n 1), N.9.

kütüğüne şerh verilebileceği TMK m. 689/son ile düzenlenmiş ayrıca taşınmazlarda yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin kararların sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynı hak kazananları bağlaması için bunların tapu kütüğüne şerh edilmesi gerektiği TMK m.695/f.2’de belirtilmiştir. Böylece Eski Medeni Kanun döneminde bulunan bir eksiklik giderilmiştir. Bununla birlikte bu konudaki tartışmalar sona ermemiştir. Her şeyden önce kanunda bir terim birliği bulunmamakta, hangi hukuki işlemlerin şerh edilebileceği açıklanmamaktadır. Paydaşlar paylı mülkiyet konusu malın yönetimine, kullanılmasına, yararlanılmasına ve tasarrufuna ilişkin olarak anlaşma yapabilirler, karar alabilirler; bu konularda mahkemeye başvurarak mahkeme kararı alabilirler. Ancak paydaşların yapabileceği bu işlemlerle neyin tam olarak anlaşılması gerektiği belirsizdir.

Terimler de özensiz kullanılmış olduğundan dolayı bu konuda kanunda yeterli açıklık olmamakla birlikte düzenleme ile anlaşma kavramlarının aynı anlamda kullanıldığı kanaatini taşımaktayız. Ancak mahkeme kararı bir hukuki işlem olmadığı için konumuz dışında değerlendirilmelidir. Bu bakımdan incelememizde paylı mülkiyet konusu maldan yararlanma ve yönetime ilişkin hukuki işlemler ile anlaşma ve karar kavramlarına odaklanılmıştır. Konuları aynı olsa da anlaşma ile karar çeşitli açılardan birbirinden farklı hukuki işlemlerdir. Anlaşma, hukuki niteliğine özgü bir özellik olarak, tüm paydaşlarca oybirliği ile düzenlenmelidir. Oysa kararda, paydaşlarca farklı bir oran kararlaştırılmamışsa, kanunda belirtilen konulara göre (TMK md.690-692) farklı oranlarda karar yeter sayısının sağlanması hukuki sonucun doğması açısından gerekli ve yeterlidir. Kararlar oybirliği, oy çokluğu, nitelikli çoğunlukla alınabilir. Paydaşlar tarafından paylı mülkiyet birliğinin yürütülmesi açısından yapılan hukuki işlemler (anlaşma ve kararlar), yürürlükteki hukukumuzda göre tapu kütüğüne şerh edilebilir. Buna karşılık mahkeme kararlarının bağlayıcı etkisi açısından şerh edilmelerine gerek yoktur.

TMK md.689/ son uyarınca her paydaş, yönetim ve yararlanma anlaşmalarının tapu kütüğüne şerh verilmesi talebinde bulunabilecektir. Kararlardan doğan hakların şerhi bakımından ise kanunda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte kanaatimizce kararlar da şerh edilebileceği için bu halde aynı sonucu kabul etmek gerekecektir.

TMK md.689/son uyarınca anlaşmadan doğan hakkın ya da hakların tapu kütüğüne şerh verilebilmesi için imzalarının noterde onaylama şartı aranmaktadır. Ama bu şart anlaşmanın geçerliliği açısından değil şerh edilebilmesi açısından önem taşır. TMK md.695/f.2 hükmünde ise TMK md.689/son’daki hükme benzer düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte TMK md.689/son hükmünde belirlenen şartlar, kararlar açısından da uygulama alanı bulacaktır. Bir başka deyişle, yararlanma ve yönetime ilişkin kararların şerh edilebilmesi için de karara katılan

paydaşların imzalarının noterde onaylanması şartıyla paydaşlardan birinin başvurusu üzerine tapu kütüğüne şerh verilebilmesi gerekecektir. Kanun koyucu her bir paydaşa anlaşmayı veya kararı tapu kütüğüne şerh verebilme yetkisi tanıdığı için burada da şerh anlaşmasının yapılmasını aramadığı sonucuna varmak gereklidir. Çünkü kanun koyucu uygulamada sıklıkla karşılaşılan paylı mülkiyet ilişkisinde paydaşların yaptığı işlemlere kolaylık ve süreklilik sağlamak istemiştir.

TMK md.695/f.2 ile 689/son hükümlerinde düzenlenen hukuki işlemlerin şerhinin etkisi, nisbi hakların etkisinin güçlendirilmesine ilişkin şerhlerinkinden farklı özellik göstermektedir. Paylı mülkiyette anlaşma ve kararlar, hukuki nitelikleri itibariyle tarafları için karşılıklı hak ve yükümlülükler doğuran bir borç ilişkisinin ötesinde, çok taraflı hukuki işlemler mahiyetindedirler. Bu hukuki işlemler, paylı mülkiyet birliğinin yürütülmesine ilişkin düzenleyici etkisi olan statü doğuran işlemlerdir. Bu işlemlerde eşyaya bağlı borç etkisinden bahsedilmesi bu sebeple isabetli değildir. Paylı mülkiyet birliğine dâhil olan kimse, bu birlik üyesi olduğu sürece, paydaşlar arasındaki normlara uymakla yükümlüdür. Kanaatimizce kanun koyucu bu halde atipik bir şerh türü yaratmıştır. Bu da eşya hukukunda tip sınırlılığı ilkesini zedelemektedir. Olması gereken hukuk açısından, İsviçre’de olduğu gibi, şerh edilmesi aranmaksızın hem anlaşmaların hem de kararların cüzi halefler için bağlayıcı olması gerekir. Kat Mülkiyeti Kanunu md.28’de yönetim planı ve yapılacak değişikliklerin bütün kat maliklerini, onların cüzi haleflerini, yönetici ve denetçileri bağlayacağı; yönetim planı ile yapılacak değişikliklerin tarihinin kat mülkiyeti kütüğünün beyanlar hanesinde gösterileceği düzenlenmiştir. Aynı sistemin paylı mülkiyette benimsenmesi gerekirdi. Çünkü tüzel kişiliği olmayan şahıs birliklerinde malikler/paydaşlar, kendi iç ilişkilerinde yararlanma ve yönetime ilişkin kuralları ve yükümlülükleri düzenleyen bir iç organizasyon kurmakta ve sürekli biçimde yürütülmesini sağlamak amaçlamaktadır. Bu sebeplerle, *de lege ferenda* “şerh” sistemi yerine “beyan” sisteminin kabul edilmesinin hem uygulamamızla çelişmemesi hem de sistemin kendi içinde tutarlı olması açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almamışlardır.

Kaynakça/References

- Akipek J, Akıntürk, T. and Ateş, D., *Eşya Hukuku*, (2th edn, Beta 2018).
- Antalya G and Topuz M, *Eşya Hukuku C.3, Tapu Sicili*, (Legal 2018).
- Arpacı A, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, (Bedir 1984), (*Kat Mülkiyeti*).
- Arpacı A, *Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim* (Kazancı 1990), (*Müşterek Mülkiyet*).
- Aybay A, *Müşterek Mülkiyette Taksim*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1966)
- Aybay, A, *Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil*, (1962).
- Aybay, A. and Hatemi H, *Eşya Hukuku*, (Vedat 2010).
- Brunner C, and Wichterhann J, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II*, in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds), (4th edn) <www.legalis.ch> accessed 02 January 2019.
- Doğan M, *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlanmasının Şerhi*, (Seçkin 2004).
- Dural M, and Sarı S, *Türk Özel Hukuku C.I: Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri*, (Filiz 2018).
- Dural M, and Öz T, *Türk Özel Hukuku, C.IV: Miras Hukuku*, (Filiz 2016).
- Erel Ş, 'Eşyaya Bağlı Borç', AÜSBF Yayınları (1982) (490).
- Eren F, *Mülkiyet Hukuku*, (4th, Yetkin 2016).
- Esener T, and Güven K, *Eşya Hukuku*, (5th edn, Yetkin 2012).
- Graham-Siegenthaler B, *CHK, Handkommentar zum Schweizer privatrecht, Sachenrecht Art.641-977 ZGB*, (3th, 2016).
- Gümüş M A, *Türk Medeni Hukukunun Getirdiği Yeni Şerhler*, (2th, Vedat 2007).
- Gürsoy K T, *Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970).
- Gürsoy K T and Eren F, and Cansel E, *Türk Eşya Hukuku*, (2th edn, 1984).
- Haab R, and Simonius A, Scherrer W and Zobl D, *Kommentar zum schweizerischesn Gesetzbuch, Das Sachenrecht, Zürcher Kommentar, Das Eigentum, Art.641-729 ZGB, Band:NR.IV/1*, (2th edn, Schulthess 1977).
- Hatemi H, Serozan R and Arpacı A, *Eşya Hukuku*, (Filiz 1991).
- Karahasan M R, 'Kat Mülkiyeti Hukukunda Düzenlenen Yönetim Planının Niteliği ve İşlevi', (2006) 80(1), İBD.
- Keser Y, 'Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyette Yönetim Sözleşmesi', (2008) (Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan), 515 ff.
- Kılıçoğlu M A, *Medeni Kanun'unuzum Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, (Turhan 2003).
- Kocayusufoğlu N, *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*, (Sulhi Garan Matbaası 1959).
- Kürşat Z, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi*, (Arıkan 2008).
- Liver P, *Schweizerisches Privatrecht, 5. Band, Sachenrecht, Erster Halbband, Das Eigentum*, (1977).
- Mangisch J, *ZGB Kommentar, Schweizerische Zivilgesetzbuch, OFK (Orell Füssli Kommentar)*, (3th, Schulthess 2016).

- Meier-Hayoz A, *Berner Kommentar; Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum*, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art.641-654 ZGB, (5th, Staempfli 1981).
- Müller K, *Der Verwalter von Liegenschaften mit Stockwerkeigentum*, (2th, Staempfli and Cie AG 1971).
- Nomer H N, 'Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının Hukuki Niteliği', (Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan), (Filiz 2013), (*Yönetim Planı*).
- Nomer H N, *Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar*, (Beta 2008).
- Nomer H N and Ergüne M S, *Eşya Hukuku*, (6th edn, On İki Levha 2019).
- Oğuzman M K and Seliçi Ö, *Eşya Hukuku*, (Filiz 2001).
- Oğuzman M K, Seliçi Ö and Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku*, 21th edn, (Filiz 2018).
- Oğuzman M K and Barlas N, *Medeni Hukuk, Giriş- Kaynaklar- Temel Kavramlar*, (24th edn, Vedat 2018).
- Öğüz T, *Müşterek Mülkiyette Taksim Engelleri*, (Alfa 1995).
- Öztaş İ, *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı*, (On İki Levha 2011).
- Postacıoğlu İ E, *Medeni Usul Hukuku*, (1977).
- Rey H, *Die Grundlagen des Sachenrecht und das Eigentum*, (Staempfli 2000).
- Schmid F, *Die Begründung von Stockwerkeigentum*, (Schulthess 1972).
- Serozan R, 'Kayden Şayi- Fiilen Müstakil Arsada ve Kıymetli Evrak Deposunda Kendine Özgü Paylı Mülkiyet Rejimi', (Vedat 2009) (Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan C.2) 1373 ff.
- Serozan R and Engin B İ, *Miras Hukuku*, (Seçkin 2018).
- Sirmen A L, *Eşya Hukuku*, (6th, Yetkin 2018) (*Eşya Hukuku*).
- Sirmen A L, 'Yeni Türk Medeni Kanununda Paylı Mülkiyete İlişkin Düzenlemeler', (2003) (Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan), (*Düzenlemeler*).
- Sungurbey İ, *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*, 1963, 3 ff.
- Tekinay S S, Akman G S, Burcuoğlu H and Altop A, *Eşya Hukuku, C.I.*, (5th edn, Filiz 1989).
- Ünal M. and Başpınar V, *Şekli Eşya Hukuku, Giriş- Zilyetlik-Tapu Sicili*, (9th edn, Savaş 2017).
- Wermelinger V A, 'Neuerungen beim Stockwerkeigentum', *Revision des Sachenrecht, ein erster Überblick für Eilige*, in Walter Fellmann and Jörg Schwarz (eds), 2012, 39 ff.
- Yavuz N, *Paylı Mülkiyet Yönetimi*, (Kartal 2006).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 19.04.2019
Revizyon Talebi: 29.05.2019
Son Revizyon Tarihi: 28.06.2019
Kabul: 28.06.2019

Yabancı Unsurlu Futbol Menajerliği Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları ve Uygulanacak Hukuk

Cemil Güner^{*}

Öz

Futbol menajerliği sözleşmesinin amacı, futbol menajerinin bir futbolcu ile kulüp arasında imzalanan profesyonel futbolcu sözleşmesi ya da iki kulüp arasında imzalanan transfer anlaşması yapılması konusunda hizmet vermektir. Bu bağlamda, taraflarca akdedilen yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden birçok uyuşmazlık gündeme gelebilecektir. Futbol menajerliği sözleşmesinden doğan yabancı unsurlu bir uyuşmazlık için taraflar, devlet mahkemelerinde dava açabilecekleri gibi Spor Tahkim Mahkemesine (CAS) de başvurabilirler. Bununla birlikte, futbol menajerliği sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık yabancı unsurlu ise Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kuruluna götürülmesi mümkün değildir. Zira Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü md 63/3'de uluslararası ihtilaflarda Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği'nin (FIFA) yetkili olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık Spor Tahkim Mahkemesine götürülürse, hakem heyeti, uyuşmazlığın esasına taraflarca tahkim şartında veya tahkim anlaşmasında seçilen hukuk kurallarını, böyle bir seçimin yapılmaması halinde ise İsviçre hukukunu uygular. Taraflar hakem heyetine hakkaniyete göre karar verme yetkisi de tanıyabilirler. Söz konusu uyuşmazlık Türk mahkemelerinde dava konusu edilirse, uygulanacak hukuk mahkemece yapılacak vasıflandırmaya göre değişebilir. Buna göre, taraflar futbol menajerliği sözleşmesini iş sözleşmesi unsurlarıyla yapmışlarsa uygulanacak hukuk MÖHUK md 27'e göre tayin edilir. Ancak taraflar futbol menajerliği sözleşmesini vekâlet sözleşmesi, simsarlık sözleşmesi, komisyon sözleşmesi veya danışmanlık sözleşmesi unsurlarıyla yapmışlarsa uygulanacak hukuk MÖHUK md 24 uyarınca belirlenir.

Anahtar Kelimeler

Futbol menajerliği sözleşmesi • Kanunlar ihtilafı • Uygulanacak hukuk • Spor Tahkim Mahkemesi • Uyuşmazlık Çözüm Kurulu

The Solutions of Disputes Arising From the Football Manager Contract with Foreign Element and the Applicable Law

Abstract

The aim of the football manager contract is to provide services for the professional player contract signed between the football player and the club or the transfer agreement signed between two clubs. In this context, many disputes arising from the football manager contract with foreign element made by the parties come up. In the case of a dispute with a foreign element arising from the football manager contract, parties may file a bill in state courts or apply to the Court of Arbitration for Sport (CAS). However, if a dispute arising from the football manager contract has a foreign element, it can't be taken to the Turkish Football Federation Dispute Resolution Board. Article 63/3 of the Statute of Turkish Football Federation states that International Association Football Federation (FIFA) is clearly authorized in international disputes. If a dispute arising from the football manager contract with foreign element is taken to the Court of Arbitration for Sport, the Panel shall decide the dispute according to the rules of law chosen by the parties or, in the absence of such a choice, according to Swiss law. The parties may authorize the Panel to decide ex aequo et bono. If the parties file a bill regarding these disputes in the Turkish courts, the applicable law may vary depending on the qualification to be made by the court. Accordingly, if the

^{*} Sorumlu Yazar: Cemil Güner (Dr. Öğr. Üyesi), Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Konya, Türkiye. Eposta: cguner@selcuk.edu.tr ORCID: 0000-0002-1956-0118

Atf: Güner C, "Yabancı Unsurlu Futbol Menajerliği Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları ve Uygulanacak Hukuk" (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 103 <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0007>

parties have made the football manager contract with the elements of the employment contract, the court has to determine the applicable law according to article 27 of MOHUK. However, if the parties have made the football manager contract with the elements of the agency contract, the brokerage contract, the commission contract or the consultancy contract, the court has to determine the applicable law according to article 24 of MOHUK.

Keywords

Football manager contract • Conflict of laws • Applicable law • Court of Arbitration for Sport • Dispute Resolution Board

Extended Summary

In professional football, it is seen that football players and clubs mostly work with football managers. Particularly, the foreign players' inefficiency regarding language, culture and conditions of the country in which they will play football, the clubs' conditions and lack of time due to match and training encourage them to benefit from the management service.

The aim of the football manager contract is to provide services for the professional player contract signed between the football player and the club or the transfer agreement signed between two clubs. In this context, many disputes arising from the football manager contract with foreign element made by the parties come up. Such disputes can be settled under certain conditions by the state courts as well as by the boards of national or international federations and the arbitration courts.

In case of a dispute with a foreign element arising from the football manager contract, the parties may file a bill in the state courts or apply to the Court of Arbitration for Sport (CAS). However, if a dispute arising from the football manager contract has a foreign element, it can't be taken to Turkish Football Federation (TFF) Dispute Resolution Board. In this context, according to article 2 of the Directive of Dispute Resolution Board, except for the exclusive authority of Dispute Resolution Board in disputes concerning sporting penalties and training compensation; clubs, players, technical managers and football managers are free to accept Dispute Resolution Board's jurisdiction to settle any dispute arising from any contract relating to football between them. Therefore, the Dispute Resolution Board will only be able to settle disputes arising from contracts relating to football, including the football manager contract, upon written application of the parties. However, it is not possible to apply to the Dispute Resolution Board in terms of disputes with foreign elements. In fact, article 63/3 of the Statute of TFF states that International Association Football Federation (FIFA) is clearly authorized in international disputes. This provision reveals that the Dispute Resolution Board does not have jurisdiction in disputes with foreign element.

The parties may apply to CAS in case of disputes arising from the football manager contract with foreign element. The procedural rules of Sports Arbitration Code apply

whenever the parties have agreed to refer a sports-related dispute to CAS. Such reference may arise out of an arbitration clause contained in a contract or regulations or by reason of a later arbitration agreement or may involve an appeal against a decision rendered by a federation, association or sports-related body where the statutes or regulations of such bodies, or a specific agreement provide for an appeal to CAS. The rules that the CAS Panel will apply to the merits of the dispute are described in article R45 of Sports Arbitration Code. Accordingly, the Panel decides disputes according to the rules of law chosen by the parties or, in the absence of such a choice, according to Swiss law. The parties may authorize the Panel to decide *ex aequo et bono*.

A dispute arising from the football manager contract with foreign element may also be brought to the Turkish courts. There is no a special rule of conflict of laws that defines the law to be applied to the sports disputes and football manager contracts in the Code on Private International and Procedural Law (MOHUK). The football manager contract, as seen in the examples reflected in the practice, is usually made by considering the elements of contract types such as brokerage contract, commission contract, employment contract, consultancy contract and agency contract. For this reason, the determination of the applicable law to the contractual dispute arising from the football manager contract is made according to the relevant contract status. If the parties have made the football manager contract with the elements of the employment contract, the court has to determine the applicable law according to article 27 of MOHUK. Accordingly, the employment contracts are subject to law which is chosen by parties as long as the provisions which foresee the minimal protection due to statutory provisions of employee's habitual workplace law are reserved. If the parties have not chosen a law, the law of the habitual workplace of the employee governs this contract. However, if the parties have made the football manager contract with the elements of agency contract, brokerage contract, commission contract or consultancy contract, the court has to determine the applicable law according to article 24 of MOHUK. Accordingly, the law explicitly chosen by the parties governs these contracts and, besides this, the implied choosing on law is also valid. In the absence of choice of law, the law of football manager's work place at the moment of the conclusion of contract governs the contract.

Giriş

Sportif alanda menajerlik hizmetinden çokça yararlanılmaktadır. Bu bağlamda, uygulamada önemli bir yer edinen menajerliğin özellikle futbolda ön plana çıktığı görülmektedir. Öyle ki “futbolcu temsilciliği” olarak da bilinen “futbol menajerliği”, yüksek bedelli transfer ücretlerinin döndüğü futbol dünyasında önemli bir müessese haline gelmiştir¹. Zira profesyonel futbolda, futbolcu veya kulüplerin çoğunlukla futbol menajerleriyle çalıştıkları görülmektedir².

Profesyonel futbolcular ve kulüpler birbirleriyle sözleşme yaparken veya sözleşme sonrası aşamada ve özellikle de transfer sürecinde maddi, kültürel, sosyal ve hukuki problemlerle karşılaşabilmektedir. İşte doğabilecek bu tür problemlerin çözümünde yetkin ve profesyonel uzmanlara ihtiyaç duyulmaktadır³. Özellikle yabancı futbolcuların futbol oynayacağı ülkenin lisanını ve kültürünü bilmemesi, ülke ve kulüp şartları hakkında yeterli bilgiye sahip olmaması, maç ve antrenman dönemi sebebiyle zaman yetersizliği onları menajerlik hizmetinden yararlanmaya teşvik etmektedir⁴.

Futbol alanında uluslararası nitelikli düzenlemeler getirerek bunlara devletlerin ulusal federasyonlarının uymasını sağlama noktasında yetkili bir kuruluş olan Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği (FIFA)⁵, futbol menajerliği hakkında da düzenlemeler yapmıştır⁶. FIFA'nın yürürlükte olan son düzenlemesi, 2015 tarihli FIFA Aracılarla Çalışma Talimatıdır (FIFA Aracı Talimatı)⁷. FIFA Aracı Talimatının başlangıç bölümünde, bu Talimatı her ulusal federasyonun kendi iç düzenlemesi haline getirmesi zorunluluğu yüklenmiştir. Bu doğrultuda her devletin kendi futbol

¹ Seamus Kelly and Dikaia Chatziefsthioiu, “Trust me I am a Football Agent’ The Discursive Practices of the Players Agents in (un) Professional Football’ (2017) Sport in Society 1, 3.

² Özellikle “Bosman Kararı” diye bilenen ve Avrupa Birliği sınırları içinde sporcuların serbest dolaşımı önündeki engelleri kaldıran Avrupa Topuluğu Adalet Divanı'nın kararı, futbol menajerlerinin faaliyetlerine de ciddi bir ivme kazandırmıştır: M. Emin Özkurt, ‘Futbolda Sporcu Temsilciliği’ (2007) İstanbul Barosu Dergisi (Spor Hukuku Özel Sayısı) 77, 79; Kelly and Chatziefsthioiu, 3.

³ Hasan Petek, ‘Lisanslı Olmayan Futbol Menajeriyle Yapılan Sözleşmenin Geçerliliği’ (2017) (1) Ankara Barosu Dergisi 183, 183 (Menajer); Osman İmamoğlu, Ertan Kılıçgil and Murat Şahin, ‘Türkiye’de Futbolcu Temsilciliği ve Futbolcu İlişkisi’ (2007) 5(3) Spormetre Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi 129, 130.

⁴ Petek, Menajer, 183.

⁵ Merkezi Zürih olan FIFA, altı konfederasyon ve iki yüz on bir ulusal federasyonu bünyesinde barındırmaktadır: <<https://www.fifa.com/associations/>> Erişim Tarihi 13.03.2019.

⁶ FIFA, menajerlik hakkındaki düzenlemeyi ilk olarak 20.05.1994’te kabul etmiş; 11.12.1995’te bu düzenlemede bazı değişikliklere gitmiş ve nihayetinde 01.01.1996’da nihai haliyle yürürlüğe sokmuştur. Ancak söz konusu düzenleme, Fransa’da faaliyet gösteren bir menajer tarafından, düzenlemenin ayrımcı, ölçüsüz ve belirsiz hükümlere sahip olduğu iddiasıyla Avrupa Topuluğu Adalet Divanına götürülmüştür. Dava sürerken FIFA’nın bu düzenlemede bazı değişikliklere gitmesi neticesinde dava düşmüştür. Buna rağmen, düzenlemeye yönelik eleştiriler kesilmemiş, Avrupa Birliği Komisyonu bazı konuların yeniden ele alınması konusunda FIFA’yla görüşmelerde bulunmuştur. Nihayetinde, Lisanslı Oyuncu Temsilciliği Talimatı adıyla futbol menajerliği ile ilgili düzenleme son şeklini alarak 01.03.2001’de yürürlüğe girmiştir. FIFA’nın Lisanslı Oyuncu Temsilciliği Talimatı, 01.04.2015 tarihinde yürürlüğe giren Aracılarla Çalışma Talimatı ile birlikte yürürlükten kalkmıştır. FIFA’nın konuya ilişkin çalışma süreci hakkında bkz Stephen Kirwan, ‘Levelling The Playing Field? Remuneration Caps, EU Competition Law and Article 7(3) of The FIFA Regulations on Working with Intermediaries’ (2016) 15(1) Hibernian Law Journal 43, 46 ff; Özkurt, 80.

⁷ FIFA Aracı Talimatının (Regulations on Working With Intermediaries) İngilizce metni için bkz <https://resources.fifa.com/image/upload/regulations-on-working-with-intermediaries_2367763.pdf?cloudid=cr6dquxm2adupv8q3ply> Erişim Tarihi 01.02.2019.

federasyonu, FIFA Aracı Talimatına uygun düzenlemeler getirmiştir⁸. Türk hukukunda da FIFA Aracı Talimatına uygun olarak Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) tarafından talimatlar çıkarılmıştır. Buna göre, futbol menajerliği, 1992 tarihli mülga Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun⁹ (3813 sayılı Kanun) ve TFF Statüsü¹⁰ dayanak alınarak, başlangıçta Futbolcu Temsilcileri Talimatı (FTT) ile düzenlenmiş; akabinde ise 09.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren ve hali hazırda uygulanmaya devam eden Futbol Menajerleri İle Çalışma Talimatı¹¹ (FMÇT) adıyla yeni bir düzenlemeye gidilmiştir.

Uluslararası nitelikli spor hukuku uyuşmazlıkları son çeyrek yüzyılda ciddi artış göstermiştir¹². Bu çerçevede, yabancı futbolcuların transferi, günümüz futbol dünyasında olağan haline gelmiştir. Türk futbolunda da yabancı oyuncu sınırının kaldırılması yabancı futbolcuların liglerde daha fazla oynamasına zemin hazırlamıştır. Bu durum yabancı futbolcuların ya da onlarla çalışmak isteyen kulüplerin futbol menajerinden istifade etme eğilimini arttıran bir gelişme olmuştur. Buna bağlı olarak, akdedilen yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden kaynaklanan türlü uyuşmazlıklar gündeme gelmektedir. İşte bu tür uyuşmazlıklar devlet mahkemeleri yanında ulusal veya uluslararası federasyonların kurulları ve tahkim mahkemeleri tarafından belli koşullar altında çözümlenebilmektedir. Çalışmamızda yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözüm yolları ve yargı yetkisine sahip makamların esas alacağı hukukun tespiti konusu ele alınacaktır.

I. Futbol Menajerliği Sözleşmesi Hakkında Genel Açıklamalar

A. Futbol Menajerliği Sözleşmesinin Tanımı

Futbol menajerliği, futbol menajeri adı verilen bir kimsenin, futbolcu ya da kulüple, aralarındaki anlaşma gereğince, bunlardan birinin diğeriyle yapacağı profesyonel futbolcu sözleşmesi¹³ öncesi görüşmeleri yürütme; temsil yetkisine sahip olması durumunda bu sözleşmeyi akdetme işidir. Futbol menajerliği, aynı zamanda,

⁸ Kirwan, 46.

⁹ Kanun Numarası: 3813, Kabul Tarihi: 17.06.1992, RG 03.07.1992/21273.

¹⁰ TFF Statüsü için bkz <<http://www.tff.org.tr/Resources/TFF/Documents/TFF-KANUN-STATU/TFF-Statusu.pdf>> Erişim Tarihi 01.02.2019.

¹¹ FMÇT metni için bkz <<http://www.tff.org.tr/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Futbol-Menajerleri-ile-Calisma-Talimatı.pdf>> Erişim Tarihi 01.02.2019.

¹² Eric T. Gilson, 'Exploring The Court of Arbitration for Sport' (2006) 98(3) Law Library Journal 503, 504; Erkan Küçükgüngör, 'Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Milletlerarası Tahkim' (2004) 53(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 6 (Tahkim); Massimo Coccia, 'International Sports Justice: The Court of Arbitration for Sport' (2013) (1) European Sports Law and Policy Bulletin 23, 24.

¹³ Profesyonel futbolcu sözleşmesinin tanımı profesyonel futbola ilgili ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yapılmamıştır. Doktrinde ise, profesyonel takım kurmasına izin verilen ve profesyonel futbolcu istihdam etmek isteyen kulüpler ile futbolculuğu sözleşmeyle bir kulübe bağlı olarak, bu sözleşmenin kendisine yüklediği sorumluluk altında, bir ücret karşılığında yapmayı arzu eden profesyonel futbolcu arasında akdedilen sözleşme, profesyonel futbolcu sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır: Hasan Petek, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi (1st, Yetkin 2002) 45 (Futbolcu).

bir futbolcunun bir kulüpten başka bir kulübe transferi¹⁴ için gerekli görüşmelerin yapılması işinin yerine getirilmesi için de söz konusu olabilmektedir¹⁵.

Futbol menajerliği sözleşmesi ise, futbolcu ya da kulüp ile futbol menajeri arasında menajerlik işinin yapılması konusunda akdedilen bir sözleşmedir. Bu bağlamda, FMÇT md 2/(g) uyarınca, menajerlerin futbolcu veya kulüp ile imzalayacakları, örneği TFF tarafından hazırlanmış yazılı sözleşmeye futbol menajerliği sözleşmesi denir.

B. Futbol Menajerliği Sözleşmesinin Unsurları

Bir sözleşmenin futbol menajerliği sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için hangi unsurlara sahip olması gerektiğini gösteren bir kanuni düzenleme yoktur. Ancak borçlar hukuku alanında sözleşme serbestisi ilkesi geçerli olduğundan, tarafların kanunda düzenlenen sözleşme türlerinden ayrı yeni bir sözleşme tipi oluşturmalarında da bir engel yoktur¹⁶. Bu açıdan, futbol menajerliği sözleşmesi de sözleşme serbestisi ilkesine uygun şekilde, bazı sözleşme tiplerinin farklı unsurlarının bir araya getirilmesiyle oluşturulmuş karma sözleşmeler arasında kabul edilmektedir¹⁷.

Futbol menajerliği sözleşmesinin, karma sözleşme tiplerinden biri olarak, özelliğini taşıdığı çeşitli sözleşmelere özgü unsurlara sahip olması yeterlidir. Bu sebeple, aşağıda açıklanacağı üzere, futbol menajerliği sözleşmesine; iş sözleşmesi, komisyon sözleşmesi, danışmanlık sözleşmesi, simsarlık sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ve benzeri sözleşme türlerinin çeşitli özellikleri verilebilir. Nitekim FMÇT md 13/1’de de, futbolcu ve kulüplerin, şeffaflık gereği, akdettikleri menajerlik sözleşmesinde menajerle girdikleri kanuni ilişkinin hukuki niteliğini, başka bir ifadeyle bu ilişkinin bir hizmet mi, danışmanlık mı, temsil mi veya başka bir kanuni ilişki mi olduğunu belirlemekle yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır. Bu yükümlülüğün bir yansıması olarak futbol menajerliği sözleşmesinin temel unsurları, menajerlik faaliyeti başlamadan evvel akdedilecek yazılı bir sözleşmede taraflarca belirlenmelidir (FMÇT md 13/2). Aynı yönde bir düzenleme, FIFA Aracı Talimatı md 5’de de yer almaktadır.

Bu açıklamalardan hareketle, “menajerlik işinin görülmesi” ve “anlaşma” futbol menajerliği sözleşmesinin temel iki zorunlu unsur olarak görülmektedir. Futbol

¹⁴ Futbolcular, sportif ya da maddi gerekçelerle kulübüyle olan sözleşmesi henüz sona ermeden veya sona erdikten sonra kulübünden ayrılarak başka bir kulüple profesyonel futbolcu sözleşmesi yapmak isteyebilir. Aynı şekilde, kulüp de beklentilerini karşılamayan ya da maddi açıdan kendine yük olan futbolcusunun sözleşmesini uzatmak istemeyebilir. İşte bir futbolcunun sözleşmeyle bağlı olduğu kulüpten başka bir kulübe ücret karşılığında geçişi transfer olarak adlandırılmaktadır: Çağrı Cem, Profesyonel Futbolcu Transfer Sözleşmesi (1st, On İki Levha 2012) 51 ff.

¹⁵ FIFA Aracı Talimatı md 2/1’de de, menajerlik; aracılık hizmetinin futbolcu ve kulüp arasında akdedilecek iş sözleşmesi veya iki kulüp arasında akdedilecek transfer anlaşması için hüküm ifade edeceğine işaret edilmiştir.

¹⁶ M. Kemal Oğuzman and M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (10th, Vedat 2012) 24; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (9th, Beta 2006) 19.

¹⁷ Mehmet Serhan Özdemir, ‘Türkiye Futbol Federasyonu ve Türkiye Basketbol Federasyonu’nda Sporcu Temsilciliği Düzenlemelerinin İncelenmesi’ in Çağlar Tacar (ed), Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. İsmail İnan Armağanı (Salmat 2013) 559, 560; Petek, Menajer, 199.

menajerliği sözleşmesinde futbol menajeri, diğer akit taraf futbolcu ya da kulüple temasa geçme, onlarla sözleşme müzakerelerini yürütme, transfer görüşmeleri yapma ve/veya temsil yetkisine sahip olması durumunda futbolcu ya da kulüp ad ve hesabına sözleşme akdetme işini üstlenmektedir¹⁸. Dolayısıyla, futbol menajerliği sözleşmesi bakımından, futbol menajeri ile futbolcu veya kulüp arasında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan, menajerin futbolcu ya da kulüp adına menajerlik işini yerine getirmesi hususunda bir anlaşmaya ihtiyaç vardır¹⁹. Buna karşın, menajerlik işinin belli bir ücret karşılığında yapılması, sözleşmenin zorunlu unsurlarından biri değildir²⁰. Bu sebeple ücret, futbol menajerliği sözleşmesinin ihtiyari unsuru özelliği gösterir. Zira FMÇT md 2/(e)'de ve FIFA Aracı Talimatının giriş-önsöz hükümlerinde yapılan menajerlik tanımında, futbol menajerin belli bir ücret karşılığında veya ücretsiz olarak faaliyette bulunabileceğine işaret edilmiştir.

C. Futbol Menajerliği Sözleşmesinin Tarafları

Futbol menajerliği sözleşmesi, futbol menajeri ile futbolcu ya da kulüp arasında akdedilmektedir. Futbol menajeri, FMÇT md 2/(e)'de belli bir ücret karşılığında veya ücretsiz olarak, profesyonel futbolcu sözleşmesi müzakeresi yürütmek amacıyla futbolcu veya kulüpleri temsil eden veya kulüpler arasında transfer müzakeresi yürütmek amacıyla kulüpleri temsil eden TFF'den lisans almış gerçek kişi olarak tanımlanmıştır²¹. FIFA Aracı Talimatı giriş-önsöz hükümlerinde de benzer şekilde, futbol menajeri, “aracı” adıyla ücretli veya ücretsiz olarak, iş sözleşmesi yapmak amacıyla yürütülen müzakerelerde kulüpleri veya oyuncularını ya da transfer sözleşmesi yapmak amacıyla yürütülen müzakerelerde kulüpleri temsil eden gerçek veya tüzel kişi şeklinde ifade edilmiştir.

FMÇT'de kural olarak gerçek kişilerin futbol menajerliği faaliyetinde bulunabileceği açıklanmakla birlikte²², şirket olarak futbol menajerliği faaliyetinin organize edilmesinde de bir engel yoktur²³. Ancak bu ihtimalde, futbol menajerliği

¹⁸ Petek, Menajer, 196.

¹⁹ Futbol menajerliği sözleşmesi, kural olarak süreli olarak akdedilir. FMÇT md 13/4 gereğince sözleşme, en fazla iki yıllık bir süre için yapılır ve sözleşme süresi sonunda kendiliğinden uzayacağına ilişkin hükümler geçerli değildir. Bu sebeple, taraflar bu faaliyeti sürdürmek isterlerse iki yılı geçmeyen yeni bir sözleşme akdetmek durumundadır. FIFA Aracı Talimatında ise taraflarca akdedilecek futbol menajerliği sözleşmesinde sözleşme süresinin de belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir (md 5/2).

²⁰ Mülga FTT md 2/(f)'de ise futbolcu temsilcisinin bir ücret karşılığında faaliyette bulunabileceği hükmüne bağlanmıştır.

²¹ Mülga FTT md 2/(f)'de ise futbol menajeri, “futbolcu temsilcisi” adıyla tanımlanmıştır. Buna karşın mülga FTT'de “futbolcu temsilcisi” olarak yalnızca futbolcuların menajerliğinin yapılması gibi bir algı uyandıran kavram yerine FMÇT'de “futbol menajerliği” benimsenerek hem uygulamadaki kullanımı daha iyi yansıtmaya hem de futbolcu yanında kulüplerin de menajerlik hizmetinden yararlanabildiğini gösteren daha kapsamlı bir terime geçilmiştir.

²² Futbol menajerliği sözleşmesinin taraflarından biri olan futbol menajerliğini, FIFA, FIFA'ya bağlı konfederasyonlar, TFF, diğer ülke federasyonları, herhangi bir lig oluşumu ve benzeri ile kulüpler veya bunların herhangi bir kurulunda fahri ya da ücretli olarak görevli bulunan kişiler ile faal futbolcu, teknik adam, antrenörler ve müsabaka görevlilerinin yapması yasaktır (FMÇT md 4/2). Aynı şekilde, aktif futbol hayatına devam eden futbolcu, teknik adam ve futbol faaliyeti içinde bulunan diğer kişilerin doğrudan ya da menajerlik faaliyetinde bulunan bir şirkete ortak olmak üzere dolaylı yoldan menajerlik faaliyetinde bulunmaları da yasaktır (FMÇT md 4/3).

²³ Mülga FTT'de ise gerçek kişiler dışında kulüplerin, şirketlerin ve sair tüzel kişilerin futbolcu temsilcisi olmalarına imkân tanınmamıştır.

faaliyetinin FMÇT'ye uygun olarak lisans sahibi olan gerçek kişi futbol menajeri kişilerce bizzat yürütülmesi gerekir (FMÇT md 4/6). FIFA Aracı Talimatında da gerçek kişiler dışında şirket gibi tüzel kişilere de futbol menajerliği yapma yetkisi verilmiştir.

Futbol menajerinin vatandaşlığı/tabiiyeti kural olarak sorun arz etmez. Bu sebeple, futbol menajerliği, Türkiye'de salt vatandaşlara hasredilmiş meslekler arasında görülmemektedir. Bununla birlikte, yabancıların futbol menajerliği yapabilmesinin vatandaşlara oranla ek şartlara tabi tutulmasında bir engel yoktur. Nitekim FMÇT md 4/1(a)'da yabancıların ülkemizde futbol menajerliği yapabilmesi, Türkiye'de yasal yerleşim yerine ve çalışma iznine sahip olmaları şartına bağlanmıştır.

Türkiye'de futbol menajerliği yapacak kişinin kural olarak FMÇT kapsamında TFF'ye tescil edilmiş olması yani lisans alması gerekir (FMÇT md 3/3). TFF'den lisans almayanların durumu ise özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, FIFA'ya bağlı bir futbol federasyonundan lisanslı olan veya FIFA Aracı Talimatına uygun olarak düzenlenmiş ve FIFA'ya bağlı bir futbol federasyonuna tescil edilmiş en az bir sözleşme yaptığını²⁴ belgeleyen futbol menajerleri de FIFA Aracı Talimatında yer alan aracılık taahhünamesini imzalamak ve akdedilen menajerlik sözleşmesinin bir nüshasını TFF'ye ibraz etmek şartıyla uluslararası transferlerde TFF lisanslı olmasalar dahi hizmet verebilir (FMÇT md 11/2). Bu düzenlemeye aykırı şekilde Türkiye'de menajerlik yapmanın hukuki sonuçları ise, FMÇT'de açıklanmıştır. Buna göre, menajerlik lisansı olmamasına rağmen futbol menajerliği yapan kişiler ile lisanslı olmayan menajerlerle sözleşme akdeden futbolcu ya da kulüplere belli bazı cezalar verilmektedir²⁵. Ancak bu yükümlülüğe uymayarak lisanslı olmayan futbol menajeri ile yapılan futbol menajerliği sözleşmesinin geçersiz olacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte, Yargıtay'ın bir kararında lisanslı olmayan futbol menajeriyle yapılan futbol menajerliği sözleşmesinin geçersiz olacağına hükmedilmiştir²⁶. Doktrinde de vurgulandığı üzere, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabilirliğine ilişkin anayasal düzenleme dikkate alındığında, TFF'ye kanun dışında bir talimat hükmüyle kural olarak yalnızca lisanslı futbol menajerlerine faaliyet imkânı verilmesi ve buna bağlı olarak da lisanslı olmayan

²⁴ FIFA'nın mülga Lisanslı Oyuncu Temsilciliği Talimatında futbolcu temsilcisi (*player's agent*) sistemi öngörülmüşken, yürürlükteki FIFA Aracı Talimatında uygulamadaki ihtiyaçlar doğrultusunda aracılık (*intermediary*) sistemine geçilmiştir. Böylece mülga Talimatın yürürlükte olduğu dönemde futbol menajerlerinin faaliyette bulunabilmesi için buldukları ülkenin federasyonlarından alınmış lisansa sahip olmaları gerekmekte iken, bu lisanslama sistemi terk edilip yerine, futbol menajerinin yaptığı her işlemden faaliyet gösterdiği federasyonda bulunan sisteme kayıt yaptırmasını öngören kayıt sistemine geçilmiştir (FIFA Aracı Talimatı md 2/3, md 3).

²⁵ FMÇT md 17/1(b)'de futbolculara yalnızca lisanslı futbol menajerlerinin hizmetinden yararlanma ve bu hususta gerekli kontrolü yapma yükümlülüğü öngörülmüş; bu yükümlülüğü ihlal eden futbolculara lisanssız futbol menajerlerine ödedikleri veya ödemeyi taahhüt ettikleri ücretin en az % 10'u kadar para cezası verileceği ve her halükarda para cezasının miktarının bu Talimatta belirlenen asgari tutarlardan az olamayacağı hükmüne bağlanmıştır.

²⁶ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında, lisanslı olmayan futbol menajeriyle yapılan sözleşmenin geçerli olduğuna hükmeden ilk derece mahkemesi kararı, söz konusu sözleşmenin lisanslı olmayan bir futbol menajeri ile akdedilmesi sebebiyle geçersiz olduğu gerekçesiyle bozulmuştur. Yargıtay 13 HD, 2014/22582 E, 2016/5295 K, 23.02.2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

futbol menajerleriyle çalışmak üzere yapılan sözleşmenin geçersizliğinin kabulü, Anayasa md 48’te ifade edilen herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğuna ilişkin hükme aykırıdır. Nihayetinde, FMÇT’de lisanslı olmayan futbol menajeri ile sözleşme yapılmasını ve onun hizmetinden yararlanılmasını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple, lisanslı olmayan bir futbol menajerinin futbolcu veya kulüple akdettiği futbol menajerliği sözleşmesi, salt futbol menajerinin lisanslı olmamasından ötürü geçersiz sayılamaz²⁷. Dolayısıyla, TFF’den lisanslı olmayan ya da uluslararası transferler bakımından TFF ve/veya diğer ulusal federasyonlardan birinden lisanslı olmayan veya FIFA Aracı Talimatına uygun olarak düzenlenmiş ve FIFA’ya bağlı bir futbol federasyonuna tescil edilmiş en az bir sözleşme yaptığını belgeleyemeyen bir futbol menajeri ile yapılan sözleşmenin geçerli sayılması, ancak FMÇT’ye aykırı hareket edilmesinden kaynaklı olarak Talimatta öngörülen futbol menajerliği statüsünün doğurduğu hakların kullanılmasının mümkün olamayacağı kanısındayız²⁸. Örneğin FMÇT’de belirtilen bu şartlara sahip olmayan bir futbol menajeri ile yapılan sözleşmeden doğan uyuşmazlıkla ilgili taraflar arasında bir anlaşma olsa dahi TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (UÇK) nezdinde bir talepte bulunulamaz.

Futbol menajerliği sözleşmesinin diğer tarafı olan futbolcu veya kulüp bakımından da bazı özel hükümler bulunmaktadır. FMÇT uyarınca akdedilecek menajerlik sözleşmesi, menajer ile futbolcu arasında ise, futbolcunun profesyonel olması şarttır²⁹. Futbol menajerliği sözleşmesinin kulüple akdedilmesi ihtimalinde ise, akit taraf; tüzel kişiliği haiz bir dernek veya ticaret şirketi olabilecektir³⁰.

D. Futbol Menajerliği Sözleşmesinin Şekli

Türk hukukunda, futbol menajerliği sözleşmesinde yazılı şekli şartı aranmaktadır. FMÇT md 2/(g)’de yapılan tanıma göre, futbol menajerliği sözleşmesi; menajerlerin futbolcu veya kulüp ile imzalayacakları, örneği TFF tarafından hazırlanmış standart sözleşme şeklinde yazılı bir sözleşmedir. Bu doğrultuda, tarafların TFF tarafından hazırlanan ve tavsiye edilen standart menajerlik sözleşmesinden yararlanabileceği FMÇT md 13/6’da açıkça ifade edilmiştir.

Taraflarca akdedilen en az iki nüshadan oluşması zorunlu kılınan yazılı sözleşmenin imzalanmasından sonra bir nüshası taraflarda kalmak şartıyla diğer nüshanın sözleşmenin imzalanmasından itibaren en geç otuz gün içinde tescil için

²⁷ Petek, Menajer, 202, 206.

²⁸ Aynı yönde bkz Petek, Menajer, 205.

²⁹ Profesyonel futbolcu, TFF Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı (PFST) md 3 uyarınca, bir kulüple yazılı sözleşme yapmış ve kendisine futbol faaliyetleri kapsamında yaptığı harcamalardan daha fazla miktarda ödeme yapılan kişidir: Şeref Ertaş and Hasan Petek, Spor Hukuku (2nd, Yetkin 2011) 303; Recep Gülşen, Spor Hukuku (2nd, Adalet 2013) 19.

³⁰ Spor kulübü, PFST md 2 uyarınca, futbol dalında faaliyette bulunan, mevzuata uygun olarak kurulmuş ve TFF tarafından tescil edilmiş dernek veya şirketlerdir: Ertaş and Petek, 162; Gülşen, 47.

TFF'ye sunulması zorunludur (FMÇT md 13/7). Ancak bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin yaptırımını FMÇT'de düzenlenmemiştir. Bu sebeple, yukarıda da belirtildiği üzere, TFF'ye tescil edilmemiş bir futbol menajerliği sözleşmesi geçersiz sayılamayacak olmakla birlikte, sözleşmeden doğan haklar bakımından TFF'ye başvurulamayacaktır³¹. Nitekim UÇK'nın TFF'ye tescil edilmemiş sözleşmelerin geçersiz olduğuna ilişkin verdiği bir kararı, TFF Tahkim Kurulu bozarak sözleşmenin geçerli sayılması gerektiğine hükmetmiştir³².

II. Yabancı Unsurlu Futbol Menajerliği Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları

Spor hukuku kapsamında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde olağan çözüm yolu mahkemelere başvuru olmakla birlikte, ulusal ve uluslararası spor federasyonlarının sportif yargı mercilerine başvuru veya tahkim merciine başvuru da bu konuda etkili çözüm yolları olarak kabul edilmektedir³³. Buna göre, spor ile ilgili uyuşmazlıkların temelde üç tür çözüm yolu vardır: İlgili ulusal ya da uluslararası federasyonların yetkisi dahilinde yetkili kurullara başvuru, mahkemelere başvuru ve tahkim başvurusu³⁴.

Uygulamaya bakıldığında, spor ile ilgili uyuşmazlıkların mahkemeler aracılığıyla çözümü yolunun terk edilmeye başlandığı, daha çok ulusal ve uluslararası federasyonların yetkili kurullarına başvurunun ve tahkim yolunun tercih edildiği görülmektedir³⁵. Federasyonların yetkili kurullarına başvuruda tercih sebebi, ekseriyetle sportif kuruluşların kendilerine bağlı olarak faaliyette bulunan kişilerle ilgili spor uyuşmazlıklarını ve çözüm yollarını bilen kişilerin daha iyi çözüm getireceği düşüncesidir³⁶. Aynı şekilde tahkim yoluna başvuruda, özellikle spor hukuku kaynaklı uyuşmazlıkların mahkemelere kıyasen hızlı, düşük maliyetli ve alanında uzman kişilerce, gizlilik esasına uyularak, esnek usul kurallarına göre çözümlenmesi ihtiyacının etkili olduğu ifade edilmektedir³⁷. Bu ihtiyaçlar

³¹ Mülga FTT md 14/3'de de TFF tarafından tescil edilmeyen sözleşmelere dayanılarak Federasyon nezdinde talepte bulunulamayacağına hükmedilmişti. Dolayısıyla bu halde, yapılan sözleşme geçersiz sayılmamakla birlikte, taraflar hakkında disiplin cezası hükümlerinin uygulanması bir yana, TFF nezdinde sözleşmeye dayanılarak bir hak talep edilmesine de imkân tanınmamakta idi: Petek, Menajer, 192.

³² TFF Tahkim Kurulunun 07.05.2009 tarihli 2009/191 E, 2009/263 K sayılı kararı <<http://www.tff.org/default.aspx?pageID=247&ftxtID=7010>> için ayrıca bkz Özdemir, 564.

³³ Küçükgüngör, Tahkim, 1.

³⁴ Nuray Ekşi, Spor Tahkim Hukuku (1st, Beta 2015) 76 (Spor); Hatice Özdemir Kocasakal, Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) (1st, Vedat 2013) 97 (Spor).

³⁵ Erkan Küçükgüngör, 'Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri' (2004) (4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 47, 47 ff (Spor).

³⁶ Özdemir Kocasakal, Spor, 98.

³⁷ Darren Kane, 'Twenty Years On: An Evaluation of The CAS' (2003) 4(2) Melbourne Journal of International Law 611, 612; Ian Blackshaw, 'The Court of Arbitration for Sport: An International Forum for Setting Disputes Effectively 'Within The Family of Sport'' (2003) 2(2) Entertainment and Sports Law Journal 61, 69; James A. R. Nafziger, 'International Sports Law: A Replay of Characteristics and Trends' (1992) 86(3) The American Journal of International Law 489, 506 (Trends); Louise Reilly, 'An Introduction to The Court of Arbitration For Sport (CAS) & The Role of National Courts in International Sports Disputes, A Symposium' (2012) (1) Journal of Dispute Resolution 63, 63.

doğrultusunda her ülkede çeşitli spor federasyonlarına bağlı spor hukukuna özgü ulusal tahkim mercileri oluşturulduğu gibi, uluslararası nitelikli Spor Tahkim Mahkemesi³⁸ (*Court of Arbitration for Sport-CAS*) kurularak bu alanda uluslararası tahkim hizmeti de verilmeye başlanmıştır³⁹. TFF de CAS'ın yargılama yetkisini tanımaktadır. Nitekim Türk spor hukukunda meydana gelen değişiklikler ve Türk takımlarının uluslararası spor organizasyonlarında daha çok yer alması, Türkiye'de doğan spor uyuşmazlıklarının CAS'a götürülmesinde ciddi bir artışa sebep olmuştur⁴⁰.

Türk hukukunda spor hukuku ilgili uyuşmazlıkların çözümünde görevli merci konusunda son yıllarda önemli hukuki gelişmeler yaşanmıştır. Bunlardan belki de en önemlisi, futbol alanında ortaya çıkmıştır. İlk olarak, mülga 1992 tarihli 3813 sayılı Kanunu ilga eden 2009 tarihli Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun⁴¹ (5894 sayılı Kanun) 5. maddesinin 2. fıkrasında TFF'nin ilk derece hukuk kurullarından biri olan⁴² UÇK'nın 5894 sayılı Kanun, TFF Statüsü, TFF'nin diğer talimat ve düzenlemeleri ile diğer yetkili TFF kurul ve organları tarafından alınacak kararlara ilişkin olarak çıkacak ihtilaflarda karar vermeye münhasıran yetkili olduğu öngörülmekte idi⁴³. Buna karşın, Anayasanın 59. maddesine 17.03.2011 tarihli ve 6214 sayılı Kanunla eklenen 3. fıkrada⁴⁴, spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği; TFF Tahkim Kurulunun bu konuda verdiği kararlara kesin olması nedeniyle hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı hükme bağlanarak futbolla ilgili uyuşmazlıklarda da zorunlu tahkim-ihtiyari tahkim ayrımını yansıtacak anayasal bir çerçeve çizilmişti. Anayasanın bu açık hükmü dikkate alındığında, futbol menajerliği sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere, spor

³⁸ Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC) tarafından kurulan CAS, merkezi İsviçre Lozan'da olan, ABD New York ve Avustralya Sidney'de de Daimi İdari Büroları bulunan, uluslararası alanda görev yapan ve sporla ilgili uyuşmazlıkları tahkim veya arabuluculuk yoluyla kısa sürede çözen, herhangi bir federasyona bağlı olmayan bağımsız bir tahkim merkezidir: Richard H. McLaren, 'Introducing The Court of Arbitration for Sport: The Ad Hoc Division at The Olympic Games' (2001) 12(1) *Marquette Sports Law Review* 515, 519 ff; Kismet Erkiner, *Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi-CAS* (1st, Nobel 2006) 14 ff; Blackshaw, 62 ff; Coccia, 27 ff.

³⁹ Simon Gardiner and Alexandra Felix, 'Juridification of The Football Field: Strategies for Giving Law The Elbow' (1995) 5(2) *Marquette Sports Law Journal* 189, 215; Murat Nart Bozkurt, 'Spor Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Milletlerarası Spor Tahkim Mahkemesi' (2010) (2) *Ankara Barosu Dergisi* 165, 166; Lorenzo Casini, 'The Making of A Lex Sportiva by The Court of Arbitration for Sport' (2011) (3-4) *The International Sports Law Journal* 21, 21; Reilly, 63.

⁴⁰ Erkiner, 17.

⁴¹ Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 05.05.2009, RG 16.05.2009/27230.

⁴² 5894 sayılı Kanun md 5/1(a) gereğince TFF'nin ilk derece hukuk kurulları; UÇK, Disiplin Kurulları, Kulüp Lisans Kurulu ve Etik Kurulu olarak belirlenmiştir.

⁴³ 5894 sayılı Kanunun 6. maddesinin 4. fıkrasında ayrıca, TFF Tahkim Kurulunun kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlayacağı hükme bağlanmakta iken, madde devamındaki "... ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz" hükmü Anayasa Mahkemesinin 06.01.2011 tarihli ve 2010/61 E, 2011/7 K sayılı kararı ile hükmün Anayasa md 36'da koruma altına alınan hak arama hürriyetini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal edilmiştir. İlgili karar için bkz RG 26.02.2011/27858.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, 2009 ve 2011 tarihli kararlarında TFF Tahkim Kurulu kararlarına karşı itiraz edilemezlik kuralını iptal etmiş olmasına karşın, Anayasa md 59'a 6214 sayılı Kanunla ek fıkra getirilerek, "Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği ve Tahkim Kurulu kararlarının kesin olması nedeniyle bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı" hüküm altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararları için ayrıca bkz Ertaş and Petek, 387, 396 ff; Gülşen, 41 ff.

faaliyetlerinin yönetimi ve disiplinine ilişkin konular kapsamında olmayan⁴⁵ futbolla ilgili sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkları zorunlu tahkime tabi tutan düzenlemeler getirilmesi o günkü düzenlemeler karşısında Anayasaya aykırı olacaktır.

Bu doğrultuda, 24.08.2011 tarihinde yürürlüğe konan mülga UÇK Talimatında da Anayasaya uygun şekilde UÇK'nın futbolla ilgili sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından ihtiyari hakem kurulu özelliği gösterdiğine işaret edilmekte idi. Zira mülga UÇK Talimatında, kulüpler ile futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, futbolcu temsilcileri, sağlık personeli ve müsabaka organizatörleri arasındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığı, tarafların UÇK'nın yetkisini kabul etmeleri şartıyla, UÇK'nın çözeceği öngörülmüştü. Dolayısıyla, 5894 sayılı Kanunun aksine, söz konusu ihtilaflarda UÇK taraflarca çözüm mercii olarak üzerinde anlaşılması şartıyla ihtiyari hakem heyeti olabilmekte; anlaşma olmaması ihtimalinde ise mahkemelerde dava açılabilirdi⁴⁶.

Hâl böyle iken, 5894 sayılı Kanunun ardından yürürlüğü giren TFF Statüsünün 25.06.2015 tarihli TFF Genel Kurulu kararı ile değiştirilen 56. maddesinin 1. fıkrasında⁴⁷ UÇK'nın kulüpler; kulüpler ile futbolcular, profesyonel teknik adamlar, antrenörler, futbol menajerleri; futbol menajerleri ile futbolcular, profesyonel teknik adamlar, antrenörler arasında sözleşmeden doğan futbolla ilgili tüm uyuşmazlıkları, tarafların başvurusu üzerine münhasıran görevli ve yetkili olarak inceleyeceği ve karara bağlayacağı Anayasa md 59/3'e aykırı şekilde hükme bağlanmıştı⁴⁸. Aynı şekilde, TFF Statüsündeki UÇK'ya zorunlu tahkim mercii görevi yükleyen bu madde değişikliğine uygun şekilde hazırlanarak 01.08.2015 tarihinde yürürlüğe konan UÇK

⁴⁵ Buna karşın örneğin, bir futbol menajeri hakkında TFF Yönetim Kurulu tarafından verilen karara karşı futbol menajerinin, kararın kendisine tebliğini izleyen yedi gün içinde yazılı olarak TFF Tahkim Kuruluna başvuruda bulunması mümkündür. Zira örnekteki gibi sporun yönetilmesi ve disiplinine ilişkin uyuşmazlıklarda Tahkim Kurulu zorunlu tahkim mercii olup, kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlamakla görevlidir.

⁴⁶ O dönemde, Mersin Asliye Hukuk mahkemelerinde açılan bir davada, futbol menajeri bir gerçek kişi ile bir futbol kulübü arasında akdedilen menajerlik sözleşmesinde kararlaştırılan menajerlik ücretinin ödenmemesi üzerine, futbol menajerinin vadeli senet karşılığı olan on beş bin Euro tutarındaki borcun ödenmesini talep ettiği görülmektedir. Açılan bu davada mahkeme, davanın kıymetli evrak niteliğindeki bonodan kaynaklanması sebebiyle görevsizlik kararı vermiş ve davanın Asliye Ticaret Mahkemelerinin görev alanına girdiğine hükmetmiştir. Yargıtay'ın temyiz incelemesinde, salt bononun kıymetli evrak niteliği taşınmasından dolayı ticaret mahkemelerinin görevli olduğu hükmedilmesinin söylenemeyeceği, bu sebeple Asliye Hukuk mahkemelerinin bu davada görevli olduğu karar verilerle ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur. Söz konusu kararda, futbol menajerliği sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda UÇK'nın ihtiyari hakem heyeti sıfatına da işaret edilmiş; taraflar arasında bir anlaşma olmaması nedeniyle UÇK'nın görevli olamayacağına, ilk derece mahkemelerinde bu davanın açılmasında bir engel halin olmadığına vurgu yapılmıştır. Yargıtay 13 HD, 2014/4522 E, 2014/16434 K, 26.05.2014 (www.kararara.com). İlgili kararın ayrıntılı analizi için ayrıca bkz Ekşi, Spor, 303 ff.

⁴⁷ TFF Statüsünün 25.06.2015 tarihli değişiklikten önceki halinde, kulüpler, futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, futbolcu temsilcileri, sağlık personelleri ve müsabaka organizatörlerinin, aralarındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden doğan ihtilafların çözümü için UÇK'nın yetkisini kabul edip etmemekte serbest olduğu hükme bağlanmıştı (TFF Statüsü md 56/1). TFF Statüsünde yapılan 2015 tarihli değişiklikten önceki bu düzenlemeyi TFF Genel Kurulu, 29.06.2011 tarihli Statü değişikliği kararı ile yapmış, md 56'da yapılan değişiklikle UÇK'nın futbol ile ilgili sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda taraflar arasında uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yapılan yazılı sözleşme ile ihtiyari hakem kurulu olarak yetkilendirilebileceği, bu uyuşmazlıklar bakımından UÇK'nın verdiği kararlar aleyhine TFF Kanunu ve HMK çerçevesinde yargı yoluna başvurulabileceği hükme bağlanmıştı. Ayrıca UÇK'nın sportif cezalar ve yetiştirme tazminatı ile ilgili uyuşmazlıklar bakımından münhasır yetkili olduğu, zorunlu hakem kurulu olarak vereceği kararlara karşı ancak TFF Tahkim Kuruluna itiraz edilebileceği öngörülmüştü.

⁴⁸ Düzenlemenin anayasaya aykırılığı ile ilgili ayrıntılı tespitler için ayrıca bkz Ekşi, Spor, 339 ff.

Talimatı md 2’de de bu hüküm aynen yer almış ve söz konusu uyuşmazlıklarda UÇK’nın münhasıran görevli ve yetkili olduğuna işaret edilmişti⁴⁹. Anayasaya açıkça aykırı olan bu değişikliğin bir sonucu olarak, taraflar, aralarındaki futbolla ilgili sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkları yalnızca UÇK’ya götürebilmekte, mahkemelerde dava açmaları mümkün olamamakta idi⁵⁰. Bu bağlamda FMÇT md 24’ün ilk halinde de futbol menajerliği sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar bakımından UÇK zorunlu hakem kurulu olarak nitelendirilmiştir.

Uygulama, yaşanan bu mevzuat değişikliklerinden etkilenmek suretiyle sürekli değişmekte iken, UÇK’nın zorunlu hakem kurulu olarak belirlenmesindeki temel kanuni dayanak olan 5894 sayılı Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrası, Anayasa md 59/3’e aykırı şekilde düzenleme getirdiği; zira 5894 sayılı Kanun, TFF Statüsü ve UÇK Talimatında futbolla ilgili sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde yalnızca UÇK’ya zorunlu tahkim mercii olarak başvurulabileceğinin öngörülmesi suretiyle yargı denetiminin kapatılması Anayasanın 2, 13, 36 ve 59. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin 18.01.2018 tarihli ve 2017/136 E, 2018/7 K sayılı kararı⁵¹ ile iptal edilmesi sürece yeni bir boyut kazandırmıştı⁵². Bu

⁴⁹ UÇK’yı bazı spor uyuşmazlıkları bakımından zorunlu hakem heyeti yapan TFF Statüsü ve UÇK Talimatı dikkate alındığında TFF’nin kanun koyucu yerine geçerek adeta genel kurul kararı ve yönetim kurulu kararı ile zorunlu tahkim hükmü getirmesine yönelik eleştirel bir analiz için ayrıca bkz Gökçen Topuz, ‘Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Yargı Yetkisi Üzerine Düşünceler’ (2017) 19 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan) 1901, 1915 ff.

⁵⁰ Ancak UÇK Talimatının Geçici 1. maddesi gereğince, TFF Statüsünün 55. ve 56. maddelerinde UÇK’nın yargı yetkisine ilişkin olarak getirilen değişikliklerin yürürlük tarihi olan 11.07.2015 tarihinden önce adli yargıda açılmış ve görülmekte olan davaların UÇK’nın münhasır görevi kapsamında olmadığı, dolayısıyla Statü değişikliğinin yürürlük tarihi olan 11.07.2015 tarihinden önce adli yargıda açılmış ve devam eden davalar yönünden mahkemelerin görevli olmaya devam edecekleri hükmüne bağlanmıştı.

⁵¹ İtiraza konu teşkil eden davada, lisanslı futbol menajeri olan davacı ile bir futbol kulübü arasında imzalanan futbolcu temsilci sözleşmesi diğer adıyla futbol menajerliği sözleşmesi çerçevesinde, davacı futbol menajerinin, ücretinin ödenmediği gerekçesiyle davalı futbol kulübü aleyhine icra takibi başlattığı görülmektedir. Bu takibe karşı yapılan itiraz üzerine davacının açtığı itiraz iptali davasında mahkeme, itiraz konusu 5894 sayılı Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu kanısına vararak, söz konusu kuralın iptali için Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. İlgili Anayasa Mahkemesi kararı için bkz RG 02.03.2018/30348.

⁵² Anayasa Mahkemesinin ilgili kararında, 5894 sayılı Kanun, TFF Statüsü ve UÇK Talimatında futbolla ilgili sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda zorunlu tahkim öngörmek suretiyle yargı yolunun kapatılmasının, Anayasa md 2’deki hukuk devleti ilkesine, bununla bağlantılı olarak belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir. Aynı şekilde, kararda Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin özlere dokunulmaksızın yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı öngörülmekte iken, futbolla ilgili sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara yargı yolunun kapatılmasının, demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde bir sınırlama olarak görülmeyerek hakkın özüne dokunur niteliğiyle anayasaya aykırı olduğu belirtilmiştir. Kararda ayrıca, Anayasanın 36. maddesinde koruma altına alınan hak arama hürriyetinin temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkı kapsamında, bir hukuki uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkemeye götürülmesi de bulunmakta iken, futbolla ilgili sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından zorunlu tahkimin öngörülerek kişilerin mahkemeler nezdinde dava açma hakkını kullanamamalarına ilişkin düzenleme getiriminin anayasaya aykırı olduğu tespit edilmiştir. Kararda yapılan son tespit ise, Anayasanın ‘‘Sporun geliştirilmesi ve tahkim’’ başlıklı 59. maddesine 17.03.2011 tarihli ve 6214 sayılı Kanunla eklenen 3. fıkrasında, spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği, Tahkim Kurulu kararlarının kesin olduğu ve bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı hükmedilmişken, UÇK gibi TFF’nin ilk derece hukuk kurullarının spor ile ilgili tüm uyuşmazlıklarda münhasıran yetkili olduğunun 5894 sayılı Kanunda belirtilmesi ve spor ile ilgili hangi uyuşmazlıklar bakımından ilk derece hukuk kurullarının yetkili olduğu hususunda ayrıntıları kanun dışında TFF Statüsü, talimat gibi alt düzenlemelere bırakılması, UÇK Talimatında da aynı şekilde spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin uyuşmazlıklar da dâhil futbolla ilgili sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda UÇK’nın münhasır yetkisine işaret edilmesinin anayasaya aykırı olduğu vurgulanmıştır.

çerçevede, 5894 sayılı Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrasının iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesinin verdiği kararın 02.03.2018 tarihli ve 30348 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak 1 yıl sonra yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır⁵³.

UÇK'nın futbolla ilgili sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklardaki zorunlu tahkim mercii görevi, kanuni dayanak teşkil eden 5894 sayılı Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrasının iptali ve yürürlüğünün ertelenmesine ilişkin 1 yıllık süre 02.03.2019 itibarıyla dolmuştur. Böylece UÇK, söz konusu uyuşmazlıklar bakımından yeniden ihtiyari tahkim merciiine dönmüştür⁵⁴. Bu değişikliği yansıtabilecek şekilde, 2015 tarihli UÇK Talimatı da 02.03.2019 tarihinde yürürlüğe giren yeni UÇK Talimatı ile birlikte yürürlükten kalkmıştır.

Nihayetinde, hâli hazırdaki 2019 tarihli UÇK Talimatı md 2 gereğince, sportif cezalar ve yetiştirme tazminatına ilişkin ihtilaflarda UÇK'nın münhasır yetkili olması istisna edilmek üzere⁵⁵; kulüpler, futbolcular, teknik adamlar ve futbol menajerleri, aralarındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden doğan ihtilafların çözümü için UÇK'nın yargı yetkisini kabul edip etmemekte serbesttir. Buna göre UÇK, futbolla ilgili sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından ihtiyari hakem kuruluna dönüştüğü için, akit taraflarca mahkemelere başvuru konusunda da bir hukuki engel kalmamıştır. Dolayısıyla, UÇK ancak tarafların yazılı başvurusu üzerine, futbol menajerliği sözleşmesi de dâhil olmak üzere futbolla ilgili sözleşmelerden doğan ihtilafları çözebilecektir⁵⁶. Nitekim bu durum, FMÇT md 24'te TFF Yönetim Kurulunun 02.03.2019 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle yaptığı düzenlemeyle tekrar edilmiş; futbol menajerliği sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak tarafların UÇK'nın yetkisini kabul edip etmemekte serbest olduğu vurgulanmıştır.

⁵³ İptal kararının Anayasa Mahkemesi kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından 1 yıl sonra yürürlüğe gireceğinin öngörülmesi, ilgili kararda da vurgulandığı üzere, 5894 sayılı Kanun md 5/2'nin iptal edilmesi sebebiyle doğacak hukuksal boşluğun kamu yararını ihlal edebileceği gerekçesiyledir.

⁵⁴ Ancak 2019 tarihli UÇK Talimatının Geçici 1. maddesi gereğince, 02.03.2019 tarihinden önce UÇK önünde açılmış dosyalar bakımından UÇK'nın münhasır yetkisi devam etmektedir. Aynı şekilde, UÇK Talimatının Geçici 2. maddesinde, 02.03.2019 tarihinden önce imzalanan sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıkların, UÇK önüne 02.03.2019 tarihinde ve bu tarihten sonra getirilmesi halinde davalı tarafın, dilekçenin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde UÇK'nın yetkisine itiraz etmediği takdirde UÇK'nın ihtiyari yetkisini kabul etmiş sayılacağı; UÇK'nın yetkisine itiraz edilmesi halinde ise, davacı tarafın yatırdığı başvuru ve hakem ücretinin, maktu ücret düşülerek ilgili tarafa iade edileceği hükme bağlanmıştır.

⁵⁵ Bu tür uyuşmazlıklarda UÇK münhasır yetkili olup, verdiği kararlara karşı yalnızca TFF Tahkim Kuruluna itiraz edilebilecek, yargı yoluna gidilemeyecektir. Bu anlamda, Tahkim Kurulu, TFF ilk derece hukuk kurulları tarafından verilen kararlar aleyhine yapılacak başvuruları inceleyen ikinci derece hukuk kuruludur. Bunun yanında, TFF Yönetim Kurulunun, federasyon ile kulüpler, hakemler, futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, futbol menajerleri, sağlık personelleri ve diğer yetkililer hakkında verdiği kararlar ile çıkardığı talimatlar aleyhine yapılacak başvuruları da TFF Statüsü md 62 gereğince incelemeye yetkilidir.

⁵⁶ TFF'ye tescilli olmayan futbol menajerleri ile yapılan futbol menajerliği sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümlenmesinde ise UÇK'nın ihtiyari hakem kurulu olarak görev yapamayacağı kabul edilmektedir. Bu çerçevede, FMÇT md 24'de kulüp ya da futbolcunun sözleşme akdettiği kişinin lisans sahibi futbol menajeri olması gerektiğine ilişkin bir hükme yer verilmemekle birlikte, TFF tarafından tanınmayan yani lisanslı olmayan bir futbol menajeri ile akdedilen sözleşmeden doğan uyuşmazlığın UÇK tarafından çözümlenemeyeceği, ancak olağan yetki ve görev kuralları uygulanmak suretiyle adli yargıda çözümlenmesi gerektiği doktrinde belirtilmektedir: Petek, Menajer, 213 ff. Nitekim TFF'ye tescil edilmemiş futbol menajerliği sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar bakımından adli yargı mahkemelerinin görevli olduğuna ilişkin birçok Yargıtay kararı da aynı yöndedir. Örnek bir karar için bkz Yargıtay 13 HD, 2014/24490 E, 2015/11183 K, 09.04.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

UÇK'nın görevli olabilmesi için tarafların yapmış oldukları sözleşmede tahkim şartına yer vermeleri yeterli olmayıp, tarafların uyuşmazlık çıktıktan sonra yazılı olarak anlaşmaları gerekmektedir⁵⁷. Dolayısıyla, TFF Sekretaryasının davacının başvurusu üzerine davalının süresi içinde açık kabulü olması halinde bu yazılı anlaşma kabul edilerek UÇK görevli hale gelecektir⁵⁸. Bu halde, UÇK ilk derece hakem kurulu olarak görev yapacağından verdiği kararlara karşı TFF Tahkim Kuruluna itiraz edilebilecektir. Zira 5894 sayılı Kanun md 5/3 ve md 6/2, TFF Statüsü md 54/3, UÇK Talimatı md 13/2 uyarınca UÇK'nın verdiği kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde Tahkim Kuruluna itiraz edilebileceği hükme bağlanmıştır⁵⁹. Tahkim Kurulunun vermiş olduğu kararlara ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁶⁰ (HMK) md 439 çerçevesinde iptali amacıyla yargı yoluna başvurulabilecektir⁶¹. Her ne kadar 5894 sayılı Kanun md 6/4'te Tahkim Kurulunun kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlayacağı ifade edilmiş olmakla birlikte, Tahkim Kurulunun kararlarının kesinliği ve nihailiği ile kastedilen, TFF içinde iç hukuk yollarının tüketilmesi olduğundan⁶², UÇK'nın kararına yapılan itiraz sonucunda Tahkim Kurulunun vermiş olduğu karara karşı tahkim yeri mahkemesinde dava açma konusunda bir engel bulunmamaktadır⁶³.

UÇK'nın futbol menajerliği sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklarda tarafların anlaşmalarıyla yetkili hale gelmesi hususunda yukarıda yapılan açıklamaların, uyuşmazlığın yabancı unsurlu olması durumunda da aynen geçerli olup olmadığı izaha muhtaçtır. 5894 sayılı Kanun ve UÇK Talimatında yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından UÇK'nın yargı yetkisine işaret eden bir hüküm yoktur.

⁵⁷ Örnek bir UÇK kararında, bir futbol kulübü tarafından yabancı futbolcusu aleyhine sözleşme hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle sözleşmede yazılı cezai şartın tahsil edilmesine ilişkin UÇK'ya başvurduğu görülmektedir. Başvuru üzerine, futbolcu, kendisinin yabancı olması nedeniyle UÇK'nın yetkili olmadığı yönünde itirazda bulunmuş; UÇK ise yaptığı inceleme sonucu verdiği 02.02.2010 tarihli, 2009-KF-1193 E, 2010/73 K sayılı kararında, yetkili olmadığına ancak yabancı futbolcunun dava açması veya yetki itirazında bulunmaması durumunda davaya bakabileceğine hükmetmiştir. İlgili UÇK kararı için bkz <<http://www.tff.org/default.aspx?pageID=829&ftxtID=9068>> Erişim Tarihi 11.02.2019. Karar hakkında ayrıca bkz Kadir Gürten and Faruk Baştürk, 'Futbolda Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Yargı Mercii Sorunu' in Çağlar Tacar (ed), Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. İsmail İnan Armağanı (Salmat 2013) 397, 419.

⁵⁸ Doktrinde, görev konusunun devletin yargı gücünün doğrudan doğruya işleyişine ilişkin olmasından ötürü görevle ilgili kuralların emredici olduğu, ayrıca kamu düzenini ilgilendirmesinden dolayı kanunilik ilkesinin bir yansıması olarak ancak kanunla düzenleneceği, bu açıdan mahkemelerin UÇK'yı zorunlu tahkim mercii olarak kabul ederek görevsizlik kararı vermesinin doğal hakim ilkesine açıkça aykırı olacağı, ilgili mevzuatta aranan usuli şartlar sağlanmadıkça UÇK'nın görevli olamayacağı, UÇK'ya başvurmaksızın doğrudan mahkemelerde dava açılması durumunda, UÇK'ya başvurulup başvurulmadığının mahkemece inceleme konusu edilemeyeceği ifade edilmektedir. Gürten and Baştürk, 420 ff.

⁵⁹ Olması gereken hukuk bakımından UÇK'nın kararlarına karşı TFF Tahkim Kuruluna itiraz yapılmaması ve bu kararlara karşı HMK md 439'da belirtilen şartlar çerçevesinde iptal davası açılması gerektiğine ilişkin bir tespit için ayrıca bkz Gürten and Baştürk, 423.

⁶⁰ Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

⁶¹ Özdemir Kocasakal, Spor, 121 ff; Ekşi, Spor, 382 ff.

⁶² Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda, 5894 sayılı Kanun md 6/4'de geçen "kesin" ibaresinin Tahkim Kurulunun incelemiş olduğu kararın biçimsel açıdan kesin, uygulanabilir ve bağlayıcı olduğunu belirtmek için; "nihai" ibaresinin ise Tahkim Kurulunun TFF içinde başvurulacak en son mercii olduğunu belirtmek için kullanıldığını; dolayısıyla, Tahkim Kurulunun verdiği kararların yargı yoluna başvuruyu engellemeyeceğini açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi, 2010/61 E, 2011/7 K, 06.01.2011. İlgili karar için bkz RG 26.02.2011/27858.

⁶³ Alper Çağrı Yılmaz, FIFA ve CAS Kuralları Çerçevesinde Uluslararası Nitelikli Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Feshi (1st, On İki Levha 2017) 383; Ekşi, Spor, 326 ff.

Ancak TFF Statüsü md 63/3'ün "ulusal ihtilaflarda TFF, uluslararası ihtilaflarda ise FIFA'nın yetkili olduğu"nu belirten hükmü dikkate alındığında, UÇK'nın yalnızca ulusal nitelikli, başka bir ifadeyle yabancı unsurlu olmayan ihtilaflarda yargı yetkisine sahip olduğu sonucuna varılması gerektiği kanısındayız⁶⁴. Yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden kaynaklı bir uyuşmazlığın taraflarca UÇK'ya götürülebilmesi, doktrinde de isabetle belirtildiği üzere, Türk hukukunda bu yetkinin tanınmış olması ya da reddedilmemiş olmasına bağlıdır⁶⁵. Bu sebeple, her ne kadar UÇK, yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından yargı yetkisine sahip olabilmek için FIFA'nın aradığı şartları sağlıyor olsa da⁶⁶, TFF Statüsü md 63/3'deki uluslararası ihtilaflarda FIFA'nın yetkili olduğunun açıkça hükme bağlanması UÇK'nın yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda yargı yetkisine sahip olmadığını ortaya koymaktadır⁶⁷. Sonuçta, yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından UÇK'ya başvuru mümkün olamamakla birlikte, TFF Statüsü md 63/3'te yapılacak bir değişiklik UÇK'nın bu uyuşmazlıklar bakımından da yargı yetkisine sahip olması mümkün kılındığı takdirde, uyuşmazlığın tarafları ister UÇK'ya başvurabilecek⁶⁸ isterse genel mahkemelerde dava açabilecektir.

Yabancı unsurlu olmayan futbol menajerliği sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın UÇK'da görülmesi konusunda tarafların anlaşamamış olması durumunda adli yargı ilk derece mahkemelerinde dava açılabilir. Başka bir deyişle, UÇK'nın yetkisini taraflar kabul etmek zorunda olmadıklarından doğrudan mahkemeye başvuruları da mümkündür⁶⁹.

⁶⁴ Aynı yönde bkz Yılmaz, 371.

⁶⁵ Yılmaz, 371. Doktrinde bir görüş, bir uyuşmazlığın UÇK'ya götürülmesi durumunda, UÇK'nın kendi Statüsünde yer alan hükümler çerçevesinde karar vereceğini, uyuşmazlığın yabancı unsurlu olması halinde ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) (Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728) uyarınca belirlenen yetkili hukukun maddi hukuk kurallarına tabi tutulmasının makul bir çözüm olacağını belirtmekte, bir diğer ifadeyle, yabancı unsurlu uyuşmazlıkların da UÇK'nın yetkisi kapsamında olduğuna işaret etmektedir: Özdemir Kocasakal, Spor, 94.

⁶⁶ FIFA, ulusal federasyonların ilk derece hukuk kurullarının yetkisinin taraflarca yapılacak tahkim anlaşması veya esas sözleşmeye konulmuş bir tahkim şartına dayandırılmasını şart koşmaktadır. Aynı şekilde, uyuşmazlığa bakacak ilk derece hukuk kurullarının eşit temsil ve bağımsızlık ilkelerine uygun şekilde teşekkül ettirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Son olarak, ilk derece hukuk kurullarının adil yargılamaya yapması gerekliliği söz konusudur. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Yılmaz, 366 ff.

⁶⁷ Buna karşın, uygulamada bir futbol kulübü tarafından yabancı futbolcusu aleyhine sözleşme hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle sözleşmede yazılı cezai şartın tahsil edilmesine ilişkin UÇK'ya yapılan başvurunun kabul edildiği, başvuru üzerine futbolcunun, kendisinin yabancı olması nedeniyle UÇK'nın yetkili olmadığı yönünde itirazda bulunduğu ancak UÇK'nın, kural olarak yetkili olmadığını kabul etmekle birlikte, yabancı futbolcunun dava açması veya yetki itirazında bulunmaması durumunda davaya bakabileceğine, başka bir ifadeyle şartların gerçekleşmesi durumunda uyuşmazlığın yabancı unsurlu olmasının bir fark yaratmadığına karar verdiği görülmektedir: UÇK, 2009-KF-1193 E, 2010/73 K, 02.02.2010. İlgili karar için bkz <<http://www.tff.org/default.aspx?pageID=829&fxtID=9068>> Erişim Tarihi 11.02.2019.

⁶⁸ Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda tarafların UÇK'ya başvurularının önünü açan bir düzenleme değişikliğine gidilmesi ihtimalinde, UÇK'nın vereceği karara karşı Tahkim Kuruluna itirazda bulunulabilir. Tahkim Kurulunun vereceği karara karşı ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) md 15 uyarınca iptal davası açılabilir: Yılmaz, 371.

⁶⁹ Örnek bir uyuşmazlıkta, davacı yabancı tabiiyetli bir futbol menajerliği şirketi ile davalı Türk tabiiyetli bir futbol kulübü arasında yabancı bir futbol takımından Türk futbol takımına futbolcu transferi yapmak suretiyle transfer sözleşmesi yapılmasında kaynaklı futbol menajerliği ücretinin eksik ödenmesine ilişkin olarak Ankara mahkemelerinde dava açıldığı görülmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesinin 21.05.2012 tarihli, 2012/14 E, 2012/108 K. sayılı kararına yansıyan Ankara 5. Asliye Hukuk Mahkemesinin 05.11.2009 tarihli, 2009/88 E, 2009/335 K. sayılı kararı için bkz RG 18.06.2012/28327 Mükerrer.

Adli yargı ilk derece mahkemelerinde açılan bir davada, davalının futbol menajerliği sözleşmesinden doğan uyuşmazlık bakımından UÇK'nın görevli olduğuna ilişkin bir itirazı olsa bile, kural olarak bu itiraz reddedilir⁷⁰. Bu sebeple davacı UÇK'ya başvurduğu halde, davalının kendisine yapılan tebligata rağmen bu konuda herhangi bir kabul beyanı yoksa, başka bir ifadeyle UÇK'ya uyuşmazlığın çözümü için yetkisinin tanıdığına ilişkin davalı tarafından herhangi bir başvuruda bulunulmamışsa, bu ihtimalde uyuşmazlığın çözümünde mahkemeler görevli olacaktır⁷¹. Aynı şekilde, UÇK'nın ihtiyari hakem heyeti olarak baktığı uyuşmazlıklarda taraflardan birinin mahkemede dava açması ihtimalinde, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunmadıkça mahkeme davanın esasına girmek zorundadır. Böyle bir sonucun temelinde ihtiyari tahkimde, mahkemenin tahkim anlaşmasını re'sen göz önüne alamayacağı kuralı yatmaktadır. Bu sebeple mahkeme, ancak davalı tarafından yapılacak tahkim ilk itirazı üzerine davadan el çekebilir. Ancak bunun için, ilk itiraz üzerine yapılacak incelemede uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra UÇK'nın yetkilendirildiğine ilişkin bir anlaşma olmalıdır. Böyle bir anlaşma yoksa, ilk itiraza rağmen mahkeme davayı görmeye devam edecektir⁷².

Yürürlükteki mevzuat hükümleri doğrultusunda yargı yetkisi dışında kaldığı için taraflarca UÇK'ya götürülemeyecek olan yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar da mahkemelerde dava konusu edilebilecektir⁷³. Yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK md 40 uyarınca iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına göre tayin edilir.

Yabancı unsurlu spor sözleşmelerinden doğan davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin özel bir yetki kuralı bulunmadığı için, futbol menajerliği sözleşmesinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, kural olarak sözleşmeden doğan davalarda yetkiyi düzenleyen HMK md 10 ve genel yetkiyi düzenleyen md 6 ve md 9'a göre belirlenir. Buna göre, kesin yetki kurallarının geçerli olmadığı sözleşmeden doğan davalardan kaynaklı bir uyuşmazlık türü olarak, yabancı unsurlu

⁷⁰ Gürten and Baştürk, 416.

⁷¹ Yargıtay'ın vermiş olduğu örnek bir kararda, futbolcu ile futbol menajeri arasındaki sözleşmeden kaynaklı menajerlik ücreti alacağına ilişkin olarak açılan bir davada, taraflar arasında UÇK'nın görevinin kabul edildiğine ilişkin bir anlaşma olduğunun iddia ve ispat edilememesi nedeniyle genel mahkemelerde bu uyuşmazlığın görüleceğine hükmedilmiştir: Yargıtay 13 HD, 2012/13578 E, 2012/19793 K, 12.09.2012. İlgili kararın tahlili için bkz Gürten and Baştürk, 417.

⁷² Ekşi, Spor, 316 ff.

⁷³ UÇK'nın zorunlu hakem kurulu olarak görev yaptığı dönemde, futbol menajerliği ücret alacağı için Ankara mahkemelerinde açılan bir davada, davalı kulübün söz konusu uyuşmazlığa UÇK'da bakılması gerektiğine ilişkin yaptığı görevsizlik itirazı mahkemece kabul edilmiş; temyiz sonucu bu karar Yargıtay tarafından onanmış ve karar düzeltme istemi Yargıtay tarafından reddedilerek Ankara mahkemesinin vermiş olduğu karar kesinleşmiştir. Bunun üzerine, alacaklı menajerlik şirketi UÇK'ya başvurmuş; UÇK da 26.03.2010 tarihli ve 2009/KM/1262 E, 2010/185 K sayılı kararı ile bu davada münhasır yetkili olduğunu ancak o dönem yürürlükte olan mülga FTT gereğince yalnızca gerçek kişi futbol menajeri ile futbolcu veya kulüp arasında akdedilen sözleşmelerin UÇK'nın yargı yetkisine girmesi, dolayısıyla davacının bir menajerlik şirketi olması sebebiyle UÇK'nın görevine girmeyen bir uyuşmazlık olduğu gerekçesiyle görevsizlik nedeniyle başvuruyu reddetmiştir. Bu red kararına karşı Tahkim Kuruluna gidilmiş olmakla birlikte, yine red kararı verilerek UÇK'nın kararı onanmıştır. İlgili UÇK kararı için bkz <<http://www.tff.org/default.aspx?pageID=829&fxtID=9530>> Erişim Tarihi 11.02.2019.

futbol menajerliği sözleşmesi ile ilgili bir davada sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi (HMK md 10) veya davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri (HMK md 6), davalının yerleşim yeri belli değilse Türkiye’de mutad meskeninin bulunduğu yer (HMK md 9) mahkemeleri yetkili sayılır. Ancak futbol menajerliği sözleşmesinin iş sözleşmesi niteliği göstermesi durumunda yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden MÖHUK md 44 esas alınarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olup olmadığı tespit edilir⁷⁴. Bu noktada belirtilmelidir ki, kanun koyucunun öngördüğü yetkili mahkemelerden birinde dava açılmaması durumunda, davalının en geç cevap dilekçesinde yetki itirazında bulunması gerekir, aksi halde yetkisiz mahkemenin yetkisi kabul edilmiş sayılacaktır (HMK md 19).

Tarafların MÖHUK md 47 uyarınca yetki anlaşması yaparak aralarındaki yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesine bakacak yabancı mahkemeyi yetkilendirmeleri konusu üzerinde de durulmalıdır. MÖHUK md 47/1’de öngörülen yetki anlaşmasının şartları dikkate alındığında, futbol menajerliği sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda yer itibariyle yetki münhasır yetki esasına göre tayin edilmediğinden, taraflar, futbol menajerliği sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığı “borç ilişkisinden doğan bir uyuşmazlık” olarak “yabancı unsur” taşımasıyla şartıyla yabancı bir devletin mahkemesine götürme konusunda anlaşabilirler. Bu durum, futbol menajerliği sözleşmesinin iş sözleşmesi unsurları verilerek yapılması ihtimalinde de geçerlidir. Zira yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmesi söz konusu olmadığından⁷⁵, MÖHUK md 47/1 uyarınca tarafların yetki anlaşması ile yabancı bir devletin mahkemesini yetkili kılmaları mümkündür. MÖHUK md 47/2’de açıklandığı üzere, yabancı unsurlu iş sözleşmesinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden MÖHUK md 44’te belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez. Dolayısıyla taraflar arasında işçi lehine olmak koşuluyla yetki anlaşması yapılarak yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi mümkün olup, MÖHUK md 44’te gösterilen Türk mahkemelerinin yetkisi de kaldırılmaz⁷⁶. Sonuçta, yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinde tarafların yabancı bir mahkemeyi

⁷⁴ Teknik direktörlerle kulüplerin yaptığı sözleşme özelinde aynı yönde bir tespit için ayrıca bkz Ekşi, Spor, 40.

⁷⁵ Doktrinde MÖHUK md 44’ün iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları bakımından öngördüğü yetki kuralının iş sözleşmesinde zayıf taraf konumundaki işçiyi korumak amacıyla getirildiği; aynı şekilde, MÖHUK md 47/2’nin MÖHUK md 44’de belirlenen mahkemelerin yetkisinin tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemeyeceğinin öngörülmesinin de aynı amaca hizmet ettiği; bu sebeple işçi lehine olmak kaydıyla yetki anlaşması yapılmasında bir engel olmadığı; neticede bu hükümlerden hareketle, MÖHUK md 44’deki yetki kuralının münhasır yetki niteliği arz ettiği sonucuna varmanın güç olduğu ifade edilmiştir: Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk (5th, Savaş 2019) 84. Doktrinde ayrıca, düzenlemenin alternatif yetki kuralı içerme sebebiyle de münhasır yetki kuralı olarak kabul edilemeyeceği savunulmuştur: Emre Esen, ‘Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı’ (2002) 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan) 183, 197. MÖHUK md 44’ün sınırlı münhasır yetki kuralı özelliği gösterdiğine ilişkin doktrinel görüşler için bkz Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku (21st, Beta 2015) 480; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk (6th, Vedat 2018) 421; Aysel Çelikel and B Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk (15th, Beta 2017) 607.

⁷⁶ Çelikel and Erdem, 608; Doğan, 84; Nomer, 480; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, 420.

yetkilendirmelerine karşın Türk mahkemelerinde dava açılması durumunda, Türk mahkemeleri, yetki itirazının yapılması şartıyla öncelikle MÖHUK md 47’de aranan şartların mevcut olup olmadığını kontrol edecek, söz konusu şartların yokluğu halinde yetkisizlik kararı verecektir. Türk mahkemelerine yetki itirazında bulunulmamış olması ihtimalinde ise, Türk mahkemeleri yetkili sayılarak davaya bakacaktır⁷⁷.

Yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıkların mahkemelerde dava konusu edilmesi yerine, ilk derece tahkim mahkemesi sıfatıyla doğrudan CAS nezdinde çözümlenip çözümlenemeyeceği konusu üzerinde ayrıca durulmalıdır. CAS’ın olağan tahkim usulü kapsamında ilk derece tahkim mahkemesi olarak yetkili olabilmesi için CAS Spor Tahkim Kodu⁷⁸ R27’de vurgulandığı üzere, “uyuşmazlığın spor ile ilgili olması” ve “tarafklar arasında CAS’ın yetkisini öngören bir tahkim anlaşmasının yapılması” gerekir⁷⁹. Buna göre, bir uyuşmazlık bakımından CAS’ın yetkili olabilmesi için uyuşmazlığın doğrudan veya dolaylı olarak sporla ilgili olması şarttır⁸⁰. CAS Spor Tahkim Kodu R27/2 uyarınca sporla ilgili prensip uyuşmazlıkları veya sporun uygulanmasından veya gelişiminden ve genel olarak sporla ilgili her türlü faaliyetten kaynaklanan parasal veya diğer menfaatlerle ilgili uyuşmazlıklar, CAS’ın yargılama yetkisi içinde görülmektedir⁸¹. Örneğin sponsorluk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, televizyon yayın hakkının devrinden doğan uyuşmazlıklar, yayın sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, spor karşılaşmalarının organizasyonundan doğan uyuşmazlıklar, sporcu transferinden doğan uyuşmazlıkları, sporcu, antrenör, futbol menajeri, kulüp arasında doğan uyuşmazlıklar, hukuki sorumluluklardan doğan uyuşmazlıklar, sporcu sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından CAS’ın yetkisi vardır⁸².

Spor uyuşmazlıklarının CAS’a götürülebilmesinde yabancı unsurlu olma zorunluluğu yoktur⁸³. Dolayısıyla, futbol menajerliği sözleşmesi gibi bir tarafında futbolcu veya kulüp gibi sportif nitelikli bir kişi olmakla beraber, diğer yanında futbol menajeri gibi ekseriyetle belli bir ücret karşılığında faaliyette bulunan, sportif sığfa sahip olması gerekmeyen bir kişinin olduğu bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık

⁷⁷ Konuya ilişkin genel bir tespit için ayrıca bkz Ekşi, Spor, 40 ff.

⁷⁸ CAS Spor Tahkim Kodu’nun İngilizce metni için bkz <https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2019_en_.pdf> Erişim Tarihi 02.03.2019.

⁷⁹ Frank Oschütz, ‘Harmonization of Anti Doping Code Through Arbitration: The Case Law of The Court of Arbitration for Sport’ (2002) 12(2) Marquette Sports Law Review 675, 677; Mary K. FitzGerald, ‘The Court of Arbitration for Sport: Dealing With Doping And Due Process During The Olympics’ (2000) 7 Sports Lawyers Journal 213, 220; Corina Louise Haemmerle, ‘Choice of Law In The Court of Arbitration for Sport: Overview, Critical Analysis And Potential Improvements’ (2013) 13 International Sports Law Journal 299, 300; Gardiner and Felix, 245; Gilson, 506; Coccia, 34.

⁸⁰ Coccia, 35; McLaren, 516; Küçükgüngör, Tahkim, 12.

⁸¹ Konu hakkında ayrıntılı tespitler için bkz Ekşi, Spor, 518 ff; Özdemir Kocasakal, Spor, 178 ff.

⁸² James A. R. Nafziger, ‘International Sports Law As A Process For Resolving Disputes’ (1996) 45(1) International And Comparative Law Quarterly 130, 143 (Disputes); Haemmerle, 301; Blackshaw, 62; Gardiner and Felix, 245; Gilson, 504 ff; Küçükgüngör, Tahkim, 13; Reilly, 64; Kane, 616; Erkiner, 29. Buna karşın, CAS’ın taraf iradelerinin uyuşmazlığın çözümünü kendilerine bırakmasını da dikkate alarak sportif yönü zayıf uyuşmazlıkları dahi kendi yetkisi kapsamında görmesi, CAS’ın kuruluş amacına aykırı olacağı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir: Özdemir Kocasakal, Spor, 181.

⁸³ ibid 519.

bakımından yabancı unsurlu olup olmadığı önem arz etmeksizin CAS'ın yetkili olduğu sonucuna varılabilir. Ancak CAS'a başvuruda bulunulabilmesi için, taraflar arasında CAS'ın yetkili olduğu konusunda yazılı bir tahkim anlaşmasına ihtiyaç vardır⁸⁴. Bu doğrultuda futbol menajerliği sözleşmesinin tarafları da sözleşmeden doğan bir uyumsuzlığa doğrudan CAS'ın bakabilmesi için sözleşmeye tahkim şartı⁸⁵ (*arbitration clause*) koyarak ya da ayrı bir tahkim anlaşması⁸⁶ (*arbitration agreement*) yaparak uyumsuzluğu CAS'ın çözmesi konusunda uyumsuzluk öncesinde ya da uyumsuzluk çıktıktan sonra kararlaştırmalıdır⁸⁷.

CAS'a temyiz mercii olarak başvuru hususunda bu noktada açıklama gerekir. CAS Spor Tahkim Kodu R47'ye göre, bir federasyonun veya diğer bir sportif kuruluşun kararına karşı CAS'a temyiz başvurusunda bulunulabilmesi için, ilgili federasyon/sportif kuruluşun statüsünde/tüzüğünde buna izin veren bir hükmün bulunması ya da taraflar arasında bu amaçla yapılmış bir tahkim anlaşması olması ve temyiz başvurusu yapan tarafın söz konusu statü/tüzük hükümleri çerçevesinde temyize başvurmadan önceki iç başvuru yollarını tüketmesi gerekir⁸⁸. Bu bağlamda, 5894 sayılı Kanunda TFF Tahkim Kurulu kararlarına karşı CAS'ın temyiz yetkisinin tanındığına ilişkin bir hükme yer verilmemiş; aksine md 6'da Tahkim Kurulu tarafından verilen kararların nihai olduğu hükmüne bağlanmıştır⁸⁹. Söz konusu düzenleme dikkate alındığında, CAS'ın temyiz yetkisinin tanınmadığı sonucuna varılabilir⁹⁰. Aynı şekilde sporcuların, teknik direktörlerin ve antrenörlerin sözleşmelerden kaynaklanan ve yabancılık unsuru taşıyan ihtilaflar hakkında Tahkim Kurulu tarafından verilen kararlara karşı FIFA ve UEFA talimat ve düzenlemeleri doğrultusunda CAS'a başvurabileceğine

⁸⁴ Örneğin CAS'ın 2007 tarihli Del Bosque kararında (CAS 2006/O/1055 Del Bosque, Grande, Miñano Espín & Jiménez v/Beşiktaş, Arbitral Award, 9 February 2007) Beşiktaş kulübü ile teknik direktör Vicente Del Bosque González arasında meydana gelen uyumsuzlukta, tarafların akdettikleri özel sözleşmeye aralarındaki sözleşmeden doğan ihtilaflarda CAS'ın yetkili olduğunu beyan ettikleri ve CAS dışında bir merciiye başvuruda bulunma konusunda feragatta buldukları görülmektedir. Ancak tarafların özel sözleşmeden sonra ayrıca bir tip sözleşme daha yaparak uyumsuzlukların çözümünde TFF Tahkim Kurulunun yetkili olduğu konusunda sözleşmeye bir hüküm koydukları ve iki sözleşme arasında çatışma bulunması halinde ilk akdedilen özel sözleşmenin üstün kabul edileceğini kararlaştırdıkları anlaşılmaktadır. Tüm bu gelişmeleri dikkate alan CAS hakem heyeti, CAS'ın yetkisinin özel sözleşme hükümleri gereğince tarafların anlaşması gereğince mevcut olduğuna ve doğrudan CAS'a başvuruda bir engel olmadığına karar vermiştir. CAS'ın ilgili kararı hakkında ayrıntılı analiz için ayrıca bkz Murat Oruç, 'Spor Tahkim Mahkemesi'nin (CAS) Del Bosque vs. Beşiktaş AŞ Uyumsuzluğuna İlişkin Vermiş Olduğu Kararın İncelenmesi' (2011) (92) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 350, 350 ff.

⁸⁵ Tahkim şartı, CAS Spor Tahkim Kodunun Standart Hükümler başlığının Ek 1 Bölümünün md 1.1'inde şöyle örneklendirilmiştir: "İş bu sözleşmeden doğan veya sözleşmeyle ilgili her türlü uyumsuzluk, münhasıran İsviçre-Lozan'da bulunan Spor Tahkim Mahkemesine sunulacaktır ve Spor Tahkim Mahkemesi Kuralları çerçevesinde kesin olarak karara bağlanacaktır."

⁸⁶ Tahkim anlaşması, CAS Spor Tahkim Kodunun Standart Hükümler başlığının Ek 1 Bölümünün md 1.2'sinde şöyle örneklendirilmiştir: "Uyumsuzluk, münhasıran İsviçre-Lozan'da bulunan Spor Tahkim Mahkemesine sunulacak ve Spor Tahkim Mahkemesi Kuralları çerçevesinde kesin olarak karara bağlanacaktır."

⁸⁷ Ekşi, Spor, 517; Gardiner and Felix, 245; Gilson, 506; Özdemir Kocasakal, Spor, 182; Oschütz, 676; Haemmerle, 300. Tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği ise İsviçre hukukuna tabidir. Zira tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği tahkim yeri hukukuna (lex arbitri) tabi olduğundan, CAS'ın merkezi Lozan'ın bulunduğu İsviçre hukuku bu konuda yetkilidir. Konuya ilişkin olarak bkz Özdemir Kocasakal, Spor, 183 ff, Oschütz, 678 ff.

⁸⁸ Blackshaw, 69; Gilson, 506; Ekşi, Spor, 517 ff; Özdemir Kocasakal, Spor, 168 ff; Kane, 616; Erkiner, 25; Haemmerle, 301.

⁸⁹ 5894 sayılı Kanunun ilga ettiği 3813 sayılı mülga TFF Kurulu ve Görevleri Hakkında Kanun md 14/2'de ise, Tahkim Kurulu kararlarına karşı CAS'a başvuru hakkı saklı tutulmuştur.

⁹⁰ Yılmaz, 372.

ilişkin Tahkim Kurulu Talimatı md 14/3 de, TFF Yönetim Kurulu tarafından alınan 23.08.2011 tarihli kararla yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca TFF Statüsü md 64/1-2’de CAS’ın yetkisinin TFF tarafından kabul edildiği ve CAS tarafından verilen kararlara uyulmasının sağlanacağı belirtilmekte; ancak TFF’nin bağımsız ve usulüne uygun olarak oluşturduğu Tahkim Kurulu tarafından verilen kararlar aleyhine CAS’a itirazda bulunulamayacağı hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde, TFF Statüsü md 62/3’de Tahkim Kurulu kararlarının kesin olduğunun ve bu kararlar aleyhine herhangi bir yargı merciiine başvurulmayacağı öngörülmesi, CAS’ın Tahkim Kurulu tarafından verilen kararlar aleyhine temyiz mercii olarak yetkisine engel teşkil etmektedir. Tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında, CAS Spor Tahkim Kodu R47 uyarınca CAS’ın temyiz yetkisinin ulusal federasyonlarca kabul edilip edilmeme serbestisi bulunmasına karşın, yabancı unsurlu olsun ya da olmasın, Tahkim Kurulu da dahil olmak üzere TFF organlarının verdiği kararların CAS’a temyiz amacıyla götürülmesine izin verilmemiştir⁹¹. Nitekim bu tespit, CAS tarafından verilmiş bir kararda da açıkça ortaya konmuştur⁹².

Bununla birlikte, CAS Kodu R47’de ulusal federasyon yetkili organlarının kararlarına karşı CAS’ın temyiz mercii olarak tayini noktasında taraflar arasında yapılmış bir tahkim anlaşmasının CAS’ın yetkisinin doğumu bakımından yeterli olacağı ifade edilmiştir. Bu sebeple, tarafların TFF Tahkim Kurulu kararı aleyhine CAS’a başvuru hususunda yaptıkları bir anlaşma da, TFF’nin iç düzenlemelerinde CAS’ın temyiz yetkisi tanınmamış olsa bile, CAS’a başvuruya imkân verecektir⁹³. Ancak CAS’ın temyiz yetkisinin kabulünde ilgili ulusal federasyonun statü veya talimatlarında öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunlu olduğundan, tarafların tahkim anlaşması ile ilk derece hukuk kurulu mahiyetindeki UÇK kararı bakımından CAS’ın temyiz yetkisini kabul etmeleri hüküm ifade etmez. Zira UÇK tarafından verilen kararlara karşı tebliğden itibaren yedi gün içinde yapılan itiraz üzerine Tahkim Kurulunca verilen karara karşı süresi içinde iptal davası açılmaması ya da tarafların tahkim yeri mahkemesinde iptal davası açması ve bu mahkeme kararına karşı kanun yollarına başvurunun tamamlanmasıyla karar kesinleşecektir⁹⁴. Bu halde, eğer UÇK’nın kararına karşı Tahkim Kuruluna gidilmiş ve bu karara karşı

⁹¹ Aynı yönde bkz Yılmaz, 376. Tahkim Kurulunun tarafsız bir yargı mercii olmaması sebebiyle, verdiği kararlara karşı hem mahkemelere hem de tahkime başvurunun engellenmesinin hak arama hürriyetine aykırı olduğuna ilişkin bir tespit için ayrıca bkz Özdemir Kocasakal, Spor, 216.

⁹² CAS’ın 2010 tarihli Omer Riza kararında (CAS 2010/A/1996 Omer Riza v. Trabzonspor & TFF, Award, 10 June 2010) hem İngiliz hem Türk vatandaşı Omer Riza adlı futbolcunun, Trabzonspor kulübü ile arasında doğan uyuşmazlıktan dolayı TFF Tahkim Kurulunun vermiş olduğu kararı CAS’a temyiz için götürdüğü görülmektedir. Bu başvuru üzerine CAS hakem heyeti, Türk hukukundaki düzenlemeleri inceleyerek 5894 sayılı Kanunun 6. maddesi, TFF Statüsünün 2/1(m), 13/1(e), (f) ve 64’ün maddelerinin Tahkim Kurulu kararlarına karşı CAS’a temyiz yetkisini tanımadığını tespit etmiş; ayrıca TFF Statüsünün 64. maddesinde FIFA Statüsüne atıf yapılmış olmasını CAS’ın temyiz yetkisinin kabulü için yeterli görmemiş ve söz konusu uyuşmazlık bakımından CAS’ın yetkili olmadığını sonucuna varmıştır. Bu karara karşı açılan iptal davası da İsviçre Federal Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Adı geçen karar hakkında ayrıntılı tespitler için ayrıca bkz Ekşi, Spor, 583 ff; Yılmaz, 376 ff.

⁹³ Özdemir Kocasakal, Spor, 217.

⁹⁴ Yılmaz, 378 ff.

HMK uyarınca iptal davası açılmışsa burada verilen karara karşı CAS'a temyiz başvurusunda bulunulamaz. Zira Türk mahkemelerinden verilmiş bir karara karşı CAS'a temyiz amacıyla gidilemez⁹⁵.

III. Yabancı Unsurlu Futbol Menajerliği Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

Özel hukuktan kaynaklı spor uyuşmazlıkları, tarafların karşılıklı ve eşit menfaat ilişkilerini düzenleyen özel hukuk kurallarının ihlalinden doğar⁹⁶. Bu bağlamda, futbolcu ya da kulübün futbol menajeri ile yaptığı futbol menajerliği sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklar da bir tür özel hukuktan doğan spor ihtilafıdır. Futbol menajerliği sözleşmesinin yabancı unsurlu olması ise, bağlantılı olduğu birden fazla hukuk sistemi olması anlamına gelmektedir⁹⁷.

Yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesine uygulanacak hukukun tayini konusu, uyuşmazlığın Türk mahkemelerinde dava konusu edilmesi veya CAS'a götürülmesi ihtimaline göre açıklanmalıdır. Yukarıda belirtildiği üzere TFF Statüsü md 63/3'ün "ulusal ihtilaflarda TFF, uluslararası ihtilaflarda ise FIFA'nın yetkili olduğu"nu belirten hükmü bağlamında UÇK'nın yalnızca ulusal nitelikli ihtilaflarda yargı yetkisine sahip olduğu sonucuna varılacağından, yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığın UÇK'ya götürülebilmesi mevcut düzenleme karşısında mümkün olmadığından, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin bir gereklilik de ortaya çıkmayacaktır⁹⁸.

⁹⁵ Aynı yönde bkz Ekşi, Spor, 574.

⁹⁶ Spor hukuku uyuşmazlıklarının kamu hukuku kaynaklı ve hatta rekabet hukuku kaynaklı uyuşmazlıklarda olduğu gibi kamu hukuku ve özel hukuk kapsamına net bir şekilde dahil edilemeyen bir uyuşmazlık olması da mümkündür. Ayrıca sporun kendine has yapısı içinde ortaya çıkan, yanlış hakem kararlarının müeyyidesi örneğinde olduğu gibi sportif uyuşmazlıklar da görülebilir. Spor hukuku uyuşmazlıklarının sınıflandırılmasına ilişkin tespitler için bkz Rifat Erten, Milletlerarası Özel Hukukta Spor (1st, Adalet 2007) 195 ff; FitzGerald, 220.

⁹⁷ Bir futbol menajerliği sözleşmesinde yabancı unsur değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Buna göre, futbol menajerliği sözleşmesi, kişi veya yer bakımından yabancı bir ülke ile iribatlıysa yabancı unsur var kabul edilecektir. Örneğin futbol menajerliği sözleşmesinin taraflarının birinin ya da her ikisinin yabancı devlet vatandaşlığına sahip olmaları, yabancı bir ülkede ikamet etmeleri veya mutad meskene veya işyerine sahip olmaları, sözleşmenin akdedildiği yerin yabancı bir ülke olması, sözleşmeye konu edimin örneğin transfer görüşmesi yapmanın yabancı bir ülkede gerçekleştirilecek olması gibi değişik kriterler, bir futbol menajerliği sözleşmesine yabancı unsur katacaktır. Genel olarak sporla ilgili uyuşmazlıklara yabancı unsur katan örnekler için ayrıca bkz Erten, 250. Ayrıca doktrinde, yabancı unsurlu olmayan ancak ekonomik karakteri ile milletlerarası ticaretin menfaatlerini ilgilendiren sözleşmelerin de milletlerarası sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğine işaret edilmiştir: Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, 273. Bu doğrultuda ülke sınırlarını aşarak hizmet sağlayan bir futbol menajerliği ilişkisinin de özellikle uluslararası transferlerde yüksek bedelli profesyonel futbolcu sözleşmesinin yapılmasında önemli rol oynayan bir müessesenin ve bunun temelini teşkil eden futbol menajerliği sözleşmesinin de yabancı unsurlu olmasa dahi milletlerarası nitelikli bir sözleşme olarak kabulü gerektiği kanısındayız. Genel olarak aynı özellikleri haiz yabancı unsurlu olmayan hukuki ilişkilerde de aynı sonuca varan tespitler için ayrıca bkz Bilgin Tiryakioğlu, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk (1st, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996) 7; Fügen Sargın, Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (1st, Turhan 2002) 183 (Patent); Ziya Akıncı, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri (1st, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1996) 69 (İnşaat).

⁹⁸ Yabancı unsurlu olmayan futbol menajerliği sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığın UÇK'ya götürülmesi durumunda ise, UÇK Talimatı md 17 esas alınacaktır. Buna göre, UÇK; 5894 sayılı Kanun, TFF Statüsü, TFF Talimat ve Düzenlemeleri ile FIFA ve UEFA kurallarını esas alarak Türk maddi hukukuna göre karar verir. Böylece genel olarak Türk maddi hukuku bağlamında uygulanacak hukukun tayin edileceği belirtilmek suretiyle, UÇK'nın her ne kadar kendi statülerindeki hükümlere göre karar verileceği öngörülse de faaliyette bulunduğu yer olarak Türk hukukunun emredici düzenlemelerine aykırı karar verilemez. Sportif kuruluşların kendi yargı mercileri tarafından çözümlenecek uyuşmazlıklar bakımından, bu yargı mercilerinin faaliyette bulunduğu ülkenin hukuk sisteminin emredici nitelikteki hükümlerinin sportif yargı

A. Uyuşmazlığın CAS'ta Görülmesi Durumunda

Yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığın, taraflarca çözüm mercii olması konusunda üzerinde anlaşılması şartıyla CAS'a götürülebileceğini yukarıda detaylarıyla açıklamıştık. Tarafların anlaşması suretiyle yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığın CAS'a götürülmesi durumunda, CAS olağan tahkim kuralları uyarınca uyuşmazlığı çözecektir.

CAS hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına hangi kuralları uygulayacağı CAS Spor Tahkim Kodu R45'te açıklanmıştır. Buna göre, CAS hakem heyeti, uyuşmazlığın esasına taraflarca tahkim şartında veya tahkim anlaşmasında seçilen hukuk kurallarını, böyle bir seçimin yapılmaması halinde ise İsviçre hukukunu uygular. Taraflar hakem heyetine hakkaniyete (*ex aequo et bono*) göre karar verme yetkisi de tanyabilirler.

Bu açıklamalardan hareketle, yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinin tarafları eğer aralarındaki uyuşmazlığı çözüme konusunda CAS'ı yetkili kılmışlarsa, CAS hakem heyeti tarafından uygulanması gereken hukuku da tayin noktasında serbesttirler⁹⁹. CAS'ın ekseriyetle sporla ilgili ticari nitelikli sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda ilk derece tahkim yargılaması yaptığı göz önüne alındığında, irade muhtariyetinin tanınması taraf beklentilerine uygun olması açısından yerindedir¹⁰⁰. Örnek bir CAS kararında, bir profesyonel futbolcu ile futbol menajeri arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta taraflarca CAS'ın yetkisi üzerine anlaşmaya varıldığı, bunun üzerine uyuşmazlığa bakan CAS hakem heyetinin sözleşmenin geçerli olup olmadığını taraflar arasında akdedilen sözleşmede seçilen Fransız hukukunu dikkate alarak incelediği ve bu surette sözleşmenin Fransız hukukuna göre geçersizliğine, dolayısıyla, futbol menajerinin sözleşmeden kaynaklanan alacak talebinin reddine hükmetmiştir¹⁰¹.

Hukuk seçimi anlaşmasının yapılma şekli, zamanı ve seçilebilecek kuralların niteliği konusunda CAS Spor Tahkim Kodu'nda bir hüküm yoktur. Bu hususta CAS tahkim yargılaması açısından *lex arbitri* olan İsviçre MÖHK¹⁰² esas alınarak bir sonuca

mercilerinin kararları bakımından bir sınır oluşturacağına ilişkin bir tespit için bkz. Özdemir Kocasakal, Spor, 94. Neticede, uyuşmazlığa Türk maddi hukuku, öncelikle TFF talimatı ve diğer özel kurallar; TBK ve diğer mevzuatta yer alan emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla uygulanacak, özel hüküm yokluğunda ise, genel hüküm niteliği gösteren TBK gibi mevzuat hükümleri uygulanacaktır. Özdemir Kocasakal, Spor, 94 ff; Baştürk, 28 ff. İlave olarak, FIFA ve UEFA gibi uluslararası kuruluşların talimat ve kuralları da Türk hukukundaki emredici düzenlemelere aykırı olmamak şartıyla Türk hukuku ile birlikte uygulanır. Dolayısıyla, yabancı unsurlu olmayan futbol menajerliği sözleşmesi de sözleşmeden doğan borç ilişkisi kapsamında kural olarak TBK'da düzenlenen hükümlere tabi olmakla birlikte, TFF mevzuatında özel hükümler bulunan hallerde öncelikle bunlar uygulanır. Genel olarak sporcu sözleşmelerine yönelik aynı yönde bir tespit için bkz. Erten, 204.

⁹⁹ Reilly, 68; Haemmerle, 302; Coccia, 64.

¹⁰⁰ Aynı yönde bkz. Özdemir Kocasakal, Spor, 299; Haemmerle, 312.

¹⁰¹ 16.04.1978 tarihli CAS 2007/O/1310 Bruno Heiderscheid c. Franck Ribéry davası <[http://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=\(Title%3A%222007%2FO%2F1310%22\)](http://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=(Title%3A%222007%2FO%2F1310%22))> Erişim Tarihi 04.03.2019.

¹⁰² Switzerland's Federal Code on Private International Law 1987.

varılabileceği doktrinde ifade edilmiştir¹⁰³. Buna göre, hukuk seçiminin geçerliliği herhangi bir şekle tabi tutulmadığından, tarafların bu konudaki iradelerini açık veya zımni olarak ortaya koymaları yeterli olacaktır¹⁰⁴. Başka bir ifadeyle, tarafların tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi ya da tahkim yargılaması başladıktan sonra dahi hakem heyetine sunulan dilekçelerde veya beyanlarda hukuk seçimi anlaşması konusundaki irade uyuşmalarını göstermeleri yeterlidir¹⁰⁵. Dolayısıyla, taraflar CAS hakem heyetinin uygulaması amacıyla aralarında açık hukuk seçimi yapabilecekleri gibi, belli bir devletin iç hukukundaki düzenlemelere sözleşme hükümlerinde yer verme örneğinde olduğu gibi zımni hukuk seçiminde de bulunabileceklerdir¹⁰⁶.

Taraflarca seçilecek hukukun niteliği konusunda ise, CAS Spor Tahkim Kodu R45'deki ve İsviçre MÖHK md 187/1'deki hüküm belirleyici olacaktır. Zira her iki düzenlemede de taraflarca hukuk seçiminden değil, hukuk kuralları seçiminden bahsedilmiştir¹⁰⁷. Bu hükümden hareketle, doktrinde, taraflarca yapılacak hukuk seçiminde mutlaka milli bir hukuk sistemi değil, milli nitelik arz etmeyen hukuk kuralları, hukukun genel ilkeleri, örf ve adet kurallarının da seçilebileceği savunulmaktadır¹⁰⁸. Bu bakımdan, belli bir devletin hukukunun uygulanması yanında “uluslararası sportif hukuk düzeninin koyduğu kurallar” ve “sportif yargı organlarının koyduğu içtihatlar”dan oluştuğu ifade edilen *lex sportiva'nın*¹⁰⁹ da uygulanması konusunda taraflar irade serbestisine sahiptir¹¹⁰. Özellikle FIFA ve FIFA'ya bağlı altı konfederasyondan birini oluşturan, kısa adı UEFA¹¹¹ olan Avrupa Futbol Federasyonlar Birliği başta olmak üzere uluslararası spor federasyonlarının getirdiği kurallar, CAS içtihatlarının ortaya koyduğu temel ilkeler¹¹², taraflarca futbol menajerliği sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kuralı olarak seçilebilmelidir¹¹³. Nitekim CAS uygulamasında da taraflarca açıkça seçilen veya zımni hukuk seçiminin işaret ettiği *lex sportiva* kuralları öncelikle uygulanmakta;

¹⁰³ Haemmerle, 308.

¹⁰⁴ Coccia, 65; Haemmerle, 308.

¹⁰⁵ Özdemir Kocasakal, Spor, 299 ff; Erten, 244; Erkiner, 53.

¹⁰⁶ Haemmerle, 308.

¹⁰⁷ Haemmerle, 308.

¹⁰⁸ Özdemir Kocasakal, Spor, 300.

¹⁰⁹ Lex sportiva hakkında ayrıntılı bilgi için bkz James A. R. Nafziger, 'Lex Sportiva' (2004) (2) The International Sports Law Journal 3, 3 ff (Lex sportiva); Ken Foster, 'Lex Sportiva And Lex Ludica: The Court Of Arbitration For Sport's Jurisprudence' (2006) (January) Entertainment And Sports Law Journal 1, 1 ff; Özdemir Kocasakal, Spor, 38 ff; Ekşi, Spor, 9; Casini, 21 ff.

¹¹⁰ Nafziger, Lex sportiva, 3; Özdemir Kocasakal, Spor, 300; Haemmerle, 308.

¹¹¹ UEFA'nın bünyesinde hali hazırda Avrupa kıtasında bulunan elli beş ulusal federasyon bulunmaktadır: <<https://www.uefa.com/insideuefa/about-uefa/>> Erişim Tarihi 13.03.2019.

¹¹² CAS'ın koyduğu sportif ilkelerin “judge-made sport law” tanımlamasıyla lex sportiva niteliği taşıdığına ilişkin bir tespit için bkz Casini, 21 ff. CAS'ın görevlerinden birinin lex sportiva niteliği taşıyacak ilke ve kuralları oluşturmak olduğuna ilişkin bir tespit için bkz Foster, 2. CAS içtihatlarının muhtemel davalarda ve buna bağlı olarak verilecek kararlarda önemli etkileri olması ve emsal teşkil edebilmesi nedeniyle lex sportiva'nın tek kaynağı olduğuna ilişkin bir tespit için bkz Nafziger, Lex sportiva, 3.

¹¹³ Genel olarak sportif uyuşmazlıklar bağlamında uygulamada bu yönde hukuk seçimlerinin yapıldığına ilişkin bir tespit için bkz Özdemir Kocasakal, Spor, 301.

tamamlayıcı olarak ise CAS Spor Tahkim Kodu R45 uyarınca İsviçre hukukunun uygulanmasına hakem heyetince karar verilmektedir¹¹⁴. Tarafların hem milli hukuk sistemi hem *lex sportiva* kuralı seçmesi ihtimalinde ise, CAS hakem heyeti yine öncelikle *lex sportiva*'yı esas almakta; tamamlayıcı olarak ise taraflarca seçilen milli hukuku uygulamaktadır¹¹⁵.

Taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere hukuk seçimi yapılmamışsa, hakem heyeti, uyuşmazlığı CAS Spor Tahkim Kodu R45 uyarınca İsviçre hukukuna göre karara bağlar. Bu sebeple uyuşmazlığın ya da tarafların İsviçre ile bağlantılı olup olmadığı dikkate alınmaksızın hakem heyetince İsviçre maddi hukuku esas alınır¹¹⁶.

Son olarak, CAS Spor Tahkim Kodu R45'te, tarafların yetki vermeleri halinde, hakem heyetinin hakkaniyete göre karar vermesine de imkân tanınmıştır. Buna göre, taraflar uyuşmazlığın belli bir hukuk sistemine göre çözümlenmesi yerine, hakem heyetine verdikleri yetkiyle, hakkaniyete uygun bir şekilde karara varılması konusunda anlaşabilirler. Bu halde, hakem heyeti aldığı yetkiyle belli bir hukuk sistemini esas almaksızın kendi adalet duyguları çerçevesinde değerlendirmede bulunarak hakkaniyete uygun olarak uyuşmazlığa çözüm getirir¹¹⁷.

Taraflarca seçilen hukukun kamu düzenine aykırı olması halinde uygulanmaması hususunda CAS Spor Tahkim Kodunda bir hüküm yer almamakla birlikte, böyle bir durumun hakem heyetinin verdiği kararın kamu düzenine aykırılığı gerekçesiyle İsviçre MÖHK md 190/2(e) gereğince iptaline sebep olacağı doktrinde haklı olarak belirtilmektedir¹¹⁸. Dolayısıyla, hakem heyetinin kararının iyi niyet, hakkın kötüye kullanılması yasağı, ahde vefa ilkesi, ayrımcılık yasağı, zayıf akit tarafın korunması gibi uluslararası kamu düzenini ilgilendiren temel ilkelere aykırılığının tespiti halinde uygulanmamalıdır. Aksi halde bu durum hakem kararının iptaline gerekçe teşkil edecektir.

B. Uyuşmazlığın Türk Mahkemelerinde Görülmesi Durumunda

Yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti, bu sözleşmeden doğacak ihtilafların çözümünde dikkate alınacak bağlama kurallarının

¹¹⁴ Bu hususta 05.11.2003 tarihli bir CAS kararı için bkz CAS 2003/O/482 Ariel Arnaldo Ortega davası <[http://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=\(Title%3A%222003%2FO%2F482%22\)](http://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=(Title%3A%222003%2FO%2F482%22))>. Karar hakkında ayrıca bkz Haemmerle, 316 ff.

¹¹⁵ Bu hususta 16.04.2008 tarihli bir CAS kararı için bkz CAS 2008/O/1455 Boxing Australia v/AIBA davası <[http://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=\(Title%3A%222008%2FO%2F1455%22\)](http://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=(Title%3A%222008%2FO%2F1455%22))>. Karar hakkında ayrıca bkz Özdemir Kocasakal, Spor, 302.

¹¹⁶ İsviçre MÖHK md 187/1'in hukuk seçimi yokluğunda uyuşmazlığa en sıkı bağlantılı olduğu devletin hukukunu uygulatan hükümünde olduğunun aksine her durumda İsviçre hukukunu uygulatan CAS düzenlemesine yönelik eleştiriler için ayrıca bkz Özdemir Kocasakal, Spor, 304. Buna karşın doktrindeki, CAS Spor Tahkim Kodunda benimsenen uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirleyen bu tespitin, CAS hakem heyetine uyuşmazlığı en kolay ve en hızlı şekilde çözüme kavuşturma konusunda kolaylık sağladığına ilişkin aksi yönde bir görüş için bkz Haemmerle, 312.

¹¹⁷ Özdemir Kocasakal, Spor, 305; Erkiner, 46.

¹¹⁸ Özdemir Kocasakal, Spor, 303, 393.

belirlenmesinde önemlidir. Zira futbol menajerliği sözleşmesi bağlamında hangi hukuki ilişkinin esas alınacağı, ihtilafa uygulanacak bağlama kurallarının da değişmesine, buna bağlı olarak maddi hukuk kurallarının da farklılaşmasına sebebiyet verebilecektir. Buna göre, bir uyuşmazlığın kaynağını teşkil eden hukuki ilişkinin futbol menajerliği sözleşmesi olup olmadığının tespiti kural olarak hâkimin hukukuna (*lex fori*) göre yapılacak vasıflandırma ile gerçekleştirilir¹¹⁹. Dolayısıyla Türk mahkemelerinde hâkim, önüne gelen yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta futbol menajeri ile futbolcu veya kulüp arasındaki ilişkinin hukuki niteliğini tayin ederken, kural olarak Türk maddi hukukuna göre vasıflandırma yapar.

Yukarıda futbol menajerliği sözleşmesinin unsurlarını açıklarken vurguladığımız üzere, futbol menajerliği sözleşmesi hakkında Türk Borçlar Kanununda¹²⁰ (TBK) özel bir düzenleme bulunmaktadır; konu TFF talimatları ile hükme bağlanmaktadır. Bu çerçevede, FMÇT md 13/1’de sözleşme serbestisi ilkesine uygun şekilde, futbolcu ve kulüplere, akdettikleri menajerlik sözleşmesinde menajerle girdikleri kanuni ilişkinin hukuki niteliğini, başka bir ifadeyle bu ilişkinin bir hizmet mi, danışmanlık mı, temsil mi veya başka bir kanuni ilişki mi olduğunu belirleme yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece taraflar, futbol menajerliği sözleşmesinin hukuki niteliğini serbestçe tayin edebileceklerinden, muhtemel uyuşmazlıkların çözümü açısından hangi sözleşmenin esas alınarak ilgili hükümlere tabi olduklarının öngörülebilmesi bakımından kolaylık sağlanacaktır¹²¹. Dolayısıyla taraflar, iş sözleşmesi, komisyon sözleşmesi, danışmanlık sözleşmesi, simsarlık sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ve temsil yetkisi içeren sair sözleşme türlerinden birinin unsurlarını vererek futbol menajerliği sözleşmesini akdetme yükümlülüğü altındadırlar¹²². İşte akdedilen sözleşmeye taraflarca konulacak unsurlar dikkate alınarak yapılacak vasıflandırma sonucunda tespit edilen bağlama konusuna göre uygulanacak hukuk tayin edilecektir. Neticede, yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesine taraflarca yüklenen nitelik, bu sözleşmenin tabi olacağı hukuk kurallarını da tayin edecek olması bakımından önemlidir. Taraflarca bir futbol menajerliği sözleşmesine hangi sözleşmenin hukuki niteliğini taşıyan özellikler verilmişse, söz konusu sözleşme bu belirleme çerçevesinde vasıflandırılacak ve buna göre uygulanacak hukukun tayini gerçekleştirilecektir.

Görüldüğü gibi, yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık Türk mahkemelerinde dava konusu edilmişse, hâkim, Türk hukukuna göre yaptığı vasıflandırma neticesinde futbol menajerliği sözleşmesinin unsurları

¹¹⁹ Türk hukukunda genel eğilim, yabancı unsurlu bir hukuki ilişkinin vasıflandırılmasının istisnaları olmakla birlikte kural olarak *lex fori*’ye göre yapılması yönteminin tercihi yönündedir: Gülören Tekinalp and Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th, Vedat 2016) 35; Çelikel and Erdem, 86; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, 51; Doğan, 217; Nomer, 104.

¹²⁰ Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

¹²¹ Aynı yönde bkz Hakkı Mert Doğu, ‘Futbolcu Menajerliği Sözleşmesi’ (2015) (3) Ankara Barosu Dergisi 379, 386; Petek, Menajer, 200.

¹²² Özdemir, 560.

çerçevesinde belirlenecek hukuki niteliğine göre MÖHUK'taki bağlama kurallarını uygulayarak yetkili hukuku tespit edecektir. Uygulanacak hukukun Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre tayini kural olmakla birlikte, sportif faaliyetlerin ekseriyetle uluslararası federasyonların koyduğu yeknesak kurallarla düzenlendiği dikkate alındığında, bu kuralların *lex sportiva* olarak kanunlar ihtilafı kuralları yanında uygulanabilirliği izaha muhtaçtır. Bu hususta doktrinde, uluslararası federasyonların koyduğu yeknesak kuralların uygulanıp uygulanmayacağı; uygulanacaksa hangi ölçüde uygulanabileceğinin davanın açıldığı ülkeye ve kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan hukuka göre değişeceği ifade edilmektedir¹²³. Buna göre, Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir uyuşmazlıkta, yetkili mahkeme, *lex sportiva* 'yı, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk sisteminin emredici kurallarına aykırı olmamak şartıyla uygulayabilir. Dolayısıyla, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda Türk kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yetkili hukukun emredici kurallarına aykırı olmama koşuluyla *lex sportiva* 'nın uygulanmasında bir engel yoktur¹²⁴. Kanaatimizce de FIFA veya UEFA gibi uluslararası spor organizasyonları tarafından konulan kuralların ya da CAS gibi bir uluslararası spor tahkim merciinin kararlarının uygulanacak hukukun emredici kurallarını ihlal etmemesi şartıyla bir uyuşmazlığın çözümünde dikkate alınması, spor faaliyetlerinin sınır aşan özelliği ve bunların yeknesaklaştırılma amacı da dikkate alındığında makul bir yaklaşım olacaktır.

1. Vasıflandırma

Yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesine uygulanacak hukuk, özel hukuk kaynaklı bir hukuki ilişki olarak MÖHUK uyarınca tayin edilir. MÖHUK'ta genel olarak sportif uyuşmazlıklara özel olarak da futbol menajerliği sözleşmesine uygulanacak hukuku tayin eden özel bir bağlama kuralı bulunmamaktadır¹²⁵. Bu sebeple, futbol menajerliği sözleşmesi, bu sözleşmenin taraflarca üzerinde anlaşılan unsurları, başka bir ifadeyle niteliği dikkate alınarak yapılacak vasıflandırma neticesinde karşılık geldiği sözleşme esas alınarak MÖHUK'daki ilgili bağlama kuralı tespit edilecektir.

MÖHUK'un düzenlediği sözleşmelerden doğan borç ilişkileri ile ilgili bağlama kuralları dikkate alındığında, md 24'te genel akit statüsüne yer verildiği; md 25-29'da ise bazı sözleşme türlerinin özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu çerçevede, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler (md 25), tüketici sözleşmeleri (md 26), iş sözleşmeleri (md 27), fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler (md 28) ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere (md 29) uygulanacak hukukun tayini özel bağlama kurallarına tabi tutulmuşken; bu sözleşmeler dışında kalan diğer borçlar hukuku

¹²³ Özdemir Kocasakal, Spor, 140 ff.

¹²⁴ Özdemir Kocasakal, Spor, 92 ff.

¹²⁵ Futbol menajerliği sözleşmesi, Türk hukukuna paralel olarak karşılaştırmalı hukuktaki kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin milli kanunlarda da bir bağlama konusu olarak düzenlenmemiştir.

sözleşmeleri, genel akit statüsü (md 24) kapsamına alınmıştır. İşte MÖHUK'un bu düzenlemeleri dikkate alınarak, Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir davada futbol menajerliği sözleşmesinin hukuki niteliğine göre yapılacak vasıflandırmada, kural olarak *lex fori* olan Türk hukuku belirleyicidir¹²⁶.

Yukarıda açıklandığı üzere, futbol menajerliği sözleşmesi, uygulamaya yansıyan örneklerde de görüldüğü gibi, genellikle simsarlık sözleşmesi, komisyon sözleşmesi, iş sözleşmesi, danışmanlık sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi gibi sözleşme türlerinin unsurları dikkate alınarak yapılmaktadır. Bu sebeple, futbol menajerliği sözleşmesi bu sözleşmelerden hangisi esas alınarak yapılmışsa, sözleşmeden doğan uyumsuzluğu uygulanacak hukukun tayini de ilgili akit statüsü dikkate alınarak gerçekleştirilir.

MÖHUK'ta düzenlenen borçlar hukuku sözleşmeleriyle ilgili bağlama konuları dikkate alındığında, futbol menajerliği sözleşmesinin taşıdığı unsurlar itibariyle genel akit statüsüne (md 24) veya iş sözleşmesi statüsüne (md 27) tabi olabileceği sonucuna varılabilir. Zira aşağıda açıklanacağı üzere, tarafların futbol menajerliği sözleşmesine iş sözleşmesi özelliği vermesi halinde uygulanacak hukuk MÖHUK md 27; danışmanlık, komisyon, simsarlık, vekâlet sözleşmesi özelliği vermesi ihtimalinde ise MÖHUK md 24'e göre tayin edilir. Ayrıca futbol menajerine temsil yetkisi veren bir sözleşme olarak akdedilen bir futbol menajerliği sözleşmesi, nitelik bakımından vekâlet sözleşmesi, iş sözleşmesi, şirket sözleşmesi ve benzeri temel akit niteliğiyle temsil iç ilişkisini oluşturan sözleşmelerden hangisinin unsurlarını taşıyorsa, temsil yetkisinin iç ilişki kaynaklı uyumsuzlukları da bu sözleşmeye uygulanacak hukuka tabidir. Zira MÖHUK md 30/1'de genel olarak, temsilci ile temsil olunan arasındaki hukuki ilişkiden doğan temsil yetkisinin, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacak hukuka tabi olduğu hükme bağlandığından¹²⁷, futbol menajerliği sözleşmesinde yer alan temsil yetkisinin iç ilişkiden kaynaklanan uyumsuzlukları, iş sözleşmesinden doğuyorsa MÖHUK md 27'ye, vekâlet sözleşmesine dayanıyorsa genel akit statüsünü düzenleyen MÖHUK md 24'e tabi olacaktır.

Bu noktada futbol menajerliği sözleşmesinin bir tüketici sözleşmesi olarak vasıflandırılarak MÖHUK md 26'ya tabi tutulup tutulamayacağı üzerinde de durulmalıdır. Kanun koyucu MÖHUK md 26'da, mesleki veya ticari olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik sözleşmeleri tüketici sözleşmesi olarak nitelendirmiş ve bu tür sözleşmelere uygulanacak hukuku genel akit statüsünden ayrı tutarak özel bağlama kurallarına tabi tutmuştur. Bu çerçevede, hangi sözleşmelerin tüketici sözleşmesi sayılacağı tek tek sayılmamakla birlikte, bu nitelendirmede mesleki veya ticari olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi

¹²⁶ Genel olarak spora ilişkin sözleşmelerin MÖHUK'un hangi maddesinin kapsamına girdiğinin Türk hukukuna göre vasıflandırılacağına ilişkin bir tespit için ayrıca bkz Ekşi, Spor, 39.

¹²⁷ Konu hakkında bkz Burak Huysal, Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk (1st, On İki Levha 2015) 121 ff.

sağlanmasına yönelik edim içerip içermediği bu sözleşmenin tüketici sözleşmesi olup olmadığı noktasında belirleyicidir. Futbol menajerliği mesleki faaliyet kapsamında ve ticari amaçla yapılan bir iştir. Bu bağlamda, futbol menajerliğinin ücretli ya da ücretsiz olarak yapılması imkânı bulunduğundan, bu işi belli bir ücret karşılığı yapan bir futbol menajeri, kazanç elde etme yani ticari amaçla hareket etmektedir. Buna karşın belli bir ücret karşılığı yapılmaksızın menajerlik hizmetinin verilmesi durumunda futbol menajeri bakımından ticari bir amaç bulunmamakla birlikte, futbolcu açısından mesleki ve ticari bir amaç söz konusu olacaktır. Örneğin, uygulamada da görüldüğü üzere bir futbolcunun babasının kendisi adına futbol menajerliği yapması söz konusu ise, menajerlik hizmeti baba-oğul ilişkisinden dolayı belli bir ücret karşılığında yapılmasa bile menajerlik sözleşmesi mesleki amaçla yapılan bir sözleşme sayılır. Dolayısıyla sözleşmenin diğer tarafı futbolcu, ticari ve mesleki amaçla hareket eden profesyonel bir kişi olduğundan, akdedilen sözleşme yine tüketici sözleşmesi niteliği taşımaz¹²⁸. Gerçekten de futbol menajeri, şahsi çalışmasına dayanarak, bilgi, uzmanlık ve tecrübesi çerçevesinde uzmanlık gerektiren bir iş yapmaktadır. Dolayısıyla belli bir ücret karşılığında veya ücretsiz olarak yapılması fark yaratmaksızın futbol menajerliği hizmeti mesleki faaliyet kapsamında gerçekleştirilen bir iştir¹²⁹.

Bu açıklamalardan hareketle, futbol menajerliği sözleşmesine tarafların simsarlık sözleşmesi¹³⁰ özelliği vermesi imkân dâhilindedir. Buna göre, futbol menajerinin belli bir ücret karşılığında, futbolcu ya da kulüple bağımlılık ilişkisi olmaksızın yalnızca futbolcu veya kulüple karşı akit taraf futbolcu veya kulüp arasında profesyonel futbolcu sözleşmesi ya da transfer sözleşmesinin yapılmasına aracılık etme, müzakereleri yürütme, sözleşme şartlarının nihai olarak belirlenerek imza aşamasına getirme işini üstlendiği ve futbol menajerine temsil yetkisi vermeyen bir yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesi, Türk hukukuna göre yapılan vasıflandırmada simsarlık sözleşmesi olarak belirlenerek¹³¹ uygulanacak hukuk tayin edilir¹³². Bu halde, yukarıda açıklandığı üzere, yabancı unsurlu simsarlık sözleşmesi MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmiş bir bağlama konusu olmadığından, bu sözleşmeden doğacak

¹²⁸ Doktrinde de lisanslı futbol menajerleri yanında lisanslı olmayan futbol menajerlerinin de menajerlik hizmetinin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirmeye yetmeyeceği, zira sözleşmenin karşı tarafı olan futbolcunun mesleki bir faaliyet kapsamında hizmet sunumundan yararlandığı, bu sebeple de futbol menajerliği sözleşmesinde tüketici niteliğine sahip kişi olmadığı için bu ilişkinin tüketici işlemi özelliği göstermediği savunulmaktadır: Petek, Menajer, 214.

¹²⁹ Sportif alanda yapılan sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıkların ticari uyuşmazlıkların bir türü olduğu yönünde genel bir tespit için ayrıca bkz Özdemir Kocasakal, Spor, 170.

¹³⁰ Simsarlık sözleşmesi, TBK md 520/1'de "simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması halinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir" şeklinde tanımlanmış ve simsarlık sözleşmesine, kural olarak vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağı (md 520/2) düzenlenmiştir: Reha Poroy and Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku (16th, Vedat 2017) 291; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku (18th, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2013) 190.

¹³¹ Futbol menajerinin hizmetinin yalnızca sözleşme kurmak için aracılık faaliyetinden ibaret olması durumunda simsarlık sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin benzer bir tespit için bkz Petek, Menajer, 200 ff.

¹³² Yargıtay'ın temsil yetkisi içerip içermediğine bakılmaksızın genel olarak bütün menajerlik sözleşmelerinin hukuki nitelik bakımından simsarlık sözleşmesi özelliği gösterdiğine yönelik aksi yönde bir kararı için bkz Yargıtay 13 HD, 2013/15789 E, 2014/16309 K, 26.05.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

muhtemel bir uyuşmazlık, MÖHUK md 24'te düzenlenen genel akit statüsüne tabidir.

Yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinin taraflarca komisyon sözleşmesi¹³³ olarak yapılması da mümkündür. Buna göre, dolaylı temsilci konumundaki futbol menajerinin belli bir ücret karşılığında kendi adına ancak futbolcu ya da kulüp hesabına sözleşme yapması konusunda anlaşılmışsa, söz konusu sözleşmenin komisyon sözleşmesi özelliği gösterdiği söylenebilir. Uygulamada pek karşılaşılmamakla birlikte, tarafların futbol menajerinin profesyonel futbolcu sözleşmesi ya da transfer sözleşmesini belli bir ücret karşılığında kendi adına ancak futbolcu ya da kulüp hesabına akdetmesi konusunda yapılacak bir anlaşma, bu hukuki ilişkinin komisyon sözleşmesi olarak vasıflandırılmasına gerekçe teşkil edecektir. Komisyon sözleşmesi niteliği taşıyan yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığın çözümünde yine genel akit statüsünün düzenlendiği MÖHUK md 24 uygulama bulacaktır. Zira komisyon sözleşmesi de MÖHUK'ta düzenlenen özel bağlama konularından biri değildir.

Futbol menajerinin belli bir ücret karşılığında, bağımlılık ilişkisi içinde olmadan futbolcu ya da kulübe onların emir ve direktifi altında çalışmaksızın danışmanlık hizmeti vermesi de söz konusu olabilir. Özellikle futbolcu ya da kulübün bilgi veya tecrübe eksikliğinden kaynaklı hususlarda uzman bir kişi olarak futbol menajerinin danışmanlığından istifade etmesi mümkündür. Örneğin danışman rolü üstlenen futbol menajeri, yabancı bir futbolcuya transfer görüşmesi öncesinde kulübün mali ve idari yapısı, Türkiye'nin ekonomik, sosyal ve kültürel özellikleri, Türk sporunun içinde bulunduğu şartlar ve diğer konularda bilgi verebilir, rapor hazırlayabilir, gerekli tavsiyelerde bulunabilir, yapılan teklifi değerlendirebilir ve nihayetinde yönlendirmede bulunabilir¹³⁴. Danışmanlık sözleşmesi MÖHUK'ta yer alan bağlama konularından biri olmadığından, danışmanlık sözleşmesi özelliği gösteren yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden doğacak bir uyuşmazlığa uygulanacak hukuk yine genel akit statüsünü düzenleyen MÖHUK md 24'e göre belirlenecektir.

Uygulamada tarafların futbol menajerliği sözleşmesini genellikle vekâlet sözleşmesi¹³⁵ içeriğiyle yaptıkları görülmektedir. Buna göre, futbol menajerinin futbolcu ya da kulübün yani müvekkilinin vekili olarak onlarla bağımlılık ilişkisi

¹³³ Komisyon sözleşmesi, alım veya satım komisyonculuğu olarak TBK md 532-545. maddeler arasında düzenlenmekte iken, diğer komisyonculuk işlerini içine alacak şekilde, TBK md 546'da bir ücret karşılığında komisyoncunun kendi adına ve vekâlet veren hesabına hukuki işlem yapmasını konu edinen sözleşmeleri ifade etmektedir. Bu bağlamda, komisyon sözleşmesine TBK md 532-545'deki hükümler saklı kalmak üzere vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır: Arkan, 229; Poroy and Yasaman, 285.

¹³⁴ Genel olarak danışmanlık sözleşmesinde danışmanın fonksiyonuna ilişkin benzer tespitler için bkz Sema Çörtoğlu Koca, 'Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk' (2007) 11(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 233, 236.

¹³⁵ TBK md 502 vd'da düzenlendiği üzere, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi ya da işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme vekâlet sözleşmesi adını alır. Kaldı ki, TBK md 502/2'de vekâlete ilişkin hükümlerin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde bu kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine de uygulanacağını öngörülmesi, bir iş görme borcu doğuran sözleşme olarak futbol menajerliği sözleşmesine özel hükümlerin yokluğu halinde vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasına gerekçe teşkil etmektedir.

içerisinde olmaksızın, belli bir ücret karşılığında ya da ücretsiz olarak menajerlik işinin görülmesini üstlendiği sözleşme, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilecektir¹³⁶. Vekâlet sözleşmesinde vekilin, müvekkilinin menfaatine uygun şekilde iş görme borcunu ücretli veya ücretsiz olarak üstlenmesi futbol menajerliği sözleşmesinin ruhuyla da uyşmaktadır. Futbol menajerliği sözleşmesinde futbol menajerine temsil yetkisi verilmesi de mümkün olduğundan, bu yetki her ne kadar belli bir sözleşmeye dayandırılması zorunluluğu olmasa da, uygulamada ekseriyetle vekâlet sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Böylece kulüp ya da futbolcu, kendi ad ve hesaplarına hukuki işlemde bulunmak üzere futbol menajerine vekâlet sözleşmesiyle temsil yetkisi verebilir. Futbol menajerinin ücretli veya ücret almaksızın futbolcu ya da kulübü temsil etmesi konusunda anlaşmaları ve onlar ad ve hesabına hukuki işlem yapma konusunda temsil yetkisine sahip olması durumunda söz konusu sözleşme vekâlet sözleşmesi olarak vasıflandırılacağından uygulanacak muhtemel bir uyuşmazlık, yine MÖHUK md 24'e tabi olacaktır. Buna göre yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinin temsil yetkisi içerecek şekilde vekâlet sözleşmesi unsurlarıyla akdedilmesi ihtimalinde, hem vekâlet sözleşmesinden hem de MÖHUK md 30/1 uyarınca futbol menajeri ile futbolcu veya kulüp arasındaki temsil yetkisi kaynaklı iç ilişki kapsamında doğan ihtilaflar MÖHUK md 24'ün uygulama alanına girecektir¹³⁷.

Futbol menajerinin futbolcu ya da kulüp tarafından verilecek emir ve talimatlara mutlak şekilde bağımlılığının öngörüldüğü bir futbol menajerliği sözleşmesinin iş sözleşmesi¹³⁸ özelliği gösterdiğinde şüphe yoktur¹³⁹. Bu durumda işçi konumunda futbol menajeri, işveren konumunda ise futbolcu ya da kulüp olacaktır. Futbol menajerinin diğer işçilere nazaran aldığı yüksek bedelli ücret, futbol piyasasını yönlendirme güçleri, genel olarak tam zamanlı çalışma ortamlarının olmaması, sabit bir işyerinde çalışmaması, pazarlık güçlerinin kuvvetli olma özellikleri dikkate alındığında, klasik iş sözleşmelerinde yer alan işçinin işverene karşı ekonomik ve şahsi bakımdan daha zayıf konumda olması kuralını karşılamaması nedeniyle, futbol menajerliği sözleşmesine hukuki nitelik olarak iş sözleşmesi özelliği verilebileceği

¹³⁶ FMÇT öncesi dönemde de taraflara futbol menajerliği sözleşmesinin hukuki niteliğini belirleme yükümlülüğünün tanınmaması sebebiyle, bu sözleşme, özellik itibarıyla vekâlet sözleşmesine benzetilmiş ve buna bağlı olarak futbol menajerliği sözleşmesi hakkında vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması öngörülmüştü.

¹³⁷ Konuya ilişkin genel bir tespit için ayrıca bkz Huysal, 134.

¹³⁸ Hizmet sözleşmesi ve iş sözleşmesi bağlamında "hizmet" ve "iş" kavramlarının aynı sözleşme türünü karşıladığı, bu sebeple her iki sözleşme arasında bir fark bulunmadığına ilişkin doktrindeki eğilim doğrultusunda çalışmamızda hizmet sözleşmesi-iş sözleşmesi kavramları birbiriyle eş anlamlı kullanılmıştır. Doktrindeki bu yöndeki tespitler için bkz Sarper Süzek, İş Hukuku (12th, Beta 2016) 257; Yılmaz, 9; Petek, Futbolcu, 46. Bu doğrultuda doktrinde İş Kanunu kapsamı dışında kalan TBK'ya tabi hizmet sözleşmelerinin de ücret, iş görme ve bağımlılık unsurlarını içermesi nedeniyle zayıf akit tarafın korunması bağlamında iş sözleşmesine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK md 27 kapsamında kabul edilmesi gerektiğine işaret edilmiştir: Zeynep Derya Tarman, 'Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk' (2010) 59(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521, 525 ff; Doğa Elçin, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (1st, Adalet 2012) 19.

¹³⁹ TBK md 393/1'de belirttiği gibi işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme hizmet sözleşmesidir.

yönündeki tespiti tartışmaya açabilecektir¹⁴⁰. Bununla birlikte, bu tartışmaya sebep olabilen kriterlere karşın futbol menajerliği sözleşmesinde menajer bakımından bağımlılık unsurunun varlığının sözleşmenin iş sözleşmesi olarak tanımlanmasına yeteceği kanısındayız¹⁴¹. Dolayısıyla, futbol menajерinin belli bir iş için, örneğin yalnızca yabancı bir ülkedeki kulüpten Türkiye’deki bir kulübe transfer görüşmelerinin yapılması amacıyla değil de, belirli ya da belirsiz bir süre için sürekli olarak belli bir ücret karşılığında futbolcu ya da kulübe bağlı olarak onun emir ve talimatlarına uygun şekilde faaliyette bulunması konusunda anlaşılın bir futbol menajerliği sözleşmesi, iş sözleşmesi özelliği taşıyacaktır. Bununla birlikte, uygulamada futbol menajerliği sözleşmesine, tarafların iş sözleşmesi niteliği vermeyi pek tercih etmediği görülmektedir. Zira menajerlik, iş gören konumunda olan menajерin iş gördüren kişiye göre belli bir uzmanlığa, bilgi birikimine ve yetkinliğe sahip olduğu bir iş olduğundan, futbol menajerliği sözleşmesinde futbol menajeri ile futbolcu veya kulüp arasında mutlak bir bağımlılık ilişkisi pek tercih edilmemektedir. Yine de tarafların yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesini iş sözleşmesinin unsurlarıyla akdetmeleri durumunda uygulanacak hukuk, iş sözleşmesine uygulanacak hukuku özel olarak düzenleyen MÖHUK md 27 uyarınca tayin edilir¹⁴².

Neticede, MÖHUK md 24 ve 27 bağlamında gerek taraflarca seçilen gerek kanun koyucunun gösterdiği objektif bağlama kuralları dikkate alınarak tespit edilen yetkili hukukun maddi hukuk düzenlemeleri¹⁴³, yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinin kurulması, yerine getirilme şartları, irade sakatlıkları, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, tarafların hak ve borçları, sözleşmenin maddi geçerliliği¹⁴⁴, süresi, içeriği, ifası, yorumu, sona ermesi ile hüküm ve sonuçları gibi sözleşmesel ilişkiden doğan uyuşmazlıklara uygulanır¹⁴⁵. Buna karşın, akit statüsünün

¹⁴⁰ Aynı durumun, profesyonel futbolcu sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespitinde futbolcu için de geçerli olduğuna, bu sebeple iş sözleşmesinde işçinin emsal bir işçiye nazaran daha avantajlı ve imtiyazlı bir statüde olmasının, söz konusu sözleşmeyi atipik iş sözleşmesi haline getireceğine doktrinde işaret edilmiştir: Yılmaz, 12 ff.

¹⁴¹ İş sözleşmesi unsurları gözetilerek teknik direktörlerle kulüplerin yaptığı sözleşme özelinde aynı yönde bir tespit için ayrıca bkz Ekşi, Spor, 40.

¹⁴² Yabancı unsurlu spor sözleşmelerinin iş sözleşmesi unsurları verilerek akdedilmesi durumunda Türk mahkemelerinde açılan bir davada sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun MÖHUK md 27 uyarınca tayin edileceğine yönelik genel bir tespit için ayrıca bkz Özdemir Kocasakal, Spor, 93.

¹⁴³ MÖHUK md 2/4 uyarınca uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır. Dolayısıyla, futbol menajerliği sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi durumunda taraflar aksini öngörmemişse, seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri esas alınacaktır. Aynı şekilde, MÖHUK md 2/3’de atf kuralından bahsedilmiş ve yalnızca kişi ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda atfın dikkate alınacağı öngörülerek, diğer konularda yetkili hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağına işaret edilmiştir. Futbol menajerliği sözleşmesi de borçlar hukuku kapsamında kalan bir bağlama konusu olarak atfa tabi olmadığından, Türk kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği hukukun maddi hukuk hükümlerine göre uyuşmazlık çözüme kavuşturulacaktır.

¹⁴⁴ MÖHUK md 32/1’de sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliğinin sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tabi olduğu hükme bağlanarak, sözleşmenin maddi geçerliliğine ilişkin bir uyuşmazlığın ilgili akit statüsüne göre çözümleneceği ifade edilmiş olmaktadır: Doğan, 415. AB hukukunda da benzer bir düzenleme 2008 tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü (Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), O.J. L 177/6) md 10/1’de yer almaktadır: Peter Stone, EU Private International Law (2nd, Edward Elgar 2010) 305; James Fawcett and Janeen M. Carruthers, Cheshire, North & Fawcett Private International Law (14th, Oxford University Press 2008) 707.

¹⁴⁵ Nomer, 331 ff; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, 297 ff.

uygulanmadığı durumlar da vardır. Bu çerçevede, sözleşmeden doğan borç ilişkisine taraf olan kişilerin ehliyeti ile ilgili uyuşmazlıklar, MÖHUK md 24'ün kapsamı dışında bırakılmış, MÖHUK md 9'da düzenlenen ehliyet statüsüne tabi tutulmuştur. Dolayısıyla, futbol menajerliği sözleşmesinin taraflarının hak ve fiil ehliyeti ile ilgili muhtemel bir uyuşmazlık MÖHUK md 9'a göre çözümlenecektir. Aynı şekilde, sözleşmenin şekli, kanun koyucu tarafından MÖHUK md 7'ye tabi tutularak, akit statüsünün uygulama alanında kalan konular dışında bırakılmıştır. Buna göre, futbol menajerliği sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk, MÖHUK md 7 gereğince tespit edilecektir.

2. Uygulanacak Hukukun Genel Akit Statüsüne Göre Tespiti

MÖHUK md 24 uyarınca uygulanacak hukukun tayininde subjektif ve objektif bağlama kuralları esas alınmaktadır¹⁴⁶. Bu bağlamda, kanun koyucu irade muhtariyeti çerçevesinde taraflara aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukukun tayini noktasında hukuk seçimi imkânı tanımıştır¹⁴⁷. Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabi tutulmuş; sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerli sayılmıştır (MÖHUK md 24/1)¹⁴⁸. Buna göre, taraflar akdettikleri yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesine uygulanacak hukuku açıkça, başka bir ifadeyle herhangi bir yoruma ihtiyaç olmaksızın ortaya konan irade beyanlarıyla seçebilir. Bu hukuk seçimi, esas sözleşmenin bir şartı olarak yapılabileceği gibi ayrı bir anlaşma şeklinde de ortaya konabilir ve hatta uyuşmazlık çıktıktan sonra mahkeme huzurunda dahi anlaşmaya varılabilir¹⁴⁹. Aynı şekilde, açık bir hukuk seçimi bulunmamakla birlikte futbol menajerliği sözleşmesi hükümlerinden veya halin şartlarından şüphe yaratmayacak şekilde yorum yoluyla tespit edilen zımnî hukuk seçiminin de bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku belirlemesi mümkündür. Örneğin futbol menajerliği sözleşmesinde yapılan yetki anlaşmasıyla belirlenen yetkili mahkemenin bulunduğu ülkenin, sözleşmenin lisanının, futbol menajerinin işyerinin, futbol menajerinin vatandaşı olduğu devletin ve benzeri kriterlerin belli bir devlete işaret etmesi durumunda mahkemece yapılacak yorumla bu devletin hukukunun zımnî hukuk seçimi yoluyla seçildiği kabul edilebilecektir¹⁵⁰.

¹⁴⁶ MÖHUK md 24 uyarınca sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukukun tespiti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Berk Demirkol, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk (2nd, Vedat 2014) 32 ff.

¹⁴⁷ Çağdaş hukuk sistemlerinde de tarafların sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçiminde bulunmaları kural olarak kabul edilmektedir. Örneğin Amerikan hukukunda 1971 tarihli Restatement (Second) of Conflict of Laws (Restatement II) § 187/1, AB hukukunda Roma I Tüzüğü md 3/1 ve İsviçre MÖHK md 116'da sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitinde taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmıştır.

¹⁴⁸ AB hukukunda Roma I Tüzüğü md 3/1'de de tarafların uygulanacak hukuku açık ya da zımnî irade beyanı ile seçebilmelerine imkân tanınmıştır. Aynı şekilde, Amerikan hukukunda Restatement II § 187'de de bu yönde bir hüküm yer almaktadır.

¹⁴⁹ Doğan, 402; Tiryakioğlu, 27.

¹⁵⁰ Zımnî hukuk seçimine ilişkin örnek kriterler için bkz Rona Aybay and Esra Dardağan, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfi) (2nd, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınevi 2008) 232; Mo Zhang, 'Contractual Choice Of Law In Contracts Of Adhesion and Party Autonomy' (2008) 41(1) Akron Law Review 122, 130. Bununla birlikte doktrinde

Taraflarca seçilen hukukun akdedilen sözleşmeyle bir bağlantıya sahip olmasının veya tarafların bu hukuk seçiminde bir menfaatlerinin bulunmasının gerekip gerekmediği hususunda kanun koyucu bir açık hükme yer vermemiştir. Türk hukukunda bu konuda doktrindeki genel eğilim, bu hususta bir sınırlama olmadığı yönündedir¹⁵¹. Bu bakımdan, seçilen hukukun taraflarla ve sözleşmeyle bir ilgisi olmasa ve hatta tarafların menfaatlerine uygun sonuçlar doğurmasa dahi futbol menajerliği sözleşmesinden doğan uyumsuzluğun çözümünde subjektif bağlama kuralı olarak dikkate alınacaktır. Böyle bir sonucun taraf iradelerine mutlak bir serbesti sağlanması bakımından da yerinde olduğu kanısındayız.

Türk hukukunda tarafların seçmiş olduğu hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanmasını kararlaştırmalarına imkân verilmiştir (MÖHUK md 24/2)¹⁵². Bu şekilde, futbol menajerliği sözleşmesinin belli kısımlarının ayrı hukuklara tabi tutulmasının nasıl uygulama bulacağı üzerinde durulması gerekir. Doktrinde sözleşmenin belli kısımlarına farklı hukukların uygulanması amacıyla kısmi hukuk seçiminde bulunulabileceği görüşüne karşı¹⁵³, kısmi hukuk seçiminin ancak sözleşmenin ekonomik ve hukuki bakımından birbirlerinden ayrılabilen kısımları için yapılabileceğine ilişkin görüş de mevcuttur¹⁵⁴. Doktrinde ayrıca kısmî hukuk seçiminin olumsuzluklarını da dikkate alınarak, ancak karşı konulamaz sebeplerin varlığı veya çok önemli bir avantaj sağlaması hâlinde hukukî etki tanınması gerektiği de belirtilmiştir¹⁵⁵. Kanaatimizce futbol menajerliği sözleşmesi bakımından doktrinde yapılan bu tespitler dikkate alınarak, tarafların özgür iradesini yansıtmaları bakımından sözleşmenin birbirinden ayrılabilen kısımlarını farklı hukuklara tabi tutan kısmi hukuk seçimi mümkün görülmeli, ancak uygulanacak maddi hukuk hükümleri arasında ciddi bir çelişki veya çatışma olmaması ve mantıklı bir uzlaşmayı da göstermesi koşuluyla¹⁵⁶ bu seçim geçerli sayılmalıdır.

vurgulandığı üzere, böyle bir zımnî hukuk seçiminin kabulü için tarafların önceden hukuk seçimi anlaşması konusunda açıkça görüşmemiş olmaları gerekir: Doğan, 402.

¹⁵¹ Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 270; Çelikel and Erdem, 370; Tekinalp and Uyanık, 278; Doğan, 405; Akıncı, Taraf, 12; Sargın, Patent, 203. Tarafların ancak sözleşmeyle ya da taraflarla objektif ve somut bir bağlantısı olan hukuku seçebileceklerine, bu sebeple sözleşmeyle hiçbir bağlantısı olmayan bir hukuk seçiminin geçersiz sayılması gerektiğine ilişkin aksi yönde bir görüş için bkz Fleur Johns, 'Performing Part Autonomy' (2008) 71(3) Law And Contemporary Problems 243, 253. Amerikan hukukunda Restatement II § 187/2(a)'da da seçilen hukukun taraflar ve hukuki işleme maddi bir bağlantısı ya da tarafların seçiminin makul bir temelini olması gerektiği ifade edilmiştir. Konu hakkında ayrıca bkz Giesela Rühl, 'Party Autonomy In The Private International Law of Contracts, Transatlantic Convergence And Economic Efficiency' in Eckart Gottschalk, Ralf Michaels, Giesela Rühl and Jan von Hein (eds), Conflict of Laws In A Globalized World (Cambridge University Press 2007) 153, 160. Konuya ilişkin bir diğer sınırlama Roma I Tüzüğü md 3/3'de yer almaktadır. Buna göre, taraflarla ya da sözleşme konusuyla hiçbir ilgisi bulunmayan bir devlet hukukunun seçimi, sözleşmenin bağlantılı olduğu devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını bertaraf etmemelidir. Konu hakkında ayrıca bkz Stone, 300.

¹⁵² AB hukukunda Roma I Tüzüğü md 3/1'de de tarafların bir sözleşmenin herhangi bir bölümüne ya da tamamına uygulanacak hukuku seçebilecekleri hükme bağlanmıştır.

¹⁵³ Çelikel and Erdem, 386; Nomer, 321; Tekinalp and Uyanık, 279.

¹⁵⁴ Doğan, 408.

¹⁵⁵ Sargın, Patent, 204.

¹⁵⁶ Peter Nygh, *Autonomy In International Contracts* (1st, Oxford University Press 1999) 128; Aybay and Dardağan, 251; Sargın, Patent, 204.

Futbol menajerliği sözleşmesine uygulanacak hukukun seçim zamanı ise MÖHUK md 24/3 bağlamında açıklanabilir. Buna göre, hukuk seçiminin yapılma zamanı konusunda bir sınırlama yoktur. Dolayısıyla hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Bu bakımdan, taraflar sözleşme yapılırken hukuk seçimi anlaşması yapabilecekleri gibi, sözleşme kurulduktan sonra ve hatta mahkeme aşamasında bile bu hususta anlaşabilirler¹⁵⁷. Ancak sözleşmenin kurulması sonrasında yapılacak hukuk seçimi veya hukuk seçimi değişikliğinin, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla geçmişe etkili olarak geçerli kabul edileceği öngörülme suretiyle¹⁵⁸, hukuk seçimi anlaşmasına hiçbir dahli olmayan ancak sözleşmeden belli haklar elde eden veya borçlar yüklenen üçüncü kişiler korunmuş olmaktadır¹⁵⁹.

Uygulanacak hukukun seçiminde tarafların milli bir hukuk sistemi yerine, yukarıda açıkladığımız, milli bir karaktere sahip olmayan, uluslararası sportif ilişkileri düzenleyen kural olarak *lex sportiva*'yı tercih edip edemeyecekleri üzerinde de açıklama gerekir. MÖHUK md 24'te konuya ilişkin bir açık hüküm bulunmamaktadır¹⁶⁰. Bu sebeple, bir ülkede pozitif geçerliliği olmayan kuralların akit statüsü olarak seçilmesinin mevcut MÖHUK düzenlemesi dikkate alındığında mümkün gözükmediğine ilişkin doktrindeki genel eğilimden hareketle¹⁶¹, tarafların *lex sportiva* özelliği taşıyan UEFA veya FIFA'nın konuya ilişkin düzenlemelerini ya da CAS kararlarında benimsenen ilke ve kuralları uygulanacak hukuk olarak seçmeleri geçerli sayılmayacak olmakla beraber, *lex sportiva*'yı futbol menajerliği sözleşmesi hükümleri olarak sözleşmeye dâhil etmelerinde bir engel olmadığı kanısındayız. Dolayısıyla, akit tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri *lex sportiva* kuralları, MÖHUK md 24'te işaret edilen bir hukuk seçim anlaşması olmayıp, söz konusu kuralların sözleşme hükmü olarak aktarılması (*incorporation*) anlamına gelecektir¹⁶². Bu halde, mahkemeler, sportif hukuk düzeni olarak *lex sportiva*'yı uyuşmazlık bakımından uygulanacak milli hukukun emredici kurallarına aykırı olmamak kaydıyla uygulayabilirler¹⁶³.

¹⁵⁷ Hukuk seçimi anlaşmasının yapılma zamanına ilişkin tespitler için bkz Nygh, 99; Stone, 299; Fawcett and Carruthers, 692.

¹⁵⁸ Çelikel and Erdem, 386; Nomer, 321 ff; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 268. Benzer düzenlemeler karşılaştırmalı hukukta da kabul edilmiştir. Örneğin AB hukukunda Roma I Tüzüğü md 3/2'de hem şekli geçerlilik hem üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla her zaman için hukuk seçimi yapılabileceği veya değiştirilebileceği hükmüne bağlanmıştır: Stone, 299 ff; Fawcett and Carruthers, 694.

¹⁵⁹ Doğan, 408.

¹⁶⁰ Amerikan hukukunda Restatement II § 187/1-2'de taraflarca seçilecek hukukun yalnızca bir devlet hukuku olması gerektiği kabul edilmiştir: Ruhl, 164. Aynı şekilde AB hukukunda Roma I Tüzüğü'nde konuya ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, milli bir hukuk sistemi dışında hukuk seçiminde bulunulamayacağı kabul görmektedir: Fawcett and Carruthers, 699.

¹⁶¹ Doğan, 407; Nomer, 315; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 269. Aksi yönde görüş için bkz Musa Aygül, 'Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması' (2004) 12(3-4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45, 79; Sargın, Patent, 194.

¹⁶² Tarafların sözleşme serbestisi uyarınca yabancı hukuk kurallarını sözleşmeye dahil etmelerinin sözleşme hükmü niteliği taşıyacağına ilişkin genel tespitler için ayrıca bkz Nuray Ekşi, 'Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation' (1999-2000) 19(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan) 263, 266 ff (Incorporation). Milli olmayan bir hukukun incorporation yoluyla sözleşme hükmü olarak sözleşmeye nakli imkânının karşılaştırmalı hukukta da kabul gördüğüne ilişkin tespitler için ayrıca bkz Ruhl, 165; Fawcett and Carruthers, 699.

¹⁶³ Özdemir Kocasakal, Spor, 92.

Yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesine taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması ihtimalinde ise, uygulanacak hukuk, objektif bağlama kurallarını gösteren MÖHUK md 24/4'e göre tayin edilir. Buna göre, uyumsuzluk konusu sözleşmeden doğan ilişkiye o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk ise, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir¹⁶⁴. Ancak halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme bu hukuka tabi olur¹⁶⁵.

Bu açıklamalardan hareketle, futbol menajerliği sözleşmesine uygulanacak hukukun objektif bağlama kurallarına göre tayini gündeme geldiğinde, bu sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespitinde karakteristik edim borçlusu, sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyet gereği kurulan bir sözleşme olduğu dikkate alınarak yapılmalıdır¹⁶⁶.

¹⁶⁴ AB hukukunda Roma I Tüzüğü md 4/1'de sayılanlar dışında kalan veya bu katalogta sayılan sözleşmelerden birden fazlasının kapsamına giren sözleşmeler bakımından sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku tespitinde karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku esas alınmaktadır (md 4/2): Fawcett and Carruthers, 724; Stone, 309 ff. Amerikan hukukunda ise, Restatement II, objektif bağlama kuralının tespitinde yine sözleşmeyle ve taraflarla en sıkı ilişkiden hareket etmekle birlikte, karakteristik edim teorisini dikkate almadan bir belirlemeye gitmiştir. Buna göre, Amerikan hukukunda sıkı ilişkili hukukun uygulanması, mahkemelere incelenecek bazı irtibat noktalarının değerlendirilmesiyle gerçekleştirilmektedir. Başka bir ifadeyle, sözleşme ve taraflarla en sıkı ilişkiyi haiz hukuk konusunda, Restatement II § 291'deki hüküm gereğince § 6'nın sıraladığı faktörler ışığında bir değerlendirmeye gidilecektir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Gülin Güngör, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı (1st, Yetkin 2007) 44 ff. İlave olarak, sözleşmeyle ve taraflarla en sıkı ilişkili devletin hukuku tayin edilirken, Restatement II § 6/2'deki ilkeler esas alınmakla birlikte, § 188/2'deki irtibat noktalarının da dikkate alınması zorunludur. Buna göre en sıkı ilişkiyi gösteren bağlantılar olarak sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşme görüşmelerinin yapıldığı yer, ifa yeri, sözleşme konusunun bulunduğu yer, tarafların yerleşim yeri, mutad meskeni, vatandaşlığı, tüzel kişilik olması hâlinde kuruluş yeri ve işyeri sayılmıştır. Ancak bu bağlantı noktaları, sınırlı sayıda sayılmadığı için, bunlar dışında kalan, ancak sözleşme ve taraflarla en sıkı ilişkiyi haiz devlet hukukunun belirlenmesine kılavuzluk edecek diğer bağlantıların da dikkate alınmasında bir engel yoktur. Bu bakımdan, gerek § 188/2'de sayılan irtibat noktaları gerek bunlar dışında kalan ve hâkimce tespit edilecek hususlar, göreceli önemlerine göre dikkate alınmalıdır: Ole Lando, 'The American Choice of Law Principles And The European Conflict of Laws of Contracts' (1982) 30(1) The American Journal And Comparative Law 19, 28. Son olarak, Amerikan hukukunda, sözleşmenin müzakere yeri ile ifa yerinin aynı ülkede bulunması hâlinde, kural olarak bu ülkenin hukukunun uygulanacağı ayrıca hükme bağlanmıştır. Restatement II § 188/3'ün bu düzenlemesi, uygulanacak hukukun objektif bağlama kurallarına göre tayini bakımından genel karine şeklinde önemli bir istisna getirmiştir: Güngör, 42. Akit statüsünü düzenleyen İsviçre MÖHK md 117/1 de, hukuk seçiminin yapılmadığı hâllerde sözleşmenin, en sıkı ilişkili olduğu ülkenin hukukuna tâbi tutulmasını öngören bir içeriğe sahiptir. Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde karakteristik edim teorisi uyarınca bazı bağlama noktaları karine olarak sıralanmıştır (md 117/2). Buna göre, kural olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu devlet sözleşmeyle en sıkı ilişkili devlet olmakla birlikte, karakteristik edimi ifa edecek kişinin ticari veya mesleki faaliyet kapsamında iş yapması halinde işyerinin bulunduğu devlet esas alınarak sözleşmeyle en sıkı ilişkili devlet hukuku tayin edilir. Ayrıca bazı sözleşme tiplerinden, kanunda en sıkı ilişki gösterilmiştir (md 117/3 (c)). Ancak çeşitli hukuki ilişkiler bakımından sayılan karakteristik edim kataloğunda, menajerlik sözleşmesi yer almamaktadır. İsviçre hukukuna göre objektif bağlama kuralının tespiti hakkında ayrıca bkz Güngör, 169 ff.

¹⁶⁵ AB hukukunda Roma I Tüzüğü md 4/3 de bir kaçış hükmü öngörerek, md 4/1 ve md 4/2'ye göre tayin edilen ülkeye göre hâlin bütün şartlarından, sözleşmenin, açıkça bir başka ülke ile daha sıkı ilişkili olmasının tespiti hâlinde, sözleşmeyle daha sıkı ilişkili olan ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin bir istisna kuralına yer vermiştir. Roma I Tüzüğü md 4/4'de ayrıca, 1. fıkrada öngörülen kurallara veya karakteristik edime ilişkin kurala göre uygulanacak hukukun tespit edilememesi durumunda, sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukukun uygulanması hükme bağlanmıştır (md 4/4): Fawcett and Carruthers, 724; Stone, 317.

¹⁶⁶ Taraflarca akdedilen bir sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyet kapsamında kurulup kurulmadığı, bir vasıflandırma meselesidir. Uyumsuzluğa bakan hakim, söz konusu sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyet kapsamında yapılmadığını kural olarak lex fori vasıflandırma ile tespit etmelidir: Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, 282.

Zira yukarıda da vurgulandığı üzere futbol menajerliği sözleşmesi, ticari ve aynı zamanda mesleki faaliyet gereği kurulan¹⁶⁷ bir sözleşme özelliği göstermektedir¹⁶⁸. Buna göre, futbol menajeri ile futbolcu ya da kulüp arasında akdedilen sözleşmede karakteristik edim, başka bir ifadeyle sözleşmeyi karakterize eden, sözleşmeye adını veren, rizikolu olan edim; futbol menajerinin edimidir¹⁶⁹. Nitekim doktrinde de mesleki veya ticari faaliyet kapsamında kurulan sözleşmelerde karakteristik edimin, bu faaliyetler sonucu ortaya çıkan edim olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁰. Gerçekten de futbol menajerliği sözleşmesinde karakteristik edim borçlusunun tayininde bu sözleşmenin unsurları itibariyle hukuki niteliğini taşıdığı sözleşmelere göre belirleme yapıldığında bu sonuç aşîkârdır. Futbol menajerliği sözleşmesi simsarlık sözleşmesi özelliği gösteriyorsa simsar, komisyon sözleşmesi özelliği gösteriyorsa komisyoncu, danışmanlık sözleşmesi özelliği gösteriyorsa danışman, vekâlet sözleşmesi özelliği gösteriyorsa vekil karakteristik edim borçlusu sayılacağından¹⁷¹, MÖHUK md 24/4 uyarınca mesleki ve ticari faaliyet kapsamında menajerlik yapılması da dikkate alındığında, kural olarak futbol menajerinin sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, uygulanacak hukuku tayin eden bağlama noktası kabul edilmelidir. Dolayısıyla futbol menajerinin menajerlik işini yerine getirdiği yer, onun işyeri kabul edilmek suretiyle işyeri hukuku tespit edilmelidir¹⁷².

İlave olarak, futbol menajeri birden çok ülkede faaliyette bulunan bir kişi olarak birden fazla ülkede işyerine sahipse, MÖHUK md 24/4 gereğince, uyumsuzluk konusu futbol menajerliği sözleşmesiyle en sıkı ilişkili olduğu tespit edilen ülkedeki işyeri esas alınmalıdır. Buna karşın, futbol menajerinin mesleki ve ticari faaliyet kapsamında faaliyette bulunması nedeniyle işyerine sahip olması esas olmakla birlikte, işyerine sahip olmaması ihtimalinde, onun yerleşim yeri hukuku dikkate alınarak uygulanacak hukuk belirlenir (MÖHUK md 24/4).

¹⁶⁷ Türk hukukunda ticari iş kavramı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda (TTK) yapılmıştır. Buna göre, TTK'da kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari iş sayılır (md 3). Aynı şekilde, TTK md 19'da "bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır" hükmüne yer verilerek ticari iş karinesi getirilmiş, ancak gerçek kişi tacirin işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borcun adı sayılacağına işaret edilmiştir. İlave olarak, taraflardan yalnızca biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmelerde, kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılacağı hükme bağlanmıştır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Arkan, 64 ff.

¹⁶⁸ Aynı yönde bkz Petek, Menajer, 214. Genel olarak sportif özellikli ticari sözleşmeler bağlamında ayrıca bkz Özdemir Kocasakal, Spor, 170 ff.

¹⁶⁹ Karakteristik edimin tespitine ilişkin görüşler için ayrıca bkz Ziya Akıncı, Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk (1st, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1992, 31 ff (Taraf); Sibel Özel, 'Sözleşmesel İlişkide MÖHUK md 24/II'de Öngörülen Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi' 2002 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 577, 582; Tekinalp and Uyanık, 286 ff. Karakteristik edimin Türk hukuku bakımından ayrıntılı analizi için bkz Fügen Sargın, 'Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım' (2001) 50(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 77 ff (Edim).

¹⁷⁰ Akıncı, Taraf, 31; Özel, 591.

¹⁷¹ Nomer, 326; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 283; Çörtoğlu Koca, 250.

¹⁷² Türk hukukunda İş Kanunu md 2/1 uyarınca, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. Kanun koyucunun bu tanımlaması dışında, işyeri kavramını "mesleki faaliyetin yapıldığı yer" şeklinde dar anlamda tanımlayan bir görüş için bkz Işıl Özkan, Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi (1st, Naturel 2003) 45.

Son olarak belirtilmelidir ki, somut uyuşmazlık bakımından futbol menajerinin işyeri veya yerleşim yeri hukukuna göre daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilebiliyorsa bu hukuk uygulanır. Örneğin Türk vatandaşı bir futbol menajerinin işyeri yurt dışında olmasına karşın menajerlik faaliyetini büyük oranda Türkiye’de yerine getiriyor ve Türkiye’deki futbolcu ve kulüplere hizmet veriyorsa, bu durumda milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması amacıyla¹⁷³ MÖHUK md 24/4’ün öngördüğü istisna kuralı gereğince daha sıkı ilişkili olması gerekçesiyle Türk hukukunun uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

3. Uygulanacak Hukukun İş Sözleşmesi Statüsüne Göre Tespiti

Futbol menajerliği işinin karakteristik yapısına pek uymasa ve bu sebeple uygulamada örneklerine çok rastlanmamakla birlikte, FMÇT’de belirtildiği üzere tarafların futbol menajerliği sözleşmesini iş sözleşmesi unsurlarını vererek yapmalarında da bir engel yoktur. Böyle bir ihtimalde, futbol menajerliğinin belli bir ücret karşılığında mutlak bağımlılık unsurunu içerecek şekilde futbolcu ya da kulübün emir, talimat, denetim ve gözetiminde yapılması konusunda anlaşılması durumunda, yapılacak vasıflandırma iş sözleşmesine işaret edeceğinden, yabancı unsurlu söz konusu sözleşmeden doğacak bir uyuşmazlık genel akit statü değil, MÖHUK md 27’de özel olarak düzenlenen iş sözleşmesi statüsüne tabi olacaktır.

MÖHUK md 27/1 uyarınca, iş sözleşmesi unsurları verilerek yapılmış yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığa uygulanacak hukuku taraflar seçebilir. Ancak taraflarca seçilen hukukun uygulanması bakımından işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklıdır. Bu sebeple, seçilen hukukun maddi hukuk düzenlemelerinde, işçi özelliği öngörülerek sözleşmeye taraf olan futbol menajerinin mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyan hükümlerine göre işçinin aleyhine olan hükümler bulunmamalıdır¹⁷⁴. Böylece hukuk seçimi yokluğu halinde iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirleyecek olan objektif bağlama kuralının yani işçinin mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyan hükümleri, hukuk seçiminin asgari sınırını oluşturur¹⁷⁵. Bu sebeple taraflarca seçilen hukukun hükümleri işçiyi mutad işyeri hukukunun hükümlerinden daha iyi koruduğu ölçüde geçerli sayılır. Aksine, tarafların seçtiği hukukun hükümleri işçinin mutad işyeri hukukuna göre işçi bakımından aleyhte ise, tarafların seçtikleri hukuk geçersiz sayılarak objektif bağlama kuralı uygulanacaktır.

MÖHUK md 27/1 uyarınca yapılabilecek olan hukuk seçiminin yapılma şekli bakımından kanun koyucu bir açık hükme yer vermemiş olmakla birlikte, doktrinde de

¹⁷³ Akıncı, Taraf, 47; Tekinalp and Uyanık, 288.

¹⁷⁴ İş sözleşmesi de dahil olmak üzere zayıf akit tarafın bulunduğu sözleşmelerde onları korumak amacıyla hukuk düzenlerinde hukuk seçimi anlaşmasına bazı sınırlamalar getirildiğine ilişkin ayrıca bkz Nygh, 69.

¹⁷⁵ Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, 291; Çelikel and Erdem, 418; Doğan, 430; Elçin, 70.

belirtildiği üzere işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma hukuk seçiminin asgari sınırını oluşturarak işçi bakımından koruyucu bir şart olduğundan, hukuk seçiminin açık veya zımni olması mümkün görülebilir¹⁷⁶. Dolayısıyla futbol menajerliği sözleşmesine uygulanacak hukuk açıkça seçilebileceği gibi, sözleşme hükümlerinden veya halin icabından tereddütsüz tespit edilebilen zımni hukuk seçimi de geçerli sayılmalıdır.

Taraflarca uygulanacak hukukun seçilmemesi durumunda ise, iş sözleşmesine uygulanacak hukuk, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukukudur (MÖHUK md 27/2). Bu bakımdan, iş sözleşmesi niteliği verilen bir futbol menajerliği sözleşmesinden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemesi durumunda, objektif bağlama kuralı olarak, işçi sıfatıyla hareket eden futbol menajerinin menajerlik işini mutad olarak yürüttüğü işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.

İlave olarak belirtilmelidir ki, futbol menajerinin, bir ülkedeki işyerinde düzenli olarak çalışırken başka bir ülkeye geçici olarak giderek menajerlik yapmaya başlaması halinde, burası onun mutad işyeri sayılmaz. Zira MÖHUK md 27/2’de vurgulandığı üzere, işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz. MÖHUK md 27/3’te ayrıca, işçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması halinde iş sözleşmesine uygulanacak hukukun işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla, futbol menajerinin işi gereği birden çok ülkede menajerlik faaliyetinde bulunduğu bir ihtimalde, uygulanacak hukukun tespitinde esas alınacak olan bağlama noktasının tayininde, futbol menajerinin işvereni konumunda hareket eden futbolcu ya da kulübün esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku esas alınacaktır.

Son olarak, kanun koyucu, somut uyuşmazlık bakımından futbol menajerliği sözleşmesiyle MÖHUK md 27/2-3’te öngörülen bağlama kurallarının işaret ettiği hukuka göre daha sıkı ilişkili bir hukuk mevcutsa bu hukukun uygulanabilmesine imkan veren bir istisna kuralı getirmiştir. Zira halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye MÖHUK md 27/2-3 hükümleri uygulanmayıp, işçinin korunması düşüncesinden hareketle, iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili olduğu tespit edilen hukukun uygulanması hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır (MÖHUK md 27/4).

4. Kamu Düzeni Müdahalesi

MÖHUK md 5 uyarınca, yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine¹⁷⁷ açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm

¹⁷⁶ Çelikel and Erdem, 418; Elçin, 78; Nomer, 339.

¹⁷⁷ Türk kamu düzeni kavramının içeriğinin belirlenmesinde Yargıtay’ın 10.12.2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında (2010/1 E, 2012/1 K) yapılan kamu düzeni tanımlaması önemlidir. Buna göre, Türk hukukunun temel değerleri, Türk genel adap ve ahlak anlayışı, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışı, Türk kanunlarının dayandığı genel siyaset,

uygulanmaz, gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır. Kamu düzeni müdahalesi sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde ekseriyetle zayıf akit tarafın korunması bağlamında ortaya çıktığından, yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesi de dâhil olmak üzere bu konuda kamu düzeni müdahalesine nadiren rastlanmaktadır¹⁷⁸. Dolayısıyla kamu düzeni müdahalesinin münhasıran futbol menajerliği sözleşmesine özgü bir uygulaması yoktur. Genel olarak sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından kamu düzeni müdahalesine maruz kalacak durumlar, somut olayın özelliklerine göre, futbol menajerliği sözleşmesi bakımında da geçerli olacaktır. Örneğin futbol menajerliği sözleşmesi sona erdikten sonra makul bir süreyi aşacak şekilde başka bir futbolcu ya da kulüple sözleşme yapmama yasağı getiren yabancı bir hukuk düzenlemesinin Türk kamu düzenini ihlal ettiği söylenebilir¹⁷⁹. Böyle bir ihtimalde, akit statüsünün işaret ettiği yetkili yabancı hukuk değil, Türk hukukunun uygulanması söz konusu olacaktır.

5. Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi

Devletlerin ekonomik, sosyal, siyasi, kültürel ve toplumsal yapılarının korunması gereği olarak getirdiği doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyan düzenlemeler¹⁸⁰, uyuşmazlığın yabancı unsurlu olup olmadığı fark etmeksizin uygulanacağından, bu anlamda Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanına giren konularda akit statüsünün uygulanmasını engelleyecektir. Bu çerçevede, yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır (MÖHUK md 6). Dolayısıyla, Türk hukukundaki bu nitelikteki kurallar dikkate alınarak uyuşmazlık çözümleneceğinden, yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesine uygulanacak hukukun tayininde Türk hukukunda bulunan doğrudan uygulanan kural, Türk kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmaksızın uygulanacaktır.

Spor, kamu hizmeti sayılmasından dolayı devletin örgütlenmesi içinde yer alır. Bu sebeple, bu alanda kültürel yapıyı ve kamu sağlığını korumaya yönelik düzenlemelerin bazılarının kamu hukuku nitelikleri nedeniyle doğrudan uygulanan kural olduğu kabul edilmektedir¹⁸¹. Buna karşın sözleşme hukukuna özgü doğrudan

Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetler, milletlerarası alanda geçerli olan ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet ilkesine dayanan kurallar, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensipleri, toplumun medeniyet seviyesi, siyasi ve ekonomik rejim, insan hak ve hürriyetleri kamu düzeni çerçevesinde geniş bir anlayışla sayılmıştır: RG 20.09.2012/28417

¹⁷⁸ Teorik olarak, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak yetkili yabancı hukukun Türk kamu düzenini açıkça ihlal etmesi ihtimalinin olduğuna doktrininde de işaret edilmiştir: Cemile Demir Gökyayla, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni (1st, Seçkin 2001) 393.

¹⁷⁹ Doktrinindeki benzer örnekler için ayrıca bkz Aybay and Dardağan, 125.

¹⁸⁰ Doğrudan uygulanan kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Hatice Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri (1st, Mat 2001) 8 ff (Doğrudan).

¹⁸¹ Nihan Esental, 'Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamasının Türk Hukuku ve CAS Kuralları Açısından Karşılaştırılması' (2014) 4(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 149, 154.

uygulanan kuralların, futbol menajerliği sözleşmesi bakımından özellik arz eden bir yönü bulunmamaktadır. Zaten futbol menajerliği sözleşmesi gibi spor hukukuna özgü sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde özel hukuk nitelikli uyuşmazlıklar bakımından doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyan kurallara pek rastlanmaz¹⁸². Ancak futbol menajerliğine ilişkin Türk hukukundaki çeşitli düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığı söylenebilir. Belirtilmelidir ki, doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyan düzenlemelerin kaynağının kanun hükmü yerine ulusal federasyonların çıkardığı bir talimat veya diğer alt düzenlemelerin olmasının doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi bakımından bir önemi yoktur¹⁸³. Böyle bir kabulde, futbol menajerliği faaliyetinin işlemsel hacmi ve menajerlik faaliyetinden yararlanacak olanların korunması düşüncesi etkili olmakta, ayrıca bu amaç, ülke ekonomisini de doğrudan ilgilendirmektedir¹⁸⁴.

Bu bağlamda, futbol menajerliği sözleşmesi yapma ehliyetini sınırlandıran nitelikli bir hükmün doğrudan uygulanan kural özelliği gösterdiği kanısındayız. Örneğin FMÇT md 4/1 uyarınca Türkiye’de futbol menajerliği yapacak kişinin yabancı olması durumunda Türkiye’de yasal yerleşim yerine ve çalışma iznine sahip olması şart koşulmaktadır. Böyle bir düzenleme, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralı olarak dikkate alınmalıdır. Zira yabancı futbol menajerlerinin Türkiye’de faaliyette bulunabilmeleri ve sözleşme akdedebilmeleri için çalışma izninin şart koşulması¹⁸⁵, Türkiye’de menajerlik yapacak yabancıların ve faaliyetlerinin kontrol altına alınmasını sağlayacağı gibi çalışma hayatı düzeninin korunmasıyla devletin ekonomik ve sosyal yapısının da muhafaza edilmesini sağlayacaktır¹⁸⁶.

Aynı şekilde, futbol menajerliği sözleşmesine taraf olabilecek kişilerden biri olan futbolcular bakımından FMÇT md 14/7’de doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyan bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, futbol menajerlerinin on beş yaşını doldurmamış küçük futbolcular ile sözleşme imzalaması ve bunlar adına menajerlik faaliyetinde bulunmaları yasaktır. Böylece kanun koyucu futbol menajerliği sözleşmesine taraf olma bakımından asgari bir yaş sınırı getirerek, küçüklerin korunması ilkesine uygun bir düzenlemeye yer vermiştir¹⁸⁷.

¹⁸² Erten, 262.

¹⁸³ Erten, 256.

¹⁸⁴ Konuya ilişkin genel bir tespit için bkz Özdemir Kocasakal, Doğrudan, 127.

¹⁸⁵ Yabancıların çalışma iznine tabi tutulmasının hem işçiyi koruyucu hem devletin ekonomik, siyasi ve sosyal düzenini korunmasına hizmet edeceğine ilişkin bir tespit için bkz Elçin, 168 ff.

¹⁸⁶ Devletin ülkesinde bulunan yabancıları etkin şekilde kontrol etmek, kendi vatandaşlarının menfaatlerini korumak ve ülkede hakim olan çalışma rejiminin tutarlı bir şekilde uygulanmasını temin etmek suretiyle devletin ekonomik ve sosyal politikasına yönelik amaçları doğrultusunda koyduğu kurallardan biri olan sözleşme yapma ehliyetini sınırlandıran hükümleri doğrudan uygulanan kural olarak addeden yabancılara özgü benzer örnekler için bkz Özdemir Kocasakal, Doğrudan, 143 ff.

¹⁸⁷ İş sözleşmesi örneğinde olduğu gibi bazı sözleşmeler bakımından asgari yaş sınırının getirilerek küçüklerin çalışma hayatının ağır koşullarından korunması ve fiziksel ve ruhsal gelişmelerinin sağlanmasının amaçlandığına ilişkin tespitler için bkz Özdemir Kocasakal, Doğrudan, 145.

Devletin, ekonomik veya sosyal bir politikasının etkinliğini temin etmek amacıyla getirdiği, özellikle de ülkede gerçekleştirilen ekonomik faaliyetler hakkında bilgi edinilmesine ve etkin denetimin sağlanmasına hizmet eden doğrudan uygulanan kurallar arasında sözleşmenin şekil şartlarına ilişkin hükümler de vardır. Örneğin bir işin yapılması için emredici şekilde belli makamdan izin, onay, lisans, ruhsat alınması veya tescil yapılmasının öngörülmesi, devletin ekonomik menfaatlerine hizmet eden doğrudan uygulanan kurallar olarak kabul edilmektedir¹⁸⁸. Bu amaç bağlamında, FMÇT md 3/3’de futbol menajerinin faaliyette bulunabilmesi için öngörülen şartları sağlamış olmak şartıyla TFF’ye tescil edilmiş olması; md 11/2’de TFF’den lisans almamış olan futbol menajerlerinin FIFA’ya bağlı başka bir ulusal federasyondan lisans almış olması veya FIFA’ya bağlı bir federasyona tescil edilmiş en az bir sözleşme yaptığını belgelemesi zorunluluğunun getirilmesine ilişkin düzenlemenin doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyıp taşımadığı tartışılabilir. Her ne kadar söz konusu düzenlemeler, futbol alanında menajerlik faaliyetinin yürütülmesini kontrol altına alarak etkin denetim sağlanmasını, aynı zamanda da aleniyet ve hukuki güvenliğin temin edilmesini amaçlamakla birlikte, yukarıda da açıklandığı üzere, bu şartların ihlal edilmesi durumunda yapılan futbol menajerliği sözleşmesi geçerli kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle lisanslı olmayan futbol menajeriyle yapılan sözleşme sonrasında taraflara disiplin cezaları verilmekte aynı zamanda TFF nezdinde hak talebinde bulunulamayacağı kabul edilmektedir. Bu sebeple, futbol menajerliği gibi sadece futbol alanında sınırlı bir düzenlemenin ihlalinin tüm toplumun menfaatini zedeleyeceğini söylemek gerçekçi olmayacağından ve bu ihlal sonucunda ortaya çıkan futbol alanındaki düzensizliği verecek disiplin cezaları gidermeye hizmet edecek nitelikte olduğundan¹⁸⁹, söz konusu düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığı sonucuna varılamayacağı kanısındayız.

Futbol menajerliği sözleşmesinin iş sözleşmesi unsurları verilerek akdedilmesi ihtimalinde, işçinin korunmasına yönelik kabul edilen bazı doğrudan uygulanan kuralların bu çerçevede hüküm ifade edip etmeyeceği üzerinde de durulmalıdır. Gerçekten de Türk hukukunda işçinin korunmasına yönelik bazı düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁰. Buna karşın, futbol menajerliği sözleşmesinin atipik iş sözleşmesi özelliği gösterdiğine ilişkin tespitten hareketle, futbol menajerinin klasik bir işçiye oranla sahip olduğu ekonomik ve şahsi avantajlı pozisyon dikkate alınarak işçinin korunmasına yönelik düzenlemelerin

¹⁸⁸ Sözleşmelerin belli bir sicile kaydedilme zorunluluğunun öngörülmesi konusunda aynı yönde bkz Özdemir Kocasakal, Doğrudan, 152 ff. Sportif alanda faaliyette bulunabilmeyi lisans almaya bağlayan düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığına ilişkin bir görüş için bkz Erten, 256.

¹⁸⁹ Petek, Menajer, 206.

¹⁹⁰ İş hukukuna ilişkin olarak işçinin işverene karşı korunmasına yönelik getirilen ancak devletin ekonomik ve sosyal düzeninin de bir gereği, bazı doğrudan uygulanan kurallar olabilir. Örneğin, işin yapıldığı ülke Türkiye ise, Türk hukukunda öngörülen asgari ücretin altında bir ücretin ya da asgari kıdem tazminatının altında bir tazminatın sözleşmede kararlaştırılmaması, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralı olarak yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan konuya ilişkin bir uyumsuzluk bakımından uygulanır. İş sözleşmesi kaynaklı uyumsuzluklarda doğrudan uygulanan kurallar için bkz Özdemir Kocasakal, Doğrudan, 107 ff; Elçin, 165 ff.

doğrudan uygulanan kural niteliği hakkında sonuca gidilmesi gerekir¹⁹¹. Zira asgari ücretle çalışan bir işçi ile yüksek bedelli transfer ücretlerinde kayda değer oranda ücret alan bir futbol menajerinin aynı kefeye konularak, Türk hukukundaki iş sözleşmesi kaynaklı her doğrudan uygulanan kuralın futbol menajerliği sözleşmesinden doğan talepler bakımından da hüküm ifade ettiğini söylemek adilane olmasa gerekir. Bu sebeple, futbol menajerinin sahip olduğu statü dikkate alınarak somut olay bazında bir değerlendirmeye gidilerek FIFA Aracı Talimatı ve FMÇT'nin futbol menajerliğine ilişkin özel hükümlerinin esas alınması, dolayısıyla İş Kanunundaki¹⁹² işçiyi koruyucu hükümlerin esnek bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği kanısındayız¹⁹³.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralı ise, Türk mahkemelerinde MÖHUK md 31 çerçevesinde dikkate alınabilir. Buna göre, sözleşmeden doğan ilişkinin tabi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Bu kurallara etki tanımak ve uygulamayı uygulamamak konusunda kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır. Bu bakımdan, Türk mahkemelerinde, yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık bakımından da üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulması mümkündür. Futbol menajerliği sözleşmesiyle sıkı ilişkili olması şartıyla, *lex causae*'nin işaret ettiği hukuk dışında kalan¹⁹⁴ yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının hakimnin takdirine bağlı olarak dikkate alınabilmesi ihtimali vardır¹⁹⁵. Bu anlamda, üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının sözleşmeden doğan borç ilişkileri kapsamında kalan yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesi bakımından uygulanabilmesi, akit statüsüne tabi diğer sözleşmelerle aynı hüküm ve sonuçlara tabidir.

Sonuç

Günümüz spor dünyasında menajerlik hizmetinden sıklıkla yararlanılmaktadır. Profesyonel futbolda, futbolcu ve kulüplerin çoğunlukla futbol menajerleriyle çalıştıkları görülmektedir. Türk hukukunda futbol menajerliği, 2015 tarihli FMÇT hükümleriyle düzenlenmektedir.

Futbol menajeri ile futbolcu veya kulüp arasında akdedilen yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, mahkemeler yanında

¹⁹¹ Profesyonel futbolcu sözleşmesinin iş sözleşmesi niteliği taşımasına rağmen, işçinin korunması ilkesinin profesyonel futbolcu sözleşmesi bakımından uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin tartışma ve tespitler için ayrıca bkz Yılmaz, 10 ff.

¹⁹² Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134.

¹⁹³ Profesyonel futbolcu sözleşmesi özelinde benzer tespitler için ayrıca bkz Yılmaz, 13.

¹⁹⁴ *Lex causae*'nin yabancı hukuk olması halinde de bu hukuk düzeninde yer alan doğrudan uygulanan kurallar MÖHUK md 2/1 gereğince yetkili yabancı hukukun bir parçası olarak dikkate alınacaktır: Doğan, 422.

¹⁹⁵ Konuya ilişkin genel tespitler için bkz Mustafa Erkan, 'MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanabilir Kurallara Bakış', (2011) 15(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81, 105 ff.

ulusal veya uluslararası federasyonların kurulları ve tahkim yolunda hakemler tarafından belli koşullar altında çözümlenebilmektedir. Türk hukukunda yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar, adli yargı ilk derece mahkemelerinde dava konusu edilebileceği gibi, taraflar arasında CAS'ın yetkisini öngören bir tahkim anlaşması bulunması koşuluyla olağan tahkim usulü kapsamında CAS'a götürülebilecektir. Bununla birlikte, TFF Statüsü md 63/3'teki ulusal ihtilaflarda TFF, uluslararası ihtilaflarda ise FIFA'nın yetkili olduğunu belirten hüküm dikkate alındığında, futbolla ilgili sözleşmesel uyuşmazlıklar bakımından 2 Mart 2019 tarihi itibarıyla ihtiyari hakem kurulu olarak görev yapmaya başlayan TFF'nin ilk derece hukuk kurullarından biri olan UÇK yalnızca ulusal nitelikli ihtilaflarda yargı yetkisine sahip olup, yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığın taraflarca UÇK'ya götürülmesi mümkün değildir.

Yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesine uygulanacak hukukun tayini konusu, uyuşmazlığın Türk mahkemelerinde dava konusu edilmesi veya CAS'a götürülmesi ihtimaline göre açıklanmalıdır. Uyuşmazlığın taraflarca yapılan tahkim anlaşması sebebiyle CAS'a götürülmesi durumunda, CAS hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına hangi kuralları uygulayacağı CAS Spor Tahkim Kodu R45'te açıklanmıştır. Buna göre, CAS hakem heyeti, uyuşmazlığın esasına taraflarca tahkim şartında veya tahkim anlaşmasında seçilen hukuk kurallarını, böyle bir seçimin yapılmaması halinde ise İsviçre hukukunu uygular. Taraflar hakem heyetine hakkaniyete göre karar verme yetkisi de tanıyabilirler.

Yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık Türk mahkemelerinde dava konusu edilmişse, hâkim, Türk hukukuna göre yaptığı vasıflandırma neticesinde futbol menajerliği sözleşmesinin unsurlarını dikkate alarak yapacağı hukuki nitelendirmeye göre MÖHUK'taki bağlama kurallarını uygulayarak yetkili hukuku tespit eder. Futbol menajerliği sözleşmesinin hangi unsurlara sahip olması gerektiğini gösteren bir kanuni düzenleme yoktur. Buna karşın borçlar hukukunda sözleşme serbestisi ilkesi geçerli olduğundan, tarafların kanunda düzenlenen sözleşme türlerinden ayrı yeni bir sözleşme tipi oluşturmalarında da bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla, futbol menajerliği sözleşmesinin karma sözleşme tiplerinden biri olarak, özelliğini taşıdığı çeşitli sözleşmelere özgü unsurlara sahip olması yeterlidir. Bu sebeple, taraflarca futbol menajerliği sözleşmesine; iş sözleşmesi, komisyon sözleşmesi, danışmanlık sözleşmesi, simsarlık sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ve benzeri sözleşme türlerinin özellikleri verilebilir. Nitekim FMÇT md 13/1'de de, futbolcu ve kulüplerin, şeffaflık gereği, akdettikleri menajerlik sözleşmesinde menajerle girdikleri kanuni ilişkinin hukuki niteliğini, başka bir ifadeyle bu ilişkinin bir hizmet mi, danışmanlık mı, temsil mi veya başka bir kanuni ilişki mi olduğunu belirlemekle yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır.

MÖHUK'ta genel olarak sportif uyuşmazlıklara özel olarak da futbol menajerliği sözleşmesine uygulanacak hukuku tayin eden bir bağlama kuralı bulunmamaktadır. Bu sebeple, futbol menajerliği sözleşmesi, bu sözleşmenin taraflarca üzerinde anlaşılın unsurları esas alınarak yapılacak vasıflandırma neticesinde MÖHUK'daki ilgili bağlama kuralı tespit edilecektir. Futbol menajerliği sözleşmesi, hangi sözleşmenin unsurları esas alınarak yapılmışsa, sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tayini de ilgili akit statüsüne göre gerçekleştirilir. Buna göre, tarafların futbol menajerliği sözleşmesine iş sözleşmesi özelliği vermesi halinde uygulanacak hukuk MÖHUK md 27; danışmanlık, komisyon, simsarlık, vekâlet sözleşmesi özelliği vermesi ihtimalinde ise MÖHUK md 24'e göre tayin edilir.

Yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesine uygulanacak hukukun genel akit statüsünü düzenleyen MÖHUK md 24'e göre tayin edilmesi durumunda, kanun koyucu taraflara aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukukun tayini noktasında hukuk seçimi imkânı tanımıştır. Futbol menajerliği sözleşmesine taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması ihtimalinde ise, uygulanacak hukuk, objektif bağlama kurallarını gösteren MÖHUK md 24/4'e göre belirlenir. Buna göre, futbol menajerliği sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukukun tespitinde karakteristik edim borçlusu, bu sözleşmenin ticari ve mesleki faaliyet gereği kurulan bir sözleşme olduğu dikkate alınarak yapılmalıdır. Futbol menajeri ile futbolcu ya da kulüp arasında akdedilen sözleşmede karakteristik edim, futbol menajerinin edimidir. Dolayısıyla, kural olarak futbol menajerinin sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, işyeri yoksa yerleşim yeri uygulanacak hukuku tayin eden bağlama noktası kabul edilmelidir. Ancak somut uyuşmazlık bakımından futbol menajerinin işyeri veya yerleşim yeri hukukuna göre daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilebiliyorsa bu hukuk uygulanmalıdır.

Tarafların futbol menajerliği sözleşmesini iş sözleşmesi unsurlarını vererek yapmaları ihtimalinde ise, uygulanacak hukuk MÖHUK md 27 uyarınca tespit edilmelidir. Bu doğrultuda yapılmış yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığa uygulanacak hukuku taraflar seçebilir. Ancak taraflarca seçilen hukukun uygulanması bakımından işçinin, bir başka ifadeyle futbol menajerinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklıdır. Taraflarca uygulanacak hukukun seçilmemesi durumunda ise, uygulanacak hukuk, MÖHUK md 27/2 gereğince futbol menajerinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku olacaktır. Buna karşın, halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun tespiti halinde futbol menajerliği sözleşmesine daha sıkı ilişkili olduğu tespit edilen hukukun uygulanması hususunda mahkemenin takdir yetkisi bulunmaktadır.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

- Akıncı Z, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri* (1st, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1996) (İnşaat).
- Akıncı Z, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (1st, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1992 (Taraf).
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (18th, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2013).
- Aybay R and Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfı)* (2nd, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınevi 2008).
- Aygül M, 'Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması' (2004) 12(3-4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45-85.
- Blackshaw I, 'The Court of Arbitration for Sport: An International Forum for Setting Disputes Effectively 'Within The Family of Sport'' (2003) 2(2) Entertainment and Sports Law Journal 61-83.
- Bozkurt MN, 'Spor Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Milletlerarası Spor Tahkim Mahkemesi' (2010) (2) Ankara Barosu Dergisi 165-190.
- Casini L, 'The Making of A Lex Sportiva by The Court of Arbitration for Sport' (2011) (3-4) The International Sports Law Journal 21-28.
- Cem Ç, *Profesyonel Futbolcu Transfer Sözleşmesi* (1st, On İki Levha 2012).
- Coccia M, 'International Sports Justice: The Court of Arbitration for Sport' (2013) (1) European Sports Law and Policy Bulletin 23-76.
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th, Beta 2017).
- Çörtoğlu Koca S, 'Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk' (2007) 11(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 233-257.
- Demir Gökyayla C, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni* (1st, Seçkin 2001).
- Demirkol B, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (2nd, Vedat 2014).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th, Savaş 2019).
- Doğu HM, 'Futbolcu Menajerliği Sözleşmesi' (2015) (3) Ankara Barosu Dergisi 379-396.
- Ekşi N, 'Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation' (1999-2000) 19(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan) 263-291 (Incorporation).
- Ekşi N, *Spor Tahkim Hukuku* (1st, Beta 2015) (Spor).
- Elçin D, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk* (1st, Adalet 2012).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (9th, Beta 2006).
- Erkan M, 'MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış', (2011) 15(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81-121.
- Erkiner K, *Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi-CAS* (1st, Nobel 2006).
- Ertaş Ş and Petek H, *Spor Hukuku* (2nd, Yetkin 2011).
- Erten R, *Milletlerarası Özel Hukukta Spor* (1st, Adalet 2007).
- Esen E, 'Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı' (2002) 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 183-206.

- Esendal N, 'Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamasının Türk Hukuku ve CAS Kuralları Açısından Karşılaştırılması' (2014) 4(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 149-174.
- Fawcett J and Carruthers JM, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law* (14th, Oxford University Press 2008).
- FitzGerald MK, 'The Court of Arbitration for Sport: Dealing With Doping And Due Process During The Olympics' (2000) 7 Sports Lawyers Journal 213-242.
- Foster K, 'Lex Sportiva And Lex Ludica: The Court Of Arbitration For Sport's Jurisprudence' (2006) (January) Entertainment And Sports Law Journal 1-14.
- Gardiner S and Felix A, 'Juridification of The Football Field: Strategies for Giving Law The Elbow' (1995) 5(2) Marquette Sports Law Journal 189-219.
- Gilson ET, 'Exploring The Court of Arbitration for Sport' (2006) 98(3) Law Library Journal 503-514.
- Gülşen R, *Spor Hukuku* (2nd, Adalet 2013).
- Güngör G, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı* (1st, Yetkin 2007).
- Gürten K and Baştürk F, 'Futbolda Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Yargı Mercii Sorunu' in Çağlar Tacar (ed), *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. İsmail İnan Armağanı* (Salmat 2013) 397-424.
- Haemmerle CL, 'Choice of Law In The Court of Arbitration for Sport: Overview, Critical Analysis And Potential Improvements' (2013) 13 International Sports Law Journal 299-328.
- Huysal B, *Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk* (1st, On İki Levha 2015).
- İmamoğlu O, Kılıçgil E and Şahin M, 'Türkiye'de Futbolcu Temsilciliği ve Futbolcu İlişkisi' (2007) 5(3) Spormetre Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi 129-133.
- Johns F, 'Performing Part Autonomy' (2008) 71(3) Law And Contemporary Problems 243-271.
- Kane D, 'Twenty Years On: An Evaluation of The CAS' (2003) 4(2) Melbourne Journal of International Law 611-636.
- Kelly S and Chatziefstathiou D, 'Trust me I am a Football Agent' The Discursive Practices of The Players Agents in (un) Professional Football' (2017) Sport in Society 1-15.
- Kirwan S, 'Levelling The Playing Field? Remuneration Caps, EU Competition Law and Article 7(3) of The FIFA Regulations on Working with Intermediaries' (2016) 15(1) Hibernian Law Journal 43-64.
- Küçükgüngör E, 'Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri' (2004) (4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 47-76 (Spor).
- Küçükgüngör E, 'Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Milletlerarası Tahkim' (2004) 53(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-32 (Tahkim).
- Lando O, 'The American Choice of Law Principles And The European Conflict of Laws of Contracts' (1982) 30(1) The American Journal And Comparative Law 19-35.
- Mclaren RH, 'Introducing The Court of Arbitration for Sport: The Ad Hoc Division at The Olympic Games' (2001) 12(1) Marquette Sports Law Review 515-542.
- Nafziger JAR, 'International Sports Law As A Process For Resolving Disputes' (1996) 45(1) International And Comparative Law Quarterly 130-149 (Disputes).
- Nafziger JAR, 'Lex Sportiva' (2004) (2) The International Sports Law Journal 3-8 (Lex sportiva).
- Nafziger JAR, 'International Sports Law: A Replay of Characteristics and Trends' (1992) 86(3) The American Journal of International Law 489-518 (Trends).

- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (21st, Beta 2015).
- Nygh P, *Autonomy In International Contracts* (1st, Oxford University Press 1999).
- Oğuzman, MK and Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (10th, Vedat 2012).
- Oruç M, ‘Spor Tahkim Mahkemesi’nin (CAS) Del Bosque vs. Beşiktaş AŞ Uyuşmazlığına İlişkin Vermiş Olduğu Kararın İncelenmesi’ (2011) (92) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 350-376.
- Oschütz F, ‘Harmonization of Anti Doping Code Through Arbitration: The Case Law of The Court of Arbitration for Sport’ (2002) 12(2) Marquette Sports Law Review 675-702.
- Özdemir MS, ‘Türkiye Futbol Federasyonu ve Türkiye Basketbol Federasyonu’nda Sporcu Temsilciliği Düzenlemelerinin İncelenmesi’ in Çağlar Tacar (ed), *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. İsmail İnan Armağanı* (Salmat 2013) 559-659.
- Özdemir Kocasakal H, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (1st, Mat 2001) (Doğrudan).
- Özdemir Kocasakal H, *Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)* (1st, Vedat 2013) (Spor).
- Özel S, ‘Sözleşmesel İlişkide MÖHUK md 24/II’de Öngörülen Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi’ 2002 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan) 577-617.
- Özkan I, *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi* (1st, Naturel 2003).
- Özkurt ME, ‘Futbolda Sporcu Temsilciliği’ (2007) İstanbul Barosu Dergisi (Spor Hukuku Özel Sayısı) 77-91.
- Petek H, *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi* (1st, Yetkin 2002) (Futbolcu).
- Petek H, ‘Lisanslı Olmayan Futbol Menajeriyle Yapılan Sözleşmenin Geçerliliği’ (2017) (1) Ankara Barosu Dergisi 183-214 (Menajer).
- Poroy R and Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku* (16th, Vedat 2017).
- Reilly L, ‘An Introduction to The Court of Arbitration For Sport (CAS) & The Role of National Courts in International Sports Disputes, A Symposium’ (2012) (1) Journal of Dispute Resolution 63-81.
- Ruhl Giesela, ‘Party Autonomy In The Private International Law of Contracts, Transatlantic Convergence And Economic Efficiency’ in Eckart Gottschalk, Ralf Michaels, Giesela Rühl and Jan von Hein (eds), *Conflict of Laws In A Globalized World* (Cambridge University Press 2007) 153-183.
- Sargın F, ‘Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım’ (2001) 50(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37-95 (Edim).
- Sargın F, *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk* (1st, Turhan 2002) (Patent).
- Stone P, *EU Private International Law* (2nd, Edward Elgar 2010).
- Süzek S, *İş Hukuku* (12th, Beta 2016).
- Şanlı C, Esen E and Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th, Vedat 2018).
- Tarman ZD, ‘Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk’ (2010) 59(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521-550.
- Tekinalp G and Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th, Vedat 2016).
- Tiryakioğlu B, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk* (1st, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996).

Topuz G, ‘Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Yargı Yetkisi Üzerine Düşünceler’ (2017) 19 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan) 1901-1926.

Yılmaz AÇ, *FIFA ve CAS Kuralları Çerçevesinde Uluslararası Nitelikli Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Feshi* (1st, On İki Levha 2017).

Zhang M, ‘Contractual Choice Of Law In Contracts Of Adhesion and Party Autonomy’ (2008) 41(1) Akron Law Review 122-173.

<[<http://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=\(Title%3A%222008%2FO%2F1455%22\)>](http://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=(Title%3A%222008%2FO%2F1455%22))>

<[<http://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=\(Title%3A%222003%2FO%2F482%22\)>](http://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=(Title%3A%222003%2FO%2F482%22))>

<[https://www.uefa.com/insideuefa/about-uefa/>](https://www.uefa.com/insideuefa/about-uefa/)

<[<http://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=\(Title%3A%222007%2FO%2F1310%22\)>](http://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=(Title%3A%222007%2FO%2F1310%22))>

<https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2019__en_.pdf>

<<http://www.tff.org/default.aspx?pageID=829&ftxtID=9530>>

<<http://www.tff.org/default.aspx?pageID=829&ftxtID=9068>>

<<http://www.tff.org/default.aspx?pageID=829&ftxtID=9068>>

<<https://www.fifa.com/associations/>>

<https://resources.fifa.com/image/upload/regulations-on-working-with-intermediaries_2367763.pdf?cloudid=cr6dquxm2adupv8q3ply>

<<http://www.tff.org.tr/Resources/TFF/Documents/TFF-KANUN-STATU/TFF-Statusu.pdf>>

<<http://www.tff.org.tr/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Futbol-Menajerleri-ile-Calisma-Talimati.pdf>>

<<http://www.tff.org/default.aspx?pageID=247&ftxtID=7010>>



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 10.05.2019
Revizyon Talebi: 12.06.2019
Son Revizyon Tarihi: 19.06.2019
Kabul: 20.06.2019

Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda 20 Haziran 2017'de Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk/ İsviçre Hukuku'nda Araçların Otonomlaştırılmasının İşletenin Sorumluluğuna Etkisi

Cüneyt Pekmez^{*}

Öz

Otomotiv endüstrisindeki gelişmeler Alman kanunkoyucuyu birtakım düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir. Bu çerçevede Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda birtakım eklemeler ve değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler, genel itibarıyla sürücü ile otonom araç arasındaki ilişkinin netleştirilmesine yöneliktir. Türk ve İsviçre Hukuku'nda özellikle işletenin sorumluluğu bakımından böyle bir değişikliğe ihtiyaç olup olmadığı, otonomlaştırmanın işletenin sorumluluğuna ilişkin unsurları etkileyip etkilemediği incelenmiştir. Bu çerçevede konu, zararın tazmini hususunda sorumlulukların çatışması ve rücu kapsamında ele alınmıştır. Sorumlulukların çatışması kapsamında otonomlaştırmanın işletme tehlikesi, zarar verenin kusuru ve zarar görenin kusuru unsurlarına etkisi ele alınmıştır. Rücu hususunda ise, işletenle birlikte genel itibarıyla müteselsil sorumlu olanlar belirlenmiş ve sorumlular arasında zararın nasıl paylaşılacağı hususu incelenmiştir. Konuların ele alınmasıyla şu sonuçlara ulaşılmıştır: Sürücü ile araç arasındaki ilişkiyi aracın teknik özellikleri netleştirecektir. Dolayısıyla aracın herhangi bir sürücüye ihtiyaç duymadığı en ileri seviye sürüş olanağı sunan araçlar ile diğer araçlar arasındaki fark, her iki nevi bakımından farklı hukuki değerlendirme yapılmasını gerektirir. Teknik özelliğin farklılaşması sorumluların belirlenmesini etkileyecektir. Otonomlaştırmanın işletenin sorumluluğunu ortadan kaldırma veya ağırlaştırma gibi radikal etkileri yoktur. Ancak herhalde otonomlaştırma işletme tehlikesinin daha düşük oranda takdir edilmesini sağlayabilir. Otonomlaştırılmış araçların karıştığı kazada kazanın teknik arızadan doğabilmesi aynı zamanda üretici niteliğindeki kişilerin sorumluluğunu da gündeme getirecektir. Bu husus ülkemizde her türlü tartışmadan uzak şekilde ürün sorumluluğunun kanuni dayanağının oluşturulmasına olan ihtiyacı da ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler

Otonomlaştırma • Otonomlaştırılmış araç • İşleten • işletme tehlikesi • Ürün sorumluluğu

The Effect of Motor Vehicle's Autonomisation to Operator's Liability in Turkish/ Swiss Law within Scope of Modifications Come Into Force in 20. 06. 2017 on German Road Traffic Code

Abstract

The developments in automotive industry lead German legislator to issue a couple of new provision on Road Traffic Law. This modification determines generally relations between driver and autonomised vehicle. In scope of our work it is examined whether it is necessary to modify provisions especially on operator liability, as well as whether autonomisation effects operator's liability directly or indirectly rather than all relating provisions on Road Traffic Code. In this context, the subject is examined in scope of liability conflict and recourse related to compensate. It is also examined how autonomisation effects risk of operating, default of liable one, default of sufferer in liability conflict, as well as who

* Sorumlu Yazar: Cüneyt Pekmez (Araş. Gör. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: cpekmez@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-7703-440X

Atf: Pekmez C, "Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda 20 Haziran 2017'de Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk/ İsviçre Hukuku'nda Araçların Otonomlaştırılmasının İşletenin Sorumluluğuna Etkisi" (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 153 <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0005>

is/are liable for compensating and how damage to compensate is shared between liable parties in recourse process. It shall have consequently determined that technical features of vehicle determine relations between driver and autonomised vehicle, differences between driverless vehicle and other one give rise to tackle differently with law issue between driver and autonomised vehicle. Autonomisation have no radical effect to abolish or weigh liability of operator but lead to assess risk rates of operating subduedly in any cases. The need of amending provisions or code on producer's liability for accidents which autonomised vehicle causes arises in Turkish Law System.

Keywords

Autonomisation • Auotonomised vehicle • Operator • Risk of operating • Product liability

Extended Summary

The technological developments in automative industry lead German legislator to issue a couple of new regulations on Road Traffic Law. Within the framework of these developments, the German legislator need to regulate the relationship between the autonomized motor vehicles and the driver and to regulate the limits and the scope of this relationship. In order to meet these needs, the German legislators made some additions and amendments in German Road Traffic Code (GRTC) that entered into force in 21. 06. 2017. These modifications regulate the definition of autonomized motor vehicles at the third and fourth levels, rights and obligations of the driver, the relations between the driver and these motor vehicles. In this context, GRTC §1a II regulates the basic characteristics of the autonomized motor vehicle at third and fourth level, including the definition of such vehicles.

According to GRTC §1a II, once the system has been activated, the autonomized motor vehicle at fourth and third level will be able to manage the vehicle's driving (including steering, speed and braking control) (GRTC §1a II b.1); to comply with the traffic rules required for driving during driving (GRTC §1a II b. 2); to recognize the requirements for the takeover of the driving by the driver (GRTC §1a II b.4); to enable driver that the driver may take over or deactivate the control at driver's pleasure (GRTC §1a II b. 3), to warn the driver via visual, audible, sensible or perceptible stimulation to take control of the vehicle and to give the driver the time required to take control of the vehicle (GRTC §1a II b.5) and to indicate the usage contrary to the usage defined in the system (GRTC §1a II b. 6). Moreover, GRTC §1a IV identifies the driver as the person who is able to switch on and off the features which enable autonomized driving at the third and fourth levels, even if the driver has not taken over control of the motor vehicle within the intended use of the motor vehicle's features. This provision reveals that the driver can dominate on the system of the autonomized motor vehicle. As a resut, these amendments determines generally relations between the driver and the autonomized motor vehicle. However, the German legislators make no modification related to that the operator will be liable

for compensating damages caused by these vehicles, because of fact that the German legislator has already regulated liability of the operator in GRTC §7.

In Turkish law, there is no need for any modification in the definition of motor vehicles in TRTC, considering the characteristics of the autonomized motor vehicles at all levels. However it should be examined whether the definition of the driver should be modified in TRTC. In the autonomized vehicles at third and fourth level, the driver can leave driving to system of the autonomized motor vehicle. Even in this case, considering that the system is disabled by the driver and the driving is taken over by driver if necessary, it is possible to conclude that the ultimate control over the vehicle is on the driver,. For this reason, it should be considered mandatory to adhere to the concept of the driver, despite the system. Therefore, there is no need to modify the definition of the driver in Turkish Law, since the presence of a driver is compulsory in the autonomized motor vehicles at third and fourth level and the final dominance will be in the driver. However, the driver may not be mentioned in the autonomized motor vehicles at fifth level. Because of fact that this definition of the driver in TRTC will not cover this level of motor vehicles.

The drivers has various obligations according to national regulations. For the drivers of autonomized motor vehicles at third or fourth level, obligations of the drivers derived from the national regulations continue to exist. The situation is the same in German Law for the motor vehicles at these level. The Turkish judge determines what kind of actions the driver should take, which of the doing or the non-doing behavior is necessary to ensure the control of the vehicle and traffic safety according to the provisions related the general liability in Turkish Tort Law by taking into account the autonomized motor vehicle's specifications, However, even if the accident is caused by technical malfunctions or by the defective behaviour of the driver, the liability for the damages will remain on the operator regarding all levels of the autonomized motor vehicle. In this sense, when the accidents occurs due to the defective behaviour of the driver or the technical failure of the autonomized motor vehicle at all level, these will not exculpate the operator. Consequently, it should be stated that technical features of the autonomized motor vehicle determines the relations between the driver and the autonomized motor vehicle.

It should also be discussed whether autonomisation has a radical effect on the liability of the operator. In our view, autonomisation itself can not be deemed as the basic element for deciding the liability of the operator. First of all, it is not accurate to make a different assessment of the factors that cause the risk of the operation between the autonomous vehicles and the non-autonomous vehicles in terms of speed and weight. However, it may be argued that the autonomized motor vehicles may have fewer operational risks, unlike typical vehicles, given that they accurately

assess the risks that may occur in traffic, minimize risk, or include systems that assist the driver in this regard or take over the temporary or permanent drive. As a result, the autonomized motor vehicles lead to occur risk rates of operating subduedly in any case. Thus, it is necessary to make an assessment based on the nature of the circumstances of the case.

Giriş

Günümüzde otomobil endüstrisindeki gelişmeler, yakın dönemde, otomobillerin sürüşün başlangıcı, devamı ve sonunda sürüş için gerekli olan faaliyetlerin gerçekleştirilebilmesi için sürücünün sevk ve idaresine oldukça az ihtiyaç duyulacağı hatta hiç ihtiyaç duyulmayacağı günlerin gelebileceğini göstermektedir. Bu gelişmeler çerçevesinde sürücü tanımının yeniden belirlenip belirlenmeyeceği, aracı sevk ve idare edenin kim veya ne olduğu bunun bildiğimiz anlamıyla aracı sevk ve idare eden kişi ile olan ilişkisinin yeniden belirlenmesine neden olacağı söylenebilir. Özellikle bilinen anlamıyla bir sürücüye hiç ihtiyaç duyulmayacağı durumlarda sürücü tanımının yeniden ele alınması veya bu nevi araçlarda artık bir sürücüdün bahsedilip bahsedilemeyeceğinin belirlenmesi gerekecektir.

Otomobil endüstrisindeki mevcut veriler gözönüne alındığında üst düzeydeki gelişmeler göstermektedir ki, araçlar seyir halinde iken, üst düzeyden başlayarak azalan düzeyde bu ve benzeri yazılım ve donanımlara sahip araçların karıştığı kazadan doğan zararların tazmininden kim(ler)in sorumlu olacağı, bu hususa ilişkin mevcut düzenlemelerin özellikle Karayolları Trafik Kanunu (KTK)'nun mevcut hükümlerinin yeterli olup olmadığı ayrıca incelemeyi gerektirmektedir. Zira yakın dönem içerisinde bu nevi araçların ülkemizde de trafiğe çıkabileceği gözönüne alındığında yasal düzenlemelerin yeniden gözden geçirilme ihtiyacı olacağı aşikardır. Bu ihtiyacı ortaya çıkaran otomobil endüstrisindeki gelişmeler, Alman kanunkoyucusunu 20. 06. 2017'de Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda (AKTK) bir kısım eklemeler ve değişiklikler yapmaya sevk etmiştir. Bu eklemeler ve değişiklikler sorumluluk hukukunun yanında kişisel verilerin işlenmesi ve korunması, bu bilgilerin yetkililerle paylaşılabilmesi ve gerektiğinde kullanılabilmesi gibi konularla da ilgilidir. Konumuz kapsamında bu ekleme ve değişiklikler irdelenecek ve en azından *zararın tazmininden sorumluluk hususunda* Türk ve İsviçre Hukuku bakımından böyle bir eklemeye veya değişikliğe gerek olup olmadığı belirlenmeye çalışılacaktır. Bunun yanında bu değişikliklerin belirlediği sınırlar çerçevesinde, Türk ve İsviçre Hukuku'nda otonomlaştırılmış araçların karıştığı kazalarda otonomlaştırmanın işletenin ve diğerlerinin sorumluluğuna olan etkisi genel itibariyle ele alınacaktır. Konunun kapsamının genişletilmeye müsait olması nedeniyle ve çalışmamızın bir makale olması amaçlandığından, konunun kapsamını daraltmak gerekeceği aşikardır.

Çalışmamızın amaçlarından birisi, aracın sürücüye veya çevreye dair kişisel bilgileri toplaması, depolaması veya bu bilgileri kullanmasının kişilik hakkının korunması çerçevesinde incelemek olmadığından bu kapsamda ortaya çıkabilecek sorunlar, bunlara ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer alan veya yer alması beklenen çözümler çalışmamız dışında bırakılmıştır. Ayrıca otonomlaştırılmış araçların ortaya çıkarabileceği etik ile ilgili sorunlar, bunların hukuki sorunlara ve bu sorunların çözümüne yönelik önerilere etkisi de çalışmamız kapsamı dışındadır.

Çalışmamız kapsamı gözönüne alındığında, 6299 sayılı Karayolu Trafik Konvansiyonu ile Bu Konvansiyonu Tamamlayıcı Avrupa Anlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun ile tarafı olduğumuz Karayolu Trafik Konvansiyonu ve ilgili Anlaşma inceleme dışında bırakılmıştır. Ancak genel itibariyle şu hususlara değinmek yararlı olacaktır:

Otonomlaştırılmış araçların ulusal ve uluslararası karayollarında görülmeye başlanacağı gözönüne alındığında, Karayolları Trafik Konvansiyonu'nun bu hususa ne ölçüde izin verdiği sorusu sorulabilir. Bu soruyu, çalışmamızın kapsamını aşmayacak şekilde genel itibariyle cevaplamak istediğimizde, Konvansiyon'un belirli bazı hükümlerini incelemek zorunda kalacağız.

Konvansiyon m 8 I'e göre, hareket eden her taşıt ve taşıt katarı bir sürücüye sahip olacaktır. Konvansiyon m 8 V'e göre ise, her sürücü her zaman taşıtını kontrol edebilecek veya hayvanlarını yönlendirebilecek durumda olacaktır. Aynı şekilde Konvansiyon m 13 I, her taşıt sürücüsünün, taşıtını gerekli dikkat ve özeni gösterebilecek ve her zaman kendisinden beklenen bütün manevraları yapabilecek şekilde kontrol altında tutacağını belirtmiştir¹. Konvansiyon'un bu hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Konvansiyon çerçevesinde bir sürücünün varlığı aranmakta ve sürücünün her zaman taşıtı üzerinde sürüş için gerekli hakimiyete sahip olması gerektiği belirtilmektedir. İleride açıklamaya çalışacağımız otonomlaştırma seviyeleri gözönüne alındığında 5. seviye hariç, diğer otonomlaştırma seviyelerinde araç içerisinde bir sürücünün varlığı ve bu sürücünün sürüşü sisteme bıraksa dahi nihai hakimiyete sahip olması zorunlu olacağı kabul edildiği sürece konvansiyonun bu hükümlerinin 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış araçların kullanımına izin verdiği belirtilebilir². Ancak Konvansiyon'un bu hükümleri 5. seviye otonomlaştırılmış araçların kullanımına izin verilebilmesi için bu araçların trafige çıkmasından önce (her ne kadar diğer seviyelere nazaran daha geç dönemde gündeme gelebilecek görünse de) değişikliğe ihtiyaç göstermektedir.

Konvansiyon m 8 VI c 1'a göre, bir taşıtın sürücüsü, her zaman sürüş dışındaki herhangi bir faaliyeti asgariye indirecektir. Konvansiyon m 8 VI c 3'e göre ise, her durumda taşıt hareket halinde iken bir motorlu taşıt veya motorlu bisiklet sürücüsünün cep telefonu kullanımı yasaklanacaktır. Özellikle otonomlaştırılmış araçlarda, aracın sürüşü için gerekli sevk ve idare araç sisteminde olduğu ihtimalde, sürücüye diğer faaliyetlerde bulunabilme imkanı tanıdığı gözönüne alındığında

¹ Bu hükmün, sürücünün sürekli şekilde izleme ve denetleme zorunluluğundan kurtaran otonomlaştırılmış araçların kullanımını kapsam dışında bıraktığı yönünde bkz Merih Erdem Kütük-Markendorf and David Essers, "Zivilrechtliche Haftung des Herstellers beim autonomen Fahren-Haftungsfragen bei einem durch ein autonomes System verursachten Verkehrsunfall", (2016) (1) MMR 22, 24; kanımızca hüküm 3. ve 4. seviye araçların kullanımını kapsam dışında bıraktığı görüşü isabetli değildir. Zira ileride belirteceğimiz üzere 3. ve 4. seviye araçlarda da sürücü, sürüşün nihai hakimiyetine sahip kişidir, sürüş bakımından sürüşün gerektirdiği dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle görüş isabetli değildir.

² Kütük-Markendorf and Essers, 23.

açıkça Konvansiyon m 8 VI'a aykırılığın ortaya çıkacağı söylenebilir. Ancak 24-26 Mart 2014'deki oturumda Konvansiyon m 8 V'e ek fıkra getirilmiştir. Konvansiyon m 8 V'e getirilen ek fıkrada, uluslararası hukuki standartlar çerçevesinde aracın üretilmesi ve kullanımına yönelik hükümlere uygun olduğu sürece, sürüşün kontrolüne etki edebilecek araç sistemlerinin Konvansiyon m 8 V'de ve m 13 I'de belirtilen hükümlere uygun olduğu belirtilmiştir. Bu hükümle, sürücünün aracın kontrolünü bırakabileceği ve sürekli şekilde sürüşü denetlemek ve izlemek zorunda kalmadığı otonomlaştırılmış araç sistemlerine izin verildiği sonucuna varılmaktadır³. Bu sonuç, ileride bahsedeceğimiz otonomlaştırılma seviyeleri gözönüne alındığında 3. ve 4. seviye otonom sürüş imkanı veren araçların kullanımını kapsayacaktır. Ancak 5. seviye otonomlaştırılmış araçların kullanımı Konvansiyon hükümlerine aykırı düşecektir⁴. 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış araçlarda sürücünün sürüş sırasında diğer faaliyetlerde bulunabileceği ve m 8 V'e ek fıkranın buna imkan sağladığı gözönüne alındığında, Konvansiyon m 8 VI mevcut haliyle, m 8 V'e ek fıkra ile çelişki oluşturacaktır. Bu nedenle Konvansiyon m 8 VI hükmünde m 8 V'e ek fıkra lehine bir değişiklik yapılması gerekecektir⁵.

Konvansiyon m 3 I'de, sözleşme taraflarının kendi ülkelerinde yürürlükte olan kuralların, bu Konvansiyon'un Bölüm II (Konvansiyon m 5 vd) hükümlerine uymasını sağlamak üzere uygun tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Konvansiyon m 3 I, Konvansiyon'daki son gelişmelerin ülkemizde kanuni düzenlemeye yansımaları, en azından gerekli önlemlerin alınması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle ülkemizde 3. ve 4. seviye araçların trafiğe çıkabilmesi bakımından Konvansiyon m 3 I'in belirttiği üzere gerekli tedbirlerin alınması gerekecektir⁶. Bu tedbirler arasında bu araçların trafikte yer almasını kolaylaştırıcı hukuki, idari ve fiili tedbirler sayılabilir. Bu tedbirlerin içeriğinin ne olacağı çalışmamız kapsamı dışındadır. Özellikle ülkemizde otonomlaştırılmış sürüşe imkan sağlayan araçların karayollarına çıkabilmesi için KTK'da öngörülen tescil ve tescil belgesi almış olma zorunluluğu ile, TİP Onay Yönetmeliğine uygun olup olmadığının değerlendirilmesi zorunluluğu gibi hususlar konumuz dışında bırakılmıştır.

Sonuç itibariyle çalışmamızın kapsamı Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda yapılan değişiklikler çerçevesinde otonomlaştırılmış araçların, ortaya çıkan zarardan sorumluluğa özellikle işletenin sorumluluğuna etkisi olduğundan, otonomlaştırılmış

³ Bu değerlendirme için bkz Thomas Probst, 'Die Benutzung (teil-) autonomer Motorfahrzeuge im Strassenverkehr aus haftpflichtrechtlicher Sicht/ I.-V.' in Thomas Probst and Franz Werro (eds), *Strassenverkehrsrechts-Tagung 21.- 22. Juni 2016*, (Schulthess 2016) 1, 22 -24; Rüdiger Balke, 'Automatisiertes Fahren-Begriffbestimmungen und haftungsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit dem automatisierten Fahren', (2018) (1) SVR 5, 6; Ulrich Lange, 'Automatisiertes und autonomes Fahren- eine verkehrs-, wirtschafts-, rechtlichepolitische Einordnung', (2017) (8) NZV 345, 348.

⁴ Bu değerlendirme için bkz Probst, 22- 24; Balke, 6; Lange, 348; Mesut Serdar Çekin, 'Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk', (2018) (33) TAAD 283, 287.

⁵ Aynı yönde bkz. Kütük-Markendorf and Essers, 23.

⁶ Konvansiyon m 49 I ve II'a göre, Konvansiyon'da yapılan değişiklikler sözleşme taraflarınca kabul edilmiş sayılacağı sonucuna varılabileceğinden Konvansiyon m 8 V'e ek fıkra Türk Hukuku bakımından da bağlayıcı olacaktır.

araçların işletenin sorumluluğuyla ilgili etkisinin değerlendirilmesinde gözönüne alınması gereken hususlar ele alınacaktır. Bunun sonucu olarak zamanaşımı, görevli ve yetkili mahkeme gibi, işletenin sorumluluğuyla ilgili olup da aracın otonomlaştırılmasının etkisinin olmadığı kurumlar inceleme dışı bırakılacaktır.

Çalışmamız genel itibariyle otonomlaştırılmış araçların sorumluluğa etkisi üzerine olacağından, Anglo-Saxson hukuk sisteminin uygulandığı bazı ülkelerin otomotiv endüstrisindeki öncülere sahip olması ve bu ülkelerde sürücüsüz araçlar konusunda ciddi çalışmaların yapılmış olmasına rağmen, sorumluluk sisteminin Kara Avrupası hukuk sisteminden farklı değerlendirilebileceği gözönüne alındığında otonomlaştırılmış araçların Anglo -Saxson hukuk sistemindeki sorumluluk hukukuna etkisi inceleme dışı bırakılmıştır.

I. Otonomlaştırılmış Araçlar ve Otonomlaştırma Seviyeleri

Otomobil endüstrisindeki gelişmeler, araçların aracın hız, manevra ve sürüş için gerekli olan diğer hususlara ilişkin kontrolü sağlama ve sürüş sırasında sürücünün yardımına ihtiyaç duyup duymama hususundan yola çıkılarak genel itibariyle otonomlaştırmayı 5 seviyede sınıflandırılmayı gerektirmiştir. Bu hususta öncelikle belirtmek gerekir ki aracın, sürücünün idaresine tamamen bağımlı olduğu otomobiller, bu sınıflandırmanın içinde yer almamaktadır.

Belirtilenler gözönüne alındığında 1. seviye otonomlaştırılmış araçlarda (assistiertes Fahren), bu nevi araçlar, otomobil seyir halinde iken, sürücünün izni ile, özellikle hızlanma ve durma konusunda sürücüye yardım sağlayabilir. Seyir halinde iken belirlenecek hız ve mesafe limitleriyle seyri kolaylaştırabilir veyahut araç park edilirken aracın direksiyon hakimiyetini sürücüden devralabilir. Diğer deyişle sürücü, ya hız ve durma ya da direksiyon hakimiyetini oldukça sınırlı ölçüde sisteme bırakabilir⁷. Bu seviyede sürüşün kontrolü tamamen sürücüdedir.

2. seviyede (teilautomatisiertes Fahren), sürücü, hız ve aracın direksiyon hakimiyetini araca bırakabilir, ancak yol durumunu ve sürüşü izlemek ve denetlemek zorundadır, gerektiğinde kontrolü tekrar alabilecek durumda hazır bulunmalıdır⁸.

⁷ Acil fren sistemi, şerit koruma sistemi gibi sürüş yardımcı sistemler bu seviyede otonomlaştırılmış araç sınıflandırması içerisinde yer alabilir. Bu seviyede araçlarda sistemin gereği gibi çalışmamasına rağmen sürücünün sistem üzerinde nihai hakimiyeti olması gerektiğinden yola çıkarak sürücünün kusurlu olduğu yönünde karar veren İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz BGE 1C_95/2014 13. 06. 2014; bu kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz Arnold E. Rusch, 'Haftpflichtrecht -Wichtige Urteile' in Thomas Probst and Franz Werro (eds), *Strassenverkehrsrechts - Tagung 21. - 22. Juni 2016* (Schulthess 2016) 259, 287 vd

⁸ 2. seviyeden itibaren aracın, sürücüye kontrolü bırakmadan önce yeterli uyarıcı sistemleri kullanacağı aşıkardır. Bu hususta görsel, akustik veya hissedilebilir uyarıcılar kullanılabilir. 2. seviye araçlar dünya genelinde band üretimden geçmiş ve halihazırda kullanılmaktadır. Deutsche Bahn'nın şirketlerinden birisi olan Schenker'in, Münih ile Nürnberg arasında günde üç defa mal taşıma amacıyla 2. seviye ve üzeri otonomlaştırılmış tirlardan yararlanmaya başlaması bu hususa örnek teşkil eder niteliktedir. Bkz <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/autonome-lkw-auf-der-a9-zwischen-muenchen-und-nuernberg-15658523.html> (Çevrimiçi 26. 06. 2018)

3. seviyede (hochautomatisiertes Fahren) aracın direksiyon hakimiyeti, hız, yol kontrolü, seyiri takip gibi hususlar araca bırakılabilir, ancak sürücü araç içerisinde sürüş ile ilgili olmayan diğer basit işleriyle ilgilenebilir. Bu halde de sürücü her an seyir kontrolünü devralabilecek şekilde hazır bulunmalıdır. Ancak 2. seviyeden farklı olarak, sürüşü sürekli şekilde izlemek ve denetlemek zorunda değildir.

4. seviyede (vollautomatisiertes Fahren) en azından dar anlamda aracın seyri tamamen araç sisteminin kontrolündedir. Sistem gerektiğinde sürücüyü kontrolü devralması bakımından uyarabilir, sürücü kontrolü devralmadığı veya devralmayı geciktirdiği durumda, araç ortaya çıkan riski en aza indirebilecek seviyededir. Bu seviyede de sistemin, sürücüye aracın kontrolünü devralması için gereken belirli bir süre tanınması gerekmele birlikte 3. seviyede olduğu gibi sürücü sürüşü sürekli şekilde izlemek ve denetlemek zorunda değildir. Ancak 3. seviyeden farklı olarak, sürücü kendisine tanınan belirli süre içerisinde sürüşü devralmazsa sistem aracın kontrolünü minimum risk seviyesinde tutarak, aracın kontrolünü sürdürebilecektir. 5. seviyede (autonomes Fahren), artık aracın idaresini kısmen veya tamamen devralmayı gerektirecek bir sürücüdün bahsedilmez. Bu halde araçta herhangi bir hız veya fren aksamı hatta direksiyon bile bulunmamaktadır⁹.

Otomobil endüstrisindeki gelişmelerden yola çıkılarak yapılan bu sınıflandırma hukuki bakış açısından bir sürücünün varlığından bahsedilebilir bahsedilemeyeceği genel kriteri üzerinden yeniden ele alınabilir¹⁰. Sürüşün otonomlaşması içerisinde belirlenen bu seviyelerden 5. seviyede artık bir sürücüdün bahsedilemeyeceği açıktır¹¹. Bu halde taşıma konusunu, araç içerisindeki kişi veya eşya oluşturur.

Mevcut gelişmeler çerçevesinde, günümüzde 5. seviye sürüş özelliklerine sahip araçlara diğerlerine nazaran daha geç dönemde rastlanabileceği söylenebilir. Bu seviye dışında diğer seviyelerde sürücünün aracın kontrolüne ve idaresine katkısının yoğunluğuna bakılmaksızın bir sürücünün varlığına gerek duyulduğundan bahsetmek gerekecektir. Bu seviyelerde de sürücünün sürüşe katkısı ve aracın özellikleri gözönüne alınarak sürücü ile araç arasındaki ilişkinin netleştirilmesi gerekir.

Sürücü ile araç arasındaki ilişkinin netleştirilmesi, 2. seviyeden itibaren otonomlaştırılmış araçlar bakımından şu sorulara da cevap verilmesini kolaylaştıracaktır. Acaba otonomlaştırılmış araçların karıştığı kazada, sürücü hukuki sorumluluktan kurtulabilir mi veya kurtulmalı mıdır? Diğer deyişle sürücü, aracın

⁹ Bu seviyeler için bkz Probst, 14- 15 ; Tom M. Gasser, 'Rechtsfolgen zunehmender Fahrzeugautomatisierung', Berichte der Bundesanstalt für Strassenwesen (BASt), (Heft 83, Fachverlag NW in der Carl Ed. Schönemann KG, 2012). (2012) (83) 9; Peter-Martin Meier, 'Bringt automatisierte Fahrt auch Wohlfahrt?', (2018) (1) Strassenverkehr 49, 50; Basil D. Kupferschmied, "Autonome Fahrzeuge- Die Haftung im Strassenverkehr der Zukunft", (2015) HAVE 356, 356-357; Balke, 5; seviyelere ilişkin farklı bir değerlendirme için bkz Servet Yetim, "Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği/ Getireceği Hukuki Sorunlar", (2016) (1) Ankara Barosu Dergisi, 127, 138-139; Tuba Keleş Pekmez, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezai Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme", (2018) (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 173, 177-178.

¹⁰ Krş Probst, 15.

¹¹ Bu halde, geçerli olan hukuka göre, araç sistemi, sürücü tanımının dışında bırakılacaktır. Bkz Kupferschmied, 357.

kontrolünü geçici veya sürekli bir şekilde sisteme bıraksa dahi sürücü niteliğini koruyacak mıdır? Sürücü bu süreler içerisinde 5. seviyede otomlaştırılmış araçlarda olduğu gibi “yolcu” niteliğinde değerlendirilir mi ve bu surette sistem, ortaya çıkan zararın tazmini bakımından sürücüyü sorumluluktan kurtarabilir mi? Sürücünün sorumluluktan kurtulup kurtulmasının işletenin sorumluluğuna etkisi hangi yönde olacaktır? Sürücü sorumluluktan kurtulursa işletenin sorumluluğu devam eder mi? Zarar, işleten ve sürücü dışında sistemin hatasından doğmuşsa acaba üreticinin sorumluluğuna başvurulabilir mi? Hem sistemin hem de sürücünün zararın ortaya çıkmasındaki etkisi üretici ile işletenin sorumluluğu bakımından zararın paylaşılmasına ne yönde etki edecektir?

II. Otomlaştırılmış Araçlarla ilgili Alman Karayolları Trafik Kanunu’ndaki Değişiklikler

A. Otomlaştırılmış Araçların Sürücü ile İlişkisi

Alman kanunkoyucusu, söz konusu gelişmeler çerçevesinde, sürücü ile otomatik sürüş özelliklerine sahip araç arasındaki ilişkiyi, bu ilişkinin sınırlarını ve kapsamını düzenleme ihtiyacı hissetmiş¹² ve ihtiyacı karşılamak amacıyla Alman Karayolları Trafik Kanunu’nda 16. 06. 2017’de kabul edilen 21. 06. 2017’de yürürlüğe giren kanun ile¹³ bir takım eklemeler ve değişiklikler yapmıştır¹⁴. Bu değişikliklerle, genel itibariyle kanunkoyucu, sürücünün belirli durumlarda sürüşün kontrolünü devralabilecek şekilde 3. seviye ve 4. seviye sürüş özelliklerine sahip araçların karayollarına çıkabileceği hususunu kabul etmiş, bu kabulün gereği olarak da motorlu araç tanımına §1a ve §1b hükümlerini eklemiştir.

Alman Karayolları Trafik Kanunu’na eklenen §1a maddesinin 1. fıkrasına göre, 3. (hochautomatisiertes Fahren) ve 4. (vollautomatisiertes Fahren) seviye otomlaştırılmış motorlu aracın işletilmesi, sözkonusu özellik kullanım amacına uygun şekilde kullanıldığı durumda hukuka uygun olacaktır. Kullanım amacına uygun olmasından ne anlaşılması gerektiği aracın sahip olduğu özelliklere bağlıdır. Örneğin, aracın mevcut sistemi, sürücüye 3. ve 4. seviye otomlaştırılmış sürüş imkanını sadece otobanda kullanım için vermiş ise, söz konusu sistemin, özelliğın otoban dışındaki diğer karayolları tipinde kullanımına izin vermediği sonucuna

¹² Alman Karayolları Trafik Kanunu’nda ayrıca bir sürücü tanımı yer almadığından, bu ilişkinin belirlenmesine olan ihtiyaç daha fazla kendisini göstermektedir.

¹³ Achten Gesetz zur Änderung des Strassenverkehrsgesetzes, Bundesgesetzblatt 2017/ I, (n. 38) 1648 vd

¹⁴ Tasarı için bkz. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Strassenverkehrsgesetzes, Drucksache 18/11300, 7; incelememiz dışında kalmakla birlikte, kanunda ayrıca AKTK §12 hükmü ile otomlaştırılmış araçların karıştığı kazada zarar görene ödenecek tazminat miktarı bakımından sigorta kapsamı artırılmıştır. Düzenlemenin bu açıdan otomlaştırılmış araç satın alanların primlerinin yükselmesine neden olacağı, “güvenilir” otomlaştırılmış araç işletenin yüksek sorumluluk sınırı belirlenmekle cezalandırılacağı yönünde eleştirilere konu olmuştur. Bkz Stephan Berndt, ‘Der Gesetzentwurf zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes-ein Überblick, Das automatisierte Fahren auf dem Vorgescha- oder doch nur ein Schnellschluss?’, (2017) SVR 121, 126.

varılabilecektir¹⁵. Bu halde otoban dışında, örneğin şehir içi ulaşım için bu özelliğin kullanımı amaca uygun kullanım olmayacak, sözkonusu özellik kullanım amacına aykırı kullanılmış olacaktır. Hükmün aynı zamanda sürücüyü bir davranış yükümlülüğü yüklediği söylenebilir¹⁶. Kullanım amacına aykırı kullanım durumunda sürücünün kusurlu hukuka aykırı davranışının var olduğu kabul edilebilir.

3. ve 4. seviye sürüş özelliklerine sahip araç başlığını taşıyan AKTK §1a II 'de yer alan 6 bent halinde sayılan teknik özelliklere sahip¹⁷ motorlu araç, 3. ve 4. seviyede otonomlaştırılmış motorlu araç¹⁸ olarak tanımlanmıştır. AKTK §1a II, 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış aracın temel özelliğini belirtmekte, bu nevi araçların tanımını içermektedir¹⁹. Bu özellikler şu şekilde sıralanabilir:

Sistem aktif hale geldikten sonra aracın sürüşünü (direksiyon, hız veya fren sistemlerine hakim olmayı da içerecek şekilde) yönetebilecek (AKTK §1a II b 1), seyir sırasında, sürüş için gerekli trafik kurallarına uyabilecek (AKTK §1a II b 2), herhangi bir zamanda sürücüsü tarafından kontrolün devralınabileceği veya devre dışı bırakılabileceği (AKTK §1a II b 3), sürücü tarafından sürüşün devralınmasına ilişkin gereklilikleri tanıyabilecek (AKTK §1a II b 4)²⁰, bu gerekliliği, aracın kontrolünün alınması için gereken süre tanımak suretiyle, sürücüyü, görsel, işitsel, hissedilebilir veya algılanabilir şekilde uyararak gösterebilecek (AKTK §1a II b 5), sistemde tanımlanan kullanım şekline aykırı kullanıma işaret edebilecek (AKTK §1a II b 6).

AKTK §1a II c.3'de ise, bu nitelikteki araçların üreticisinin, sözkonusu aracın AKTK §1a II 'de belirtilen şartlara uygun olduğunu, sistem kayıtları içerisinde bağlayıcı şekilde açıklamak zorunda olduğu hükmünü düzenlemiştir.

AKTK §1a IV'de ise, sürücü, araç özelliklerinin kullanım amacına uygun kullanımı çerçevesinde aracın kontrolünü devralmamış olsa dahi, 3. ve 4 seviyede otonom sürüşe imkan tanıyan özellikleri kullanıma açabilen ve bu özellikleri aracın sürüşü için kullanan kişi olarak tanımlanmıştır²¹.

¹⁵ Michael Burmann, Rainer Heß, Katrin Hühnermann and Jürgen Jahnke, *Straßenverkehrsgesetz Kommentar 3. Teil*, (25. Aufl., Beck 2018) (n 8) §1a, BT-Drucksache, 18/11300, 13; sistemin sürüşü sürücüyü bırakmaya ilişkin gereklilikleri tanıyabilecek olması, kullanım amacına aykırı kullanımın sözkonusu olabileceği durumlarda mevcut olmalıdır. Bkz. Berndt, 123.

¹⁶ ibid, 122.

¹⁷ Kanunkoyucunun burada bu unsurları zorunlu unsur olarak ele aldığı şeklinde yorumlamak isabetli olur. Böylece bu unsurları sağlamayan 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış araçların kullanımı AKTK §1a I'e de aykırılık oluşturmaz ve bu araçların kullanımı engelenemez. Bkz ibid 123.

¹⁸ Kanunkoyucu otomobil endüstrisindeki sınıflandırmaya uygun şekilde sınıflandırmayı ele almıştır. Böylelikle kanunkoyucunun birlik arz eden sınıflandırması sayesinde kavramın teknik boyutu ile hukuki boyutu arasındaki farklar minimum düzeye indirilmiştir. Bkz ibid, 122.

¹⁹ Burmann, Heß, Hühnermann and Jahnke, (n 14-15) §1a; Berndt 121.

²⁰ Kanunkoyucu bu unsurların yanına ek bir unsur daha ekleyeydi daha isabetli olurdu. Bu unsur güvenlik gereksiyiyle şekillenen, otonomlaştırılmış aracın sistem arızasına sahip olduğu durumda bu arızayı tanıma ve sürücüyü sürüşü bırakma unsurudur. Örneğin, aracın sensörlerinin uzun süre çalışması nedeniyle ortaya çıkacak, kazaya sebep verebilecek düzeyde metal yorgunluğunun araç tarafından tanınmasında olduğu gibi. Her ne kadar AKTK §1a II b 4 bu unsuru kapsayabilecek nitelikte ise de, *tanyabilir* ifadesi nedeniyle bunun zorunlu bir unsur olduğunu aramamaktadır. Bkz ibid, 123

²¹ Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda değişiklikten önce bir sürücü tanımı yer almadığından, Federal Mahkeme'nin sürücü tanımı ile maddede belirtilen sürücü tanımı arasındaki ilişkiyi inceleyen Yazar, Federal Mahkeme'nin sürücü tanımında yer

Hüküm 5. seviye otonomlaştırılmış araçlardan farklı olarak, sürücünün gerekliliğine ve ayrıca sistemin aracın sürüşünü kontrol edebileceği bir sürüş devresinin de olduğuna işaret etmektedir. Bu devrede sistem, sürücünün yerine geçmemektedir. Bu nevi araçlarda nihai kontrol yine sürücüde bulunmaktadır ve sistemin çalıştığı süre içerisinde, diğer deyişle sürücünün aracın sürüşü için gerekli kontrolleri sisteme bıraktığı ve aracın kullanım amacına uygun şekilde kullanımı çerçevesinde aracın sürüşünü devralmadığı süre içerisinde, söz konusu kişi sürücü niteliğini korumaktadır²². Bu nitelendirmenin doğrudan sonucu, 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış araçlarda, sürüşe ilişkin kontrol sisteme bırakılsa dahi, sistemin işleyişinin sürücünün sorumluluğu içerisinde yer almasında kendisini gösterir. Zira sistem çalışsa dahi nihai hakimiyet sürücüdedir. Nihai hakimiyetin sürücüde olması, sistem devrede iken sistemdeki arızadan dolayı doğabilecek zararlardan sürücünün hukuka aykırı ve kusurlu hareket etmiş sayılacağı sonucuna yol açacak şekilde yorumlanmamalıdır. Bu nedenle nihai hakimiyetin sürücüde olmasının hukuki sonucu sürücünün hak ve yükümlülükleri belirlenmek suretiyle sınırlandırılmalıdır.

B. Otonomlaştırılmış Araç Sürücüsünün Hak ve Yükümlülükleri

AKTK §1b, başlığından yola çıkıldığında 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış araç fonksiyonlarının kullanılması hususunda sürücünün hakları ve yükümlülüklerini düzenlemiştir. AKTK §1b I'e göre, sürücü 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış araç fonksiyonlarının kullanıldığı sürüş sırasında, trafiği ve aracı sürekli gözetim altında tutmayı bırakabilir. Ancak bunun sınırını ikinci fıkradaki yükümlülüklerini yerini getirecek şekilde hazır bulunma zorunluluğu çizer. Hüküm, aracın belirtilen özelliklerinin aktifleştirildiği ve aracın kontrolünün sisteme bırakıldığı durumda, sürücünün trafiğin ve aracın kontrolünden ayrılabilceğini, ancak böyle bir ayrılma durumunda dahi ikinci fıkrada belirtilen yükümlülüklerini yerine getirebilmek amacıyla trafiğin ve aracın kontrolünü yeniden devralabilecek durumda hazır bulunmakla yükümlü olduğunu düzenlemiştir.

AKTK §1b II 'de hazır bulunma durumunda sürücünün yerine getirilmesi beklenen yükümlülüklerin neler olduğu ve ne zaman yerine getirilebileceği düzenlemiştir. AKTK §1b II'e göre, sistemin, sürücüden aracın kontrolünü devralmasını istediği veya sürücünün sistemin kullanım amacına uygun kullanımı için gerekli olan şartların artık mevcut olmadığını fark ettiği veya mevcut, açık durumlar gereği fark etmesi gerektiği durumlardan birinin mevcudiyeti halinde sürücü gecikmeksizin

alan aracın sürüşü için gerekli ve esaslı unsurlardan birini kullanan kişi olarak ele aldığı gözönüne alındığında, sürücünün sistemi aktivite ettikten sonra, sürüşün idaresi için herhangi bir esaslı unsuru kullanmadığı veya kullanmasına gerek olmadığı söylenebilir. Sürücünün nihai hakimiyete sahip olması, diğer deyişle, sürüşü kontrol ve izleme ile hazır bulunma yükümlülüğünün olması Federal Mahkeme'nin belirttiği sürücü tanımı içerisinde yer almayı zorunlu kılmamaktadır. Ancak mahkeme kararı ve değişiklik gözönüne alındığında, bu sistemi aktivite eden kişinin sürücü olduğu karinesi üzerinden yola çıkılabilir. Bkz Berndt, 123-124; AKTK §1a II b 3 gözönüne alındığında sürücünün iradesi dışında sistemin aracın sevk ve idaresini yürütmesine izin verilmeyeceği sonucu çıkarılabilir.

²² Burmann, Heß, Hühnermann and Jahnke, (n 14-15) §1a; BT-Drucksache, 18/11300, 14.

aracın kontrolünü yeniden devralmakla yükümlüdür. Sistemin sürücüyü uyarmadığı, ancak sürücünün sistemin kullanım amacına uygun şekilde çalışmadığını fark ettiği veya fark etmesi gerektiği durumda kendiliğinden harekete geçmek zorundadır²³. Aracın belirtilen hükümlere uygun şekilde sürücü tarafından kullanılması ve aracın kontrolünün sağlanmasına rağmen, araçtaki teknik arıza nedeniyle bir kaza meydana gelirse, araç sürücüsünün sorumlu tutulabilmesi için kusuru arandığından, kusuru olmayan sürücü tazminatla yükümlü olmayacak (AKTK §18), bu halde AKTK §7'e göre, herhalde tehlike sorumluluğu kapsamında kusuru olmasa dahi işleten sorumlu olacaktır²⁴.

C. Otonomlaştırılmış Araç ile Sürücü Arasındaki İlişkinin İspatı

Alman kanunkoyucusunun AKTK'ya eklediği bir diğer düzenleme olan §63a I c 1'e göre, sistem ve sürücü arasında sürüşün devralınma süreci gerçekleştiği durumda, sistem, uydu aracılığıyla devralmaya ilişkin pozisyon ve zaman bilgisini kaydedecektir. Bu surette 3. ve 4. seviyede otonomlaştırılmış araçların teknik özelliklerinin gerekliliklerine göre, sistemin, aracı sürücünün mü yoksa sistemin mi sevk ve idare edip etmediğini kayıt altına alacağını düzenlenmiştir. Bunun yanında §63a I c 2, aracın sürücüden kontrolü devralmasını istediği veya mevcut sistemde teknik bir arıza olduğu ihtimalde de sistemin bu durumu kayıt altına alacağını düzenlemiştir.

Bu hükmün sorumluluk bakımından özelliği, ispat kolaylığı sağlamasında kendisini gösterecektir. Bu çerçevede, aracın, sürüşü ve aracın kontrolünü ne zaman ve nerede devraldığı, teknik bir arızanın ortaya çıkıp çıkmadığı, sistemin sürücüden hangi andan itibaren aracın kontrolünü devralmasını istediğine ilişkin kayıtlar ispat kolaylığı sağlayacaktır. Bu çerçevede, sürücünün veya üreticinin birbirlerine karşı ileri sürebileceği iddialarını daha kolay ispat edilebilmesinin önü açılmıştır²⁵. Sürücü kazanın meydana geldiği sırada aracın kontrolünün sistemde olduğunu ve sistemin kullanım amacına uygun şekilde kullanıldığını sistem kayıtlarına dayanarak ispat edebilecektir. Ancak burada da sürücünün sistemin herhangi bir uyarı yapmasını beklemeksizin, sistemin kontrolünü devralmasının kendisinden bekleneceğinin tespitini sistemin kayıt altına alabilmesi güç gibi görünse de eldeki verilerden ve durum ve şartların özelliğinden böyle bir yükümlülüğü sürücünün yerine getirmesinin beklenebilirliği tespit edilebilir.

²³ Burmann, Heß, Hühnermann and Jahnke, (n 5) §1b; Balke, s. 7; sürücünün sürüşteki düzensizliği veya sistemin çalışmadığını hangi hallerde ve ne zaman fark etmesinin kendisinden bekleneceği hususu her bir somut olay özelinde şekillenecektir. Bkz ibid 7; ayrıca bkz. BT-Drucksache, 18/11300, 22.

²⁴ Burmann, Heß, Hühnermann and Jahnke, (n 6) §1b; Balke, s. 7; Benjamin von Bodungen and Martin Hoffmann, 'Autonomes Fahren- Haftungsverschiebung entlang der Supply Chain? (1. Teil)', (2016) (10) NZV 449, 451; Lennart S. Lutz, 'Autonome Fahrzeuge als rechtliche Herausforderung', (2015) (3) NJW 119, 120-121; Volker M. Jänich, Paul T. Schrader and Vivivan Reck, 'Rechtsprobleme des autonomen Fahrens', (2015) (7) NZV 313, 315; ancak ilerleyen dönemlerde işletenin sorumluluğunun ürün sorumluluğu aleyhine değişmesi veya üreticinin sorumluluğunun ağırlaştırılması gibi hususlar, sürücü, işleten ve üretici arasındaki sorumluluğun sınırlarının belirlenmesi hususunda yapılacak tartışmalarda ileri sürülen görüşlerden birisi olabilir. Bkz Balke, 7; BT-Drucksache, 18/11300, 14.

²⁵ Burmann, Heß, Hühnermann and Jahnke, (n 11) §1b, N. 11; BT-Drucksache, 18/11300, 15, 24.

Sonuç itibariyle Alman Hukuku'nda mevcut Alman Karayolları Trafik Kanunu'na eklenen düzenlemelerle, 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış motorlu taşıt tanımı yeniden ele alınmış bu çerçevede sürücü ile bu motorlu taşıtlar arasındaki ilişki kazuistik olarak nitelendirilebilecek şekilde düzenlenmiştir. Alman Hukuku'nda bu araçların ortaya çıkardığı zararların tazmininden işletenin sorumlu olacağı hususunda herhangi bir değişiklik olmamakla birlikte, sürücü ile otonomlaştırılmış motorlu taşıt arasındaki ilişki net çizgilerle belirlenmiştir. Acaba Türk ve İsviçre Hukuku bakımından da böyle bir netleştirmeye gerek var mıdır?

III. Türk/ İsviçre Hukuku'nda Otonom Araçların Motorlu Taşıt Tanımı İçerisindeki Yeri ve Sürücü ile İlişkisi

İsviçre Hukuku'nda İsviçre Karayolları Trafik Kanunu (İKTK) m 31 I, dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirecek şekilde araç üzerinde sürekli hakimiyeti olan bir sürücünün varlığını gerektirmektedir. Hüküm sadece 5. seviye otonomlaştırılmış araçlar bakımından sorunlu görünmektedir. Ancak 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış araçlar bakımından sürücü kısmen veya tamamen aracın kontrolünü sisteme bıraksa dahi sürücü niteliğini koruyacaktır. Bu nedenle bu seviyedeki araçların kullanımı İKTK m 31 I'e uygun görünmektedir. Bu nedenlerle 5. seviye araçlar bakımından bir revizyona ihtiyaç olduğu kabul edilmektedir²⁶.

Acaba ülkemizde de 3. ve 4. seviye araçların kullanılmaya başlanmasıyla Karayolları Trafik Kanunu'muzda (KTK) genel itibariyle motorlu araç tanımı ve sürücü tanımında bir değişiklik yapmak gerekecek midir?

KTK m 3'de, otomobil, kamyon, kamyonet, otobüs tanımları yapılmıştır. Özetle m 3'de otomobil ve otobüs, insan taşımak için imal edilmiş; kamyonet ve kamyon ise yük taşımak için imal edilmiş motorlu taşıt olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede 3. ve 4. seviyede otonomlaştırılmış sürüşe imkan veren motorlu taşıtlar trafiğe çıktığı durumda, motorlu taşıt vasfını koruyacağından gerek yük taşıma gerekse yolcu taşıma bakımından mevcut tanımlar içerisinde yer bulacaktır. Bu çerçevede 5. seviye otonomlaştırılmış motorlu taşıt ülkemizde piyasaya çıkmış olsa dahi, insan veya yük taşıma amaçlarında herhangi bir değişikliğe neden olmayacağından bu tanımlar 5. seviyede otonomlaştırılmış motorlu taşıtlar için de geçerli olacaktır.

KTK m 3'de sürücü, karayolunda motorlu veya motorsuz aracı veya taşıtı sevk ve idare eden kişi olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış araçlar bakımından geçerliliğini korur. 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış araçlarda, sistemi aktivite eden, gerektiğinde sistemi devre dışı bırakabilecek, araç sürüşüne ilişkin faaliyetleri sistem gerçekleştirirse dahi araç sistemi üzerinde nihai hakimiyeti bulunan kişi, bu motorlu aracı sevk ve idare eden kişi olma niteliğini kanımızca

²⁶ Probst, 19-20, 23-24.

koruyacaktır. Ancak tanım, 5. seviye otonomlaştırılmış araçlarda artık bir sürücüden bahsedilemeyeceğinden bu nevi araçlar bakımından geçerliliğini yitirecektir.

KTK m 3'de yolcu, aracı kullanan sürücü ve hizmetliler dışında araçta bulunan kişiler olarak tanımladığından, 5. seviyede araç içerisindeki herkes, 3. ve 4. seviyede ise sürücü ve hizmetliler dışındaki herkes yolcu niteliğini taşıyacaktır. Ancak bu nitelik farklılığı kanımızca KTK'da tanımlarda bir değişikliği veya eklemeyi haklılaştırmayacaktır²⁷. Sonuç itibariyle aracın mevcut özelliğindeki ileri düzey teknik gelişmeler özellikle Alman Karayolları Trafik Kanunu'ndan farklı olarak tanımlarda bir değişikliği veya eklemeyi gerektirmemektedir.

Araca, sürüş için gerekli olan kontrolün, kısmen veya tamamen, geçici veya sürekli bırakılabildiği ve gerektiğinde sürücünün aracın kontrolünü yeniden devralabildiği seviyede otonomlaştırılmış araçlarda, aracın kontrolünü sağlama hususunda sürücü, kendisinden beklenenleri yerine getirmekle yükümlüdür. Sürücünün ne tür davranışlarda bulunması gerektiği, hangi yapma veya yapmama davranışının aracın kontrolünü ve trafik güvenliğini sağlamak için gerekli olduğu, aracın teknik özellikleri ve bu teknik özelliklerin kullanım amacıyla belirlenecek genel davranış yükümlülüğünden çıkarılabilir²⁸. Bu kapsamda otonomlaşıma sürecinde araç içerisindeki teknik özelliklerin ne olduğu, bu özelliklerin kullanımının ne zaman başlaması veya bitmesi gerektiği, sistemin kullanım amacının ne olduğunun belirlenmesiyle mümkün olacağı Alman Karayolları Trafik Kanunu'ndaki değişikliklerden anlaşılmaktadır. Örneğin 1. seviyede otonomlaştırılmış araçlarda bulunan park sensörünün hangi amaçla, nerede ve nasıl kullanılacağı, aracın teknik özelliklerinden anlaşılacaktır. Park sensörünün, trafik sıkışlığının mevcut olduğu durumda, sürücünün, aracı park etmek için değil sürüşü kolaylaştırmak için, trafik sıkışlığında aracın idaresini park sensörüne bırakması sürücünün kusurlu hukuka aykırı davranışta bulunduğunu ortaya koyabilecektir.

Davranışın hukuka aykırı olup olmadığı, aracın teknik özellikleri ve kullanım amacının belirlenmesiyle netleşecektir. Bu kapsamda sözkonusu sürüşe ilişkin verileri kayıt edebilecek olan araçların piyasaya girişinin sağlanması, AKTK §63'de olduğu gibi ispat hususunda büyük kolaylık sağlayacaktır. Örnekte görüleceği üzere park sensörünün ne zaman devreye sokulduğu, devreye sokulduğu durumdaki şartlar, aracın "kara kutu"sü olarak adlandırılacak araç sistemi içerisinde yer alan, dışarıdan müdahalelere karşı yeterli korumayı sağlayan veri depolama

²⁷ Otonomlaştırılmış araçların karıştığı ölümlü trafik kazalarında yolcu/ sürücü ayrımı yapılmayacağı ve her durumda destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebileceğinin ileri sürülmesi (Yetim, 160) yolcu/ sürücü ayrımının tamamen terk edilmesi sonucuna yol açmamalıdır. 5. seviye otonomlaştırılmış sürüş imkanı veren araçlarda aracın kontrolü tamamen sistemde olduğundan bu halde sürücü/yolcu ayrımının kalktığından bahsedilebilir. Ancak bu husus genel itibariyle, otonomlaştırmanın bütün seviyelerinde kabul edilebilir değildir. Bu açıdan isabetsiz görüş için bkz. Yetim, 160.

²⁸ Bu kapsamda, anlaşmaya taraf olan devletler bakımından Karayolları Trafik Konvansiyonu'ndan da yararlanılabileceği yönünde bkz. Kupferschmid, 358.

merkezlerinden yararlanılarak ispat edilebilecektir²⁹. Bu sebeple Alman Karayolları Trafik Kanunu'ndan farklı olarak, *sorumluluk bakımından* kazuistik bir normlaştırma sürecine kanımızca Türk Hukuku bakımından yakın gelecekte gerek olmadığı, sürücü ile araç arasındaki ilişkiyi aracın teknik özelliklerinin ve kullanım amacının belirleyeceği kanısındayız.

IV. Türk/ İsviçre Hukuku'nda Otonomlaştırmanın İşletenin Sorumluluğuna Etkisi

A. İşletenin Sorumluluğuna Etkisine İlişkin Genel Bakış

1. Otonomlaştırılmış Aracın İşletilmesi Halinde Sorumluluk

KTK kapsamında sorumluluk bakımından ise, gerek 3. ve 4. seviye gerekse 5. seviyede araçların karıştığı kazadan doğan zararın tazmini bakımından KTK m 85 gereği, tehlike sorumluluğu kapsamında, genel olarak, işletenin ve/ veya teşebbüs sahibinin sorumlu olacağını belirtmek gerekir³⁰. Zira aracın işletilmesine ilişkin tehlikenin somutlaşması ve bu surette zararın meydana gelmesi, aracın işletilme tehlikesini üstlenen kişi olan işletene aittir. Bunun sonucu olarak kazanın sürücünün kusurlu hareketinden mi yoksa araçtaki teknik arızadan mı doğup doğmadığı önem arz etmez. Her seviyede otonomlaştırılmış araçlarda kaza gerek teknik arızadan gerekse sürücünün kusurlu davranışından doğsun, ortaya çıkan zararlardan sorumluluk işleten üzerinde kalmaya devam edecektir.

2. İşletilme Halinde Olmama Halinde Sorumluluk

Otonomlaştırılmış araçlar bakımından, otomobil endüstrisindeki gelişmelere bağlı olarak örnekler genişletilebilir olmakla birlikte, aracın işletilme halinde olmadığı halde ve kazanın, sistemdeki arıza nedeniyle sistemin kullanım amacına aykırı olarak çalışması veya çalışmamasından doğduğu halde, araçtaki bir bozukluğun varlığından bahsedilebilecektir. Bu kapsamda işletilme halinde olmayan araçlar bakımından işletenin sorumluluğu hususunda KTK m 85 III, otonomlaştırılmamış araçlarda olduğu gibi, her seviyede otonomlaştırılmış araçlar bakımından da uygulama alanı bulacaktır³¹.

²⁹ Veri depolama merkezlerinin sözkonusu verileri ilgili kamu kurum ve kuruluşuyla paylaşabilecek durumda olması ve bu verilerin kişisel veri statüsünde olması, bunun ortaya çıkaracağı hukuki sorunlar çalışmamız kapsamı dışında tutulmuştur. Bu sorunlar ve çözüm önerileri için bkz Yetim, 152 vd

³⁰ İsviçre Hukuku'nda İKTK m 58 I'e göre, otonomlaştırılmış araçların karıştığı kazadan doğan zararlardan işletenin sorumlu olacağı yönünde bkz Melinda Florina Lohmann and Arnold Rusch, "Fahrassistenzsysteme und selbstfahrende Fahrzeuge im Lichte von Haftpflicht und Versicherung",(2015) HAVE 349, 350; Kupferschmid, 364; Probst, 28 vd; Melinda Lohmann and Markus Müller Chen, "Selbstlernende Fahrzeuge-eine Haftungsanalyse", (2017) SZW 48, 50; Türk Hukuku bakımından aynı yönde bkz Çekin, 289; Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz Tom Michael Gasser, 'Grundlegende und spezielle Rechtsfragen für autonome Fahrzeuge' in Markus Maurer, Christian Gerdes, Barbara Lenz and Hermann Winner (eds), *Autonomes Fahren* (Springer 2015) 544, 567; Kütük-Markendorf and Essers, 24 vd; Berndt, 125 vd

³¹ İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz Probst, 32 vd

3. İşletenin Sorumluluktan Kurtulabileceği Haller

Kazanın teknik arızadan veya sürücünün (işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişi niteliğiyle³²) kusurlu davranışından doğması, KTK m 86'dan anlaşılacağı üzere işletenin sorumluluktan kurtulabilmesine imkan tanıyacak yolların da tıkanmasına neden olacaktır. Zira KTK m 86, işletenin maddede belirtilen sorumluluktan kurtuluş imkanı sağlayan hususlara dayanabilmesi, eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu davranışının bulunmamasına veya araçtaki bir bozukluğun kazayı etkilemiş olmamasına bağlıdır. Eylemlerinden sorumlu olduğu sürücünün kusurlu davranışı veya her seviyede otonomlaştırılmış araçtaki teknik arızanın kazaya sebep olması, işleteni sorumluluktan kurtarmayacaktır³³.

Bu noktada acaba aracın hukuka uygun olmayacak şekilde sürüşe ilişkin nihai hakimiyeti alması işletenin sorumluluğu bakımından illiyet bağıını kesecek bir etken olarak değerlendirilebilir mi sorusu akla gelebilir. Ancak araçtaki sistemsel arızanın dış etken olmaması ve arızanın işletme tehlikesi içerisinde yer alması nedeniyle bu soruya olumsuz cevap vermek gerekecektir. Sonuç itibarıyla otonomlaştırılmış araçların karıştığı kazalardan doğan sorumluluk işletende olacağından, işletenin sorumluluğu bakımından kanun hükmünde değişikliğe gerek yoktur³⁴. Ancak doktrinde yer bulan araçtaki bozukluk tanımının³⁵ kapsamının genişleyeceği söylenebilir³⁶. Bu çerçevede, mevcut tanım aracın donanımı (motor, şasi, tekerlekler, aracın ön, arka, alt, üst iç, dış bileşenleri) ile ilgili iken, bu tanım en azından aracın yazılımından doğan bozuklukları da kapsayacağı açıktır.

B. Sorumlulukların Çatışmasına Etkisi

Zararın ortaya çıkmasında birden fazla kişinin etkisinin olduğu, en az bir zarar görenin aynı zamanda bu kişiler arasında bulunduğu durumlarda sorumlulukların çatışmasından (Haftungskollision) bahsedilir³⁷. Sorumlulukların çatışmasında bütün

³² 5. seviye otonomlaştırılmış araçlarda bir sürücüdenden bahsedilemeyeceğinden, işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler arasında yer alan yolcuların zararın ortaya çıkmasına neden olduğu durumda işleten sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ayrıca bkz Probst, 38.

³³ Türk ve İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz ibid 32, 38; Lohmann and Müller- Chen, 50; Çekin, 289; hükümden araçtaki bozukluğun, sorumluluktan kurtulmayı engelleyici bir unsur olarak sayılması, araçtaki bozukluğun işletme tehlikesini artıran bir etken olmasına dayanmaktadır. Bkz Hamdi Yılmaz, *Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuksal Sorumluluğu* (Vedat 2014) 144.

³⁴ Otonomlaştırılmış araçların, yetkili makamlarla trafiğe çıkmasına izin verilmiş, trafik güvenliği bakımından gerekli denetimleri yapılmış olması bu hususta bir değişiklik oluşturmaz.

³⁴ Bu bakımdan durum tipik araçlarda olduğu gibidir. Bkz Probst, 38.

³⁵ Aracın günün tekniğine uygun olarak yapılmamış, donatılmamış veya bakımının yapılmamış olması, kaynağı önemli olmaksızın herhangi bir parçanın işlevini yerine getirememesi araçta bozukluk olarak tanımlanmıştır. Bu tanım için bkz Yılmaz, 144; Haluk Nami Nomer, '2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu' (1992) (1-2-3) İstanbul Barosu Dergisi (ayrı bası) 1, 36.

³⁶ Aynı yönde bkz. Lohmann and Müller- Chen, 50.

³⁷ Zararın ortaya çıkmasında birden fazla kişinin etkisinin olduğu, zarar gören(ler)in aynı zamanda bu kişiler arasında bulunduğu durumlarda sorumlulukların çatışmasından (Haftungskollision) bahsedilmektedir. Bu husus birden fazla kişinin zarar görene karşı sorumlu olduğu ve sorumlulardan birinin zararı tazmin ettikten sonra diğer sorumlulara rücu etmesi hususuna benzer, ancak birbirinden ayrılmaktadır. Rücu iç ilişkide, sorumlulukların çatışması ise dış ilişkide zararın paylaşılmasına yöneliktir. Rücu için en az üç kişi (zarar gören ve en az iki sorumlu), çatışma için en az iki kişi gerekir Bkz Yılmaz, 215.

zararın paylaşılmasında her bir sorumluluk kaynağı gözönüne alınır. Bu halde işletenin sorumluluğu bakımından işletme tehlikesi, işletenin ve/ veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru, zarar görenin kusuru şeklinde üç hususun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir. Rücu da ise, zarar görenin kusurunun tazminata etkisi haricinde, zararın paylaşılmasında durum sorumlulukların çatışmasında olduğu gibidir.

1. İşletme Tehlikesine Etkisi

İşletenin sorumluluğu bakımından işletme tehlikesi, motorlu aracın işletilme halinde iken ortaya çıkardığı zarar verme riski ve potansiyeli olarak anlaşılabilir³⁸. İşletme tehlikesinin değerlendirilmesinde, otonomlaştırılmış araçların tipik araçlara nazaran ortaya çıkaracağı zarar verme riski daha düşük değerlendirilebilir³⁹. Zira otonomlaştırılma teknolojisinin esaslı amaçlarından birisi trafik güvenliğini yükseltmek, bu hususta gerekli yazılım ve donanıma ait unsurları geliştirmektir. Bu nedenle araçlar, yüksek trafik güvenliği sağlayabilecek düzeyde tasarlanmakta ve programlanmaktadır. Özellikle 5. seviye otonomlaştırılmış araçlar, trafik kurallarına uymak zorunda olan ve trafik güvenliğine dikkat eden sisteme sahip araçlar olduğu sürece tipik araçlara nazaran zarar verme riski yanında zarar verme potansiyeli de daha düşük araçlar olacaktır. Bu nedenle bu araçların trafiğe çıktığı durumda, bu araçların, tipik araçlarla (otonomlaştırılmamış) birlikte karıştığı kazalarda, mevcut durumda genel olarak kabul edilen (her bir somut olayın özelliği değerlendirilmek şartıyla, iki otomobilin kendi arasında, iki tırın kendi arasında) her iki aracın da aynı motorlu taşıt kategorisinde yer aldığı ve bu nedenle aynı işletme tehlikesi ortaya çıkaracağı kabulünün hala geçerli olup olmayacağı sorulabilir.

Öncelikle otonomlaştırılmış araçların ortaya çıkardığı işletme tehlikesini doğuran etkenlerden hız ve ağırlık konusunda otonom olmayan araçlardan farklı bir değerlendirme yapmak isabetli olmayacaktır⁴⁰. Trafik güvenliğine öncelik vermek ve trafik kurallarına uymak şartıyla, bu nevi araçlar, sensörler, navigasyon vb. yazılım ve donanım içerisinde yer alan sistemsel unsurlardan yararlanmak suretiyle sürücünden beklenenin üzerinde risk analizi yapmaktadır. Otonomlaştırılmış araçların tek sürücünün sürüş faaliyeti gerçekleştirmesinden daha fazla, 200 milyon sürücünün gerçekleştirmesinden daha az nitelikte sürüş faaliyeti gerçekleştirdiği belirtilmektedir⁴¹. Bunun sonucu olarak otonomlaştırılmış araçların, trafikteki oluşabilecek riskleri

³⁸ Probst, 29-31; işletilen her motorlu araç bir işletme tehlikesi oluşturmaktadır. İşletme tehlikesinin belirlenmesinde hız, ağırlık, yolu kavrama yeteneği, teknik donanım, bakım ve benzeri gibi hususlar gözönüne alınmakla birlikte, asıl olan bu hususların zararın doğmasına olan etkisidir. Bu kapsamda hız ve kütle/ağırlık motorlu taşıtın ortaya çıkaracağı zarar verici güçte kilit rol oynamaktadır. Ancak herhalde her bir somut olayın özelliği değerlendirilmelidir. Bkz Yılmaz, 223-224; Nomer, 46.

³⁹ Probst, 40 41; Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz von Bodungen and Hoffmann, 451 ; Lutz, 120-121; otonomlaştırılmış araçların tipik araçlardan beş sebeple daha güvenli olacağı yönünde değerlendirme ve bu beş sebep için bkz Bryant Walker Smith, "Automated Driving and Product Liability", (2017) (1) Michigan State Law Review 1, 15.

⁴⁰ Probst, 30

⁴¹ Smith, 16.

doğru değerlendirip, riski en aza indiren veya sürücüyü bu hususta yardımcı olan ya da geçici veya sürekli, kısmen veya tamamen sürüşü devralan sistemleri barındırdığı gözönüne alındığında, tipik araçlardan farklı olarak daha az işletme tehlikesi ortaya çıkaracağı ileri sürülebilebilir. Bu kapsamda aynı hızda giden ve aynı ağırlığa sahip biri tipik biri otonomlaştırılmış aracın karıştığı kazada, aracın sürüş sırasındaki risk analizi tipik araçla aynı olmayabilecektir. Örneğin, aynı ağırlığa sahip tipik aracın sağ şeritte, otonomlaştırılmış aracın orta şeritte aynı hızda işletildiği ihtimalde(veya ilki sağda, ikincisi ortada işletildiği ihtimalde), illiyet bağımlı kesmeyecek yoğunlukta karayolu dışında bulunan hayvanın yola koşarak geldiğini otonomlaştırılmış araç sensörler vasıtasıyla daha kolay fark edip sürücüyü erkenden uyarabilecek veya hızını diğerinden daha önce azaltabilecek ve tipik aracın varlığını da gözönüne alabilecek iken, tipik araçta sürücü hayvan yol kenarında görünene kadar sürüş üzerinde herhangi bir değişiklik yapmayabilecektir. Hayvan yol kenarında görününce ani fren yaparak veya şerit değiştirerek, ortaya çıkan yüksek riski en aza indirmeye çalışacaktır. Bu halde aynı ağırlık ve hıza sahip olmasına rağmen, iki aracın risk analizindeki farklılık nedeniyle otonomlaştırılmış aracın diğerinden daha güvenli bir sürüş ortaya koyduğu görülebilecek, bu hususta otonomlaştırılmış aracın daha düşük işletme tehlikesi ortaya çıkaracağı kabul edilebilecektir. Herhangi bir sürücüyü ihtiyaç duymayan 5. seviye araçlarda bu husus daha açık şekilde görülebilecektir. Bu nedenle bu soruya olumsuz cevap vermek gerekecektir^{42 43}. Ancak işletme tehlikesi bakımından somut işletme tehlikesi gözönüne alınacağından her bir somut olayın özelliğinin ayrıca değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır⁴⁴.

2. Zarar Veren Kusurunun Belirlenmesine Etkisi

Otonomlaştırılmış araçlar ile işleten ve/ veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişi arasındaki ilişkinin belirlenmesi hem sorumluluk çatışmasının değerlendirilmesinde

⁴² En azından geçiş süreci bakımından bu sonuç kabule şayandır. Ancak trafikteki tüm araçların otonomlaştırılmış araçlar olduğu ihtimalde eşit işletme tehlikesinden bahsedilebilir. Bkz Probst, 52.

⁴³ İsviçre Hukuku'nda savunulan bir görüşe göre, gelişmiş güvenlik özelliğine sahip otonomlaştırılmış araç devralan ve bunun için tipik araçlara nazaran daha fazla ödemede bulunan işletene karşı, kazaya karışan otonomlaştırılmış aracın tipik araçlardaki gibi bir işletme tehlikesi ortaya çıkardığını ileri sürmek artık isabetli olmayabilecektir. Bunun yanında aksi yönde bir kabul, yanlış piyasa eğilimlerine neden olmanın yanında, trafik güvenliğini seviyesini arttıran ileri teknik seviyeye sahip araçlara ilişkin toplumsal menfaati de zedeleyebilecektir. Bkz Probst, 40 41.

Kanımızca bu gerekçe işletme tehlikesinin farklı değerlendirilmesi hususunda isabetli değildir. Zira toplumun teknolojinin gelişmesindeki menfaati ve tipik araçlara nazaran daha fazla ödemede bulunan otonomlaştırılmış aracı satın alan işletenlerin menfaatlerinin, otonom araçların daha düşük işletme tehlikesi ortaya çıkaracağı sonucunu haklılaştıracağını belirtmek isabetli değildir. Otonomlaştırılmış araç işletenin aracın güvenilirliğinin artması nedeniyle tipik araca nazaran kazaya karışma ihtimalinin düşmesi ve bunun işletenin sigorta prim ödeme borcunun daha az takdir edilmesini sağlayacağı söylenebilir.

⁴⁴ Ancak herhalde işletme tehlikesinin somut olarak değerlendirileceği gözönüne alındığında (Yılmaz, 224) otonomlaştırılmış araçların aracın işletilmesi sırasında ortaya çıkarabileceği tehlike de somut olarak değerlendirilmelidir. Otonomlaştırılmış araçlar bakımından bunun anlamı, tipik araçlarda mevcut olan arızaların bu araçlarda da mevcut olabileceği, zarar doğurucu kazanın bu nevi arızadan kaynaklandığı ihtimalde, aracın otonom olup olmaması herhangi bir fark doğurmuyacağından -diğer tüm hususlar (ek kusur, ortaya çıkardığı somut tehlike vb) sabit ve eşit olmak şartıyla- farklı bir işletme tehlikesini gözönüne alınması isabetli olmayacaktır. Bunun yanında her iki otonomlaştırılmış araç bakımından da işletme tehlikesinde farklılık doğabilir. Örneğin, trafik kurallarına uymak suretiyle 50 km hızla giden bir otonomlaştırılmış araç ile 100 km hızla giden otonomlaştırılmış aracın ortaya çıkaracağı işletme tehlikesi farklı olacaktır.

hem de rücu da önem arz edebilir. Daha önce belirttiğimiz üzere sürücü ile otonomlaştırılmış araç arasındaki ilişkinin belirlenmesinde otonomlaştırılmış aracın teknik özellikleri önemli rol oynayacağından, otonomlaştırılmış aracın sahip olduğu özelliklere göre, sürücünün kusurlu hukuka aykırı davranışının mevcut olup olmadığı belirlenecektir. Otonomlaştırılmış aracın teknik özellikleri, sürücünün ne zaman bir kusurlu hukuka aykırı davranışının olacağına belirlenmesinde tipik araçtakinden farklı bir değerlendirmeyi haklılaştıracaktır.

3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış araçlarda, sürüşün sisteme bırakıldığı durumda, sürüş faaliyetinin gerçekleştirilmesi bakımından sürüşe müdahale etmesine gerek olmamasına rağmen⁴⁵, sistemin devre dışı bırakılması, gerektiğinde sürüşün devralınması hususları gözönüne alındığında araç üzerinde nihai hakimiyetin sürücüde olması gerekliliği, sisteme rağmen sürücü kavramına bağlı kalmayı zorunlu kılar.

Sürücünün hukuka uygun davranışa dahi salt sistemdeki arızanın kazaya sebep olması durumu dışında, sürücünün başlangıçta, sürüş sırasında veya sonunda sisteme müdahale edebilecek durumda olması, hatta AKTK §1b'de görüleceği üzere belirli durumlarda müdahale etmekle yükümlü olması, 5. seviye hariç otonomlaştırılmış araçlarda da sürücünün hukuka aykırı kusurlu davranışının doğabileceği durumların varlığını ortaya koymaktadır. Diğer deyişle otonomlaştırılmış araçlarda da sürücünün kusurlu hukuka aykırı davranışı sözkonusu olabilir. Sürüşün sisteme bırakılması bu hususta herhangi bir değişikliğe neden olmayacaktır. Örneğin 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış araçlarda, sürücünün araç sistemine aracın kontrolünün kusurlu bir şekilde bırakması durumunda veyahut aracın kontrolünün hukuka uygun şekilde bırakılmasına rağmen sistemdeki arıza nedeniyle sürücünün devreye girmesi gerekirken girmediği veya geç müdahale ettiği durumlarda da sürücünün kusurlu hukuka aykırı davranışının varlığından bahsedilebilecektir⁴⁶. Bu halde işleyen ve sürücü sorumlu olmakla birlikte bu husus ayrıca işleyen bakımından ek kusur teşkil edecektir.

Belirtilenler ışığı altında 5. seviye hariç diğer seviyelerde bir sürücünün varlığına ihtiyaç duyulması, KTK kapsamında işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişi(ler) arasında sürücünün yer alması, sürücünün ayrıca kendi kusurundan dolayı

⁴⁵ Alman Hukuku'nda Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda yapılan değişiklik öncesi, sürüşün sisteme bırakıldığı durumda yargı kararlarıyla belirlenen sürücü kavramının artık sisteme ait olduğu ve otonomlaştırılmış aracı kullananların bu süreç için sürücü olarak nitelendirilemeyeceği, kanunkoyucunun, sürüşe etki edebilecek durumda olan sürüş eğitmenlerini sorumluluk bakımından sürücü olarak nitelendirmediği gözönüne alındığında, otonomlaştırılmış aracı kullananların da sürüş eğitmeninden farklı şekilde ele alınmayacağı yönünde isabetsiz görüş için bkz von Bodungen and Hoffmann, 452 vd; ayrıca bkz Çekin, 292-293; metinde belirttiğimiz gerekçelerle ne Türk/ İsviçre ne de Alman Hukuku bakımından özellikle Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda yapılan değişiklik sonrası kabul edilebilir bir görüş değildir. Kaldı ki KTK'ya göre aracı sevk ve idare eden kişi sürücü olduğundan, 2. seviye ve üzeri araçların sürücü koltuğunda bulunan, sürüşü başlatan gerektiğinde sürüşe müdahale edebilen veya sürüşü sona erdirebilecek kişi olması nedeniyle sevk ve idare kavramı içerisinde yer aldığı söylenebilir.

⁴⁶ Probst, 41-42.

BK m 49'a göre sorumlu olması nedeniyle, *işletenin sorumluluğunun belirlenmesi bakımından*, otonomlaştırılmış araçlarda sürücünün kusurlu hukuka aykırı davranışı özellik arz eden bir durum ortaya çıkarmayacak görünmektedir. Sürücünün aracı sevk ve idare eden kişi olarak tanımlanmış olması, bu sevk ve idare sürecindeki kusurlu hareketinden genel hükümlere göre sorumlu olacağının kabulü ile ayrıca bunun işletenin ek kusuru olarak değerlendirileceği hususunda KTK'daki ilgili hükümler, otonomlaştırılmış araçları kullanan sürücülerin hukuka aykırı ve kusurlu davranışlarının sonuçlarına ilişkin ortaya çıkan ihtiyaca cevap verecek niteliktedir.

Otomotiv endüstrisindeki teknik gelişmeler bakımından kayda değer çalışmaların yapıldığı Almanya'da AKTK'ya eklenen §1a ve §1b maddeleri, sistemin sürüşün kontrolünü *sürücünün iradesi dışında* kendiliğinden ele almasının hukuki düzenlemeye henüz yansiyacak yeterlilikte olmadığını göstermesi ve sürücünün araç üzerinde nihai kontrolüne olan ihtiyacı ortaya koyması bu sonucu desteklemektedir. İTK m 31 I ve Karayolları Trafik Konvansiyonu m 8 V'e eklenen fıkra ile, de lege lata, 5. seviye hariç, otonomlaştırılmış araçlarda, nihai kontrolün sürücüde bulunduğu ve sistemin ortaya çıkaracağı riskleri araç üzerinde nihai kontrole sahip sürücünün sürüşü devralmak suretiyle en aza indirmesi ve/veya dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranması gerektiği Türk ve İsviçre Hukuku bakımından da kabul edilmelidir⁴⁷. Bu nedenle otonomlaştırılmış araçlarda, işletenin sorumluluğunda olduğu gibi sürücünün kusurlu hukuka aykırı davranışı nedeniyle sürücünün sorumluluğu bakımından da Alman Karayolları Trafik Kanunu'ndan farklı olarak kazuistik bir düzenlemeye gerek olmadığı kanısındayız.

3. Zarar Görenin Kusurunun Belirlenmesine Etkisi

Rücuda farklı olarak sorumlulukların çatışmasında zarar görenin kusuru da dikkate alınabileceğinden, zararın paylaşılmasında aracın otonomlaştırılmış olup olmamasının zarar görenin kusuruna etkisi de ayrıca değerlendirilmelidir. Bu kapsamda zarar görenin kusuru, zararın 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış araçların karıştığı kazadan doğduğu durumda, aracın kontrolü kısmen veya tamamen sisteme bırakılsa da sürücünün aracın nihai kontrolü ve gözetiminden sorumlu olmasına dayandığından tipik araçlarda olduğundan farklı bir değerlendirmeyi haklılaştırmayacaktır. Zararın doğumunda zarar görenin kusurunun olduğu ihtimalde, zarar veren aracın otonomlaştırılmış olup olmaması önemli değildir⁴⁸. Örneğin, 90 km

⁴⁷ Alman Karayolları Trafik Kanunu'ndaki düzenlemeden önce İsviçre Hukuku'nda şu sorulara cevap aranmıştır. Acaba otonomlaştırılmış araçların karıştığı kazada, sürücü hukuki sorumluluktan kurtulabilir mi veya kurtulmalı mıdır? Diğer deyişle sürücü, aracın kontrolünü geçici veya sürekli bir şekilde sisteme bıraksa dahi sürücü niteliğini koruyacak mıdır? Sürücü bu süreler içerisinde araçtaki yolcu gibi değerlendirilir mi ve bu surette sistem, ortaya çıkan zararın tazmini bakımından sürücüyü sorumluluktan kurtarabilir mi? Bkz ibid 41; ayrıca bkz Çekin, 293; Alman Karayolları Trafik Kanunu'ndaki eklemeler ve değişiklikler gözönüne alındığında en azından yakın dönemde 3. ve 4. seviye araçların trafiğe çıkma ihtimalinin 5. seviyeye nazaran daha yüksek olması ve 3. ve 4. seviye bakımından bir sürücünün varlığının kabul edilmesi karşısında bu sorular cevabını bulmuş görünmektedir.

⁴⁸ Probst, 40.

hızla giden otonomlaştırılmış araç ile yine aynı hızda giden tipik aracın, illiyet bağıni kesecek ağırlıkta olmayacak şekilde yola kontrolsüz bir şekilde çıkan yayaya çarptığı ihtimalde, zararın doğumunda zarar görenin kusuru farklı bir değerlendirmeye konu olmayacaktır.

Buna karşı zarar görenin işleten ve/veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişi olduğu ve aracının kazaya karıştığı durumda, aracın otonomlaştırılmış olup olmaması, işletme tehlikesi ve işleten/işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekliliği bakımından önem arz edebilir⁴⁹. Bu hususta da zarar görenin aracının karıştığı kazada, otonomlaştırılmış araçlar bakımından işletme tehlikesi daha düşük değerlendirilebileceğinden, bu husus zarar görenin işleten olduğu durumda ona ödenecek tazminatı etkilebilecektir. Aynı şekilde sürücünün kusurunun olup olmadığı hususunda da aracın otonomlaştırılmış olup olmaması etkili olacaktır. Aracın otonomlaştırılmış olup olmamasına, şayet otonomlaştırılmış ise teknik özelliklerin sürücüye ne tür yükümlülükler yüklediğinin belirlenmesine bağlı olarak, sürücünün kusurlu hukuka aykırı davranıp davranmadığı, davranmış ise aykırılığın derecesi belirlenecektir.

C. Tazminatı Ödeyen Sorumlunun Diğer Sorumlulara Rücuya Etkisi

1. Genel Olarak

Otonomlaştırılmış araçların ülkemiz karayollarında görünmeye başladığı andan itibaren bu araçların karıştığı kazadan doğan zararları sorumlulardan birinin tazmin ettiği durumda, bu sorumlu zararın tazmininden sorumlu olan diğerlerine başvurabilecektir⁵⁰. Olayların büyük çoğunluğunda sigortacı zarar görenin zararını tazmin edecektir. Zararı tazmin eden sigortacı, otonomlaştırılmış aracın karıştığı kazada, zarar hem teknik arızadan hem de sürücüden kaynaklanmış ise⁵¹, zararın ortaya çıkmasında müteselsil sorumlu olan tehlike sorumluluğu esasına göre kusursuz sorumlu işletene, kusurlu sorumlu sürücüye ve ayrıca üreticiye rücu edilebilecektir. Örneğin, sürüşün araç sistemine bırakıldığı, ancak sistemin gereği gibi çalışmadığı bu hususta da sürücüyü uyarmadığı, sürücünün bu durumu geç fark ettiği ihtimalde, aracın yayanın yaralanmasına sebep olmasında görülebilir. Otonomlaştırılmış sürüş imkanı veren aracın karıştığı kazada, zarar sadece teknik arızadan meydana gelmiş ise sürücünün herhangi bir kusuru yoksa, zarar görenin zararını tazmin eden sigortacı, sürücü hariç diğer sorumlulara rücu edebilecektir⁵².

⁴⁹ ibid 40.

⁵⁰ İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Lohmann and Rusch, 352

⁵¹ Yazar, uzun sürece önce, otomobil endüstrisindeki modern tekniklerin, sürücünün hukuka uygun davranabilmesinin kendisinden beklenebilirliğine ilişkin standartların yükselmesine neden olacağını belirtmiştir. Bkz. Karl Oftinger and Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/2, Besonderer Teil, Zweiter Teilband, Gefährdungshaftungen: Motorfahrzeughaftpflicht und Motorfahrzeughaftpflicht-versicherung*, (4. Aufl, Schulthess 1989) (n 485) §25.

⁵² Ayrıtan doğan sorumluluk hükümlerine göre satıcıya rücu edilebilir, ancak ayrıtan doğan sorumluluğun doğabilmesi için gerekli olan külfetlerin yerine getirilmesi zarar gören ve zarar görenin haklarına halef olan sigortacı için olumsuzluklar

Belirtilenlerden de anlaşılacağı üzere, otonomlaştırılmış araçların karıştığı kazada, zararın doğumunda sistemdeki arızanın etkisi, üreticinin sorumluluğunu da etkileyecektir. Üreticinin sorumluluğuna ilişkin kanuni düzenlemelerin yer aldığı Almanya ve İsviçre Hukuk sistemlerinden farklı olarak, Türk Hukuk sisteminde üreticinin sorumluluğunun kusur sorumluluğu mu yoksa kusursuz sorumluluk mu olup olmadığı; kusursuz sorumluluk ise kanuni dayanağının ne olduğu yönünde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁵³. Doktrindeki üreticinin sorumluluğuna ilişkin tartışmalar

doğurabilecektir. Bkz Kupferschmied, 359; ancak bu sonuç üçüncü kişiye etkili sözleşme teorisi gözönüne alınırsa kabule şayandır. Zira satım sözleşmesinin tarafı satıcı ve alıcı olup zarar gören üçüncü kişi satım sözleşmesinin tarafı değildir. Alıcıya sağlanan sözleşmeye dayanan komutan, zarar gören üçüncü kişi, üçüncü kişiye etkili sözleşme teorisi vasıtasıyla yararlanabilir. Ancak satıcı üretici kapsamı içerisinde yer alırsa, bu halde zarar gören ister üçüncü kişi isterse alıcı olsun satıcıya karşı üreticinin sorumluluğu kapsamında başvurulabilir.

Bu hususlar gözönüne alınmaksızın genel itibarıyla rücu edebileceğini söylemek isabetli değildir. Zarar gören alıcı ise, alıcının satıcı üretici kapsamında değerlendirilmesinden bağımsız olarak ayaftan doğan sorumluluk kapsamında satıcıya başvurabileceği açıktır. Örneğin işleten, araçtaki teknik arıza nedeniyle kaza yapmış, hem bedensel hem maddi zarara uğramışsa, bu halde işleten satıcıya ayaftan doğan sorumluluk hükümlerine göre, satıcı üretici kavramı içerisinde yer alıyorsa ayrıca üreticinin sorumluluğuna göre, üretici olarak nitelendirilebilecek satıcı dışındaki diğerlerine karşı da ürün sorumluluğuna göre başvurulabilir. Bu halde her ikisi de bu zarardan müteselselen sorumludur. Ayrıca örnekte sorumlulukların çatışmasından da bahsedilebilir. Bunun sonucu olarak zarar gören işletenin, araç işletmekle ortaya çıkardığı işletme tehlikesi kendisine ödenecek tazminatın belirlenmesinde gözönüne alınacaktır. Bu halde araç otonomlaştırılmış araç ise daha az işletme tehlikesi ortaya çıkaracağı da gözardı edilmemelidir.

⁵³ Türk Hukuku'nda üreticinin sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu mu yoksa bir kusursuz sorumluluk mu olup olmadığı tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, üretici, doğan zararların tazmininden kusursuz sorumludur. Kusursuz sorumluluğun dayanağı hususunda değişik görüşler ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan kusursuz sorumluluğun ayaftan doğan sorumluluğa dayandığı yönünde bkz Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Beta, 2012) 609; aynı yönde bkz Fadil Yıldırım, 'Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu' *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 8-9 Mayıs 2009* 19, 23 vd; aynı yönde bkz Emrah Kulaklı, *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı*, (On İki Levha, 2009) 23 vd; kusursuz sorumluluğun türüne değinmemekle birlikte aynı yönde bkz Çiğdem Kırcı, *Ürün Sorumluluğu*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007) 94 -95; kusursuz sorumluluğun kabul edildiğinin 4703 sayılı Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun m 5 IV'ün ifadesinden anlaşıldığı yönünde bkz Kemal Oğuzman and Turgut Öz; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (C. II, 13 edn. Vedat 2017) (n 670); tehlike sorumluluğu olduğu yönünde bkz Rona Serozan, "Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri", (2003) 61 (1-2) İÜHF 339, 347; Oğuz Sadık Aydos, *Ürün Sorumluluğu*, (Adalet, 2009) 94 -96; aynı yönde bkz Ünsal Dönmez, "Türk ve Alman Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk" (2016) (1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 381, 392; Veysel Başpınar, 'İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu' *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 8-9 Mayıs 2009*, 85, 99; genel olarak, üreticinin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu kapsamında yer almayan sui generis bir kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz Meliha Sermin Paksoy and Gizem Aslan Demir, 'Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması', (2013) (2) İÜHF 299, 313-314 ; TBK m. 66 III gereği organizasyon sorumluluğu kapsamında değerlendirilebileceği yönünde bkz Ahmet Türkmen, '6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m 66 /III)', (2012) (2) İÜFM 257, 258;

Aksi yöndeki görüşe göre, üreticinin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmesi için gerekli yasal düzenlemenin mevcut olmadığı, Ayıplı Malın Sebep Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik'te sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk olarak nitelendirmesine rağmen, yönetmelikle bu hususun düzenlenmesinin hukuka uygun olmadığı, 4703 sayılı Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun'un üreticiye bir takım yükümlülükler getirilmiş de bu yükümlülüklerin ihlalinin idari veya para cezası gibi yaptırımlara tabi kılındığı bu nedenle kanunun kusursuz sorumluluğa dayanak oluşturamayacağını, bu nedenlerle üreticinin sorumluluğunun genel sorumluluk prensibi olan bir kusur sorumluluğu olduğu yönünde bkz. Tuba Akçura Karaman, 'Üreticinin Sorumluluğu', *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009) 295, 299 vd; Tuba Akçura Karaman, 'Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu', (Vedat, 2008), 119-120; kusur sorumluluğu olduğu yönünde bkz. Ayşe Havutçu, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk; Üreticinin Sorumluluğu*, (Seçkin 2005) 130;

Yargıtay 'da genel itibarıyla üreticinin sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu olduğunu belirtmiştir. Bkz. Y. 4 HD. 7799/1330, 15.2. 2005 (Kazancı): "...Davacı, zarar gören konumunda olup, bu zararın davalının ürettiği araçtaki yapım hatasından kaynaklandığı iddia edilmiştir. İddia ve somut olayın oluş biçimi itibarıyla konu, imalatçının sorumluluğunu çağrıştırmaktadır. İmalatçının sorumluluğundan doğan tazminat davaları da, haksız eylemden doğan davalardaki yönetime göre çözümlenmelidir..."; ayrıca bkz Y. 4. HD. 11057/ 1826, 26. 2. 2003 (Kazancı); Y. HGK. 4-114/ 84, 13. 2. 2002 (Kazancı); Y. 4. HD. 517/ 3348, 11. 4. 2000 (Kazancı); Y. 13. HD. 2040/ 2557, 19.3.1998 (Kazancı); Y. 4. HD. 4787/ 8679, 25. 9. 1997 (Kazancı)

İsviçre Hukuku'nda Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kanun (PrHG) m 1 I' e veya OR Art. 55(TBK m 66)'a göre, otonomlaştırılmış araçlardaki teknik arızadan doğan zararlardan üreticinin kusursuz sorumlu olacağı yönünde bkz Lohmann and Rusch, 351; her seviye otonomlaştırılmış araçlar bakımından üreticinin sorumluluğunun sözkonusu olduğu yönünde bkz Kupferschmied, 360 ; araç sistemindeki arızanın yazılımdan mı yoksa donanımdan mı kaynaklanıp kaynaklanmadığına

ve otomobil endüstrisindeki gelişmeler gözönüne alındığında, otonomlaştırılmış sürüşe imkan tanıyan araçların ülkemizde karayollarına çıkmasından önce üreticinin sorumluluğuna ilişkin tartışmaları sona erdirecek özel bir düzenlemenin kabul edilmesine ilişkin ihtiyaç daha yoğun hissedilecektir. Kanımızca bu nedenle, üreticinin kusursuz sorumluluğuna ilişkin zarar görenin tüketici niteliğinde olmasını gerektirmeyen, bu açıdan genel, ancak genel sorumluluk hükümlerine nazaran özel bir düzenlemenin kabul edilmesi gerekir. Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Tasarısı m 6. I, ürünün bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısının zararı gidermekle yükümlü olduğu yönünde bir düzenlemeyi içermektedir. İlgili tasarının kanunlaşması en azından ürün sorumluluğunun yasal zemine dayandırılması ihtiyacını karşılayacaktır⁵⁴.

2. İç İlişkide Zararın Paylaştırılmasına Etki Eden Unsurlar

Rücuda paylaştırmada hangi kriterlerin rol oynayacağı meselesi de ayrıca incelenmelidir. Genel olarak, sorumlular arasında zarar, zarara neden olma oranlarına göre paylaştırılacaktır. Zarara neden olma hususunda bütün durum ve koşullar özellikle zararın ortaya çıkmasında yaratılan tehlike (özel olarak işletme tehlikesi) ve kusur gözönüne alınacaktır⁵⁵. Bu sonuç TBK m 62'nin aynı zararın tazmininden birden fazla sorumlunun var olduğu ihtimalde zararın paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunun gözönüne alınacağını belirten genel hükme dayanmaktadır. Ancak KTK'da rücu hususuna ilişkin bu hükme nazaran özel nitelikte ancak içerik itibarıyla genel hükme paralel hükümler sevk edilmiştir⁵⁶.

KTK m 88 (İTKK m 60) üçüncü kişilerin uğradığı zararların tazmininden birden fazla kişinin sorumlu olduğu hali düzenlemekte olup, sorumlulardan birinin diğerine rücu hususunda gözönüne alınması gereken hususlar KTK m 88 II'de belirtilmiştir. KTK m 88 II c 1, sorumlular arasında zararın, olayın bütün şartlar altında değerlendirilerek paylaştırılacağını belirtmiştir. Hüküm zararın paylaştırılmasında olayın bütün şartlarının değerlendirilmesini aramıştır. Bu kapsamda işletenin sorumluluğu bakımından zararın paylaştırılmasında işletme tehlikesi ve işletenin/ işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru dikkate alınacaktır⁵⁷. Aracın

göre, yazılım mühendisi veya ilgili diğer çalışanlar da üreticinin yanında müteselsil sorumlu olacaktır. Herhalde üreticinin sorumluluğundan bahsedilebilir.

⁵⁴ Aynı yönde bkz Çekin, 295.

⁵⁵ Yılmaz, 226 vd

⁵⁶ Otonomlaştırılmış araçların karıştığı kazada doğan zararın tazmininden müteselsil sorumluluk ve rücu bakımından, içerik itibarıyla paralel bir düzenlemeler içerse dahi KTK'nın müteselsil sorumluluk ve rücu hususundaki özel hükmünü gözardı eden, TBK m 62'e dayanan isabetsiz görüş için bkz Çekin, 298-299.

⁵⁷ Probst, 45; hem sorumlulukların çatışmasında hem de rücu da zararın paylaştırılması bakımından herhalde işletme tehlikesinin gözönüne alınacak olması nedeniyle herhangi bir kusuru olmasa dahi kusursuz sorumlu işleten, ödediği tazminatın tamamını kusurluya rücu edemeyecektir. İşletme tehlikesi nedeniyle zararın bir kısmına katlanmalıdır. İşletenin ek kusuru varsa, kusur işletme tehlikesiyle birlikte dikkate alınır. Herhalde kusur ve işletme tehlikesinin birlikte gözönüne alınacaktır. Bkz Nomer, 1, 45, 47-48; aynı yönde görüşe katılmakla birlikte aksi yönde görüşler ve tartışmalar için bkz Hatice

donanım ve yazılımında mevcut arızanın kazanın meydana gelmesine katkısı olduğu ihtimalde de işletenin sorumluluğu bakımından işletme tehlikesi ve varsa kusur, kusursuz sorumluluk olduğunu kabul ettiğimiz ürün sorumluluğu bakımından ise, ürün sorumluluğunun esasları olan ürünlerin üretiminden doğan objektif düzensizlik rücuda gözönüne alınacak değerlendirme kriterleri arasında yer alır⁵⁸. Rücu hususunda belirtilenler bu bakımdan sorumlulukların çatışmasında olduğu gibidir.

3. Ürün Sorumlusu ile İşleten Arasında Zararın Paylaştırılmasına Etkisi

Zararın tazmininden tipik aracı işletenin ve ürün sorumlusunun sorumlu olduğu ve işleten ile ürün sorumlusunun sorumluluklarını arttırıcı etkenler mevcut olmadığı ihtimalde (ek kusur gibi), işletene %55, ürün sorumlusuna %45 oranında zarar paylaştırılmaktadır⁵⁹. Ancak bu halde ürün sorumluluğu olağan sebep sorumluluğu olması nedeniyle, işletme tehlikesi olağan sebep sorumluluğunun ortaya çıkardığı objektif düzensizliğe nazaran daha ağırlıklı bir etken olarak değerlendirmeyi haklılaştırır. Bu nedenle zararın görece ağırlıklı kısmına işletenin katlanması gerektiği söylenebilir⁶⁰. Ancak otonomlaştırılmış araçlar bakımından işletme tehlikesinin diğerine göre daha düşük belirlenebileceği gözönüne alındığında, ürün sorumlusu ile işletenin zararın paylaşılmasında yarı oranında sorumlu olabileceği söylenebilir⁶¹.

Herhalde somut işletme tehlikesinin gözönüne alınacağı unutulmamalıdır. Bu noktada otonomlaştırılmış araçların karıştığı kazada, otonomlaştırılmış aracın sistemindeki arızanın kazanın doğumuna sebep olduğu ihtimalde, ürün sorumluluğunun hukuki niteliğinden yola çıkarak zararın paylaşılması esas değil, her bir sorumlunun zarar verici sonucun doğumundaki katkısı esas alınması gerekir. Bu husus kazanın meydana gelmesinde araç sistemindeki arızanın işletme tehlikesine nazaran ağırlıklı etken unsur olabileceği durumlarla karşılaşılabileceği sonucuna yol açmaktadır. Bu halde üreticinin sorumluluğunun işleten lehine genişlediği sonucuna varılabilir. Örneğin, sürüşün sisteme bırakılmasından sonra kar yağması ve sistemin hava şartlarını doğru değerlendirmemesi nedeniyle sürücüyü sürüşü devralma imkanı vermeksizin trafik güvenliğini tehlike atan manevra yapması, aracın yol dışına çıkarak ağaca çarpması ve sürücünün yaralanması halinde görülebilir. Bu halde işletme

Karaca Çetin, 'Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı)', (Doktora tezi, İstanbul Üniversitesi 2015) 351 vd

⁵⁸ Probst, 78; işletenle birlikte olağan sebep sorumlusunun da zararın tazmininden müteselsil sorumlu olduğu ihtimalde işletme tehlikesi ile objektif düzensizliğin zararın paylaşılmasında gözönüne alınacağı yönünde bkz. ibid 78, 46-47.

⁵⁹ Yapı malikinin kusursuz sorumluluğu ile işletenin sorumluluğu hususundaki paylaşımı gözönüne alarak aynı sonuca ulaşan değerlendirme için bkz ibid 78, 46-47.

⁶⁰ Ürün sorumluluğuna ilişkin herhangi bir ifadeye yer vermemekle birlikte olağan sebep sorumluluğu ile işletenin sorumluluğunun yarıştığı ihtimalde aynı yönde bkz Yılmaz, 294; Probst, 46-47; Nomer, 45.

⁶¹ Probst, 47-77; Genel olarak sorumluluğu arttırıcı etkenler olmadığı sürece, olağan sebep sorumlusu olan hayvan bulunduran ile otonom olmayan tipik araç işletenin kazadan sorumlu olduğu halde, zararın paylaşılmasında 10/15 işletene, 5/10 hayvan bulundurana sorumluluk yüklenebilir. (Bkz BGE 108 II 51) İşletme tehlikesinin daha düşük derece belirlenebileceği gözönüne alındığında, işletene 9/15, hayvan bulundurana ise 6/15 oranında sorumluluk paylaşılabilir. Bkz ibid, 47.

tehlikesi mevcut olmakla birlikte kazanın oluşmasında ağırlıklı etken sistemin doğru değerlendirilmede bulunmaması ve bu hususta sürücüyü uyarmamasıdır. Hatta bu halde sürüşü devralması gerektiği sürücünden beklense dahi sistem bu halde devralmaya izin vermezse sürücünün kusurlu olduğundan da bahsedilemez. Bu halde sorumluluk işleten ve ürün sorumlusu arasında paylaşılacaktır. Zarar görenin zararının tazmini noktasında, arıza işletme tehlikesi içerisinde yer alacak olsa da gerek sorumlulukların paylaşılmasında gerekse rücuda iç ilişki bakımından zararın paylaşılmasında, işletene nazaran ürün sorumlusu zararın tazmininden daha yüksek oranda sorumlu olmalıdır. Zira örnekte de görüleceği üzere, kazanın oluşmasında sistemdeki arıza işletme tehlikesinden daha ağırlıklı bir etkidir. Bu nedenle zararın tazmini bakımından sorumluluğunun ağırlıklı kısmı ürün sorumlusu üzerinde bırakılmalıdır. Bundan ayrı olarak işletme tehlikesinin objektif düzensizliğe nazaran daha ağırlıklı etken olarak değerlendirilebileceği durumlar da ortaya çıkabilir. Bu halde artık zararın tazmininden işleten, ürün sorumlusuna nazaran daha yüksek oranda zararın tazmininden sorumlu olacaktır.

4. İşletenler Arasında Zararın Paylaşılmasına Etkisi

KTK m 88 II c 2'e göre, birden fazla işletenin sorumlu olduğu ihtimalde, özel durumlar ve özellikle araçların işletme tehlikeleri, zararın iç ilişkide farklı şekilde paylaşılmasını haklı göstermedikçe, işletenler kusurları oranında zarara katlanacaktır. KTK m 89 I'de ise, birden fazla işletenin karıştığı kazada, yani sorumlulukların çatıştığı ihtimalde işletenlerden birinin uğradığı bedensel zararın diğeri tarafından tazmininde gözönüne alınması gereken hususlar KTK m 88 II c 2'de belirtilenle aynıdır. Bu kapsamda işletenler arasında hem sorumlulukların çatışmasında hem de iç ilişkideki rücu sorununda, otonomlaştırılmış aracın karıştığı kazada, kural olarak, her iki aracın ortaya çıkardığı tehlike genel itibariyle bir birine eşit değerlendirilecek, paylaşım oranı işletenlerin ve/veya eylemlerinden sorumlu oldukları kişilerin kusurlarına göre farklılaşabilecektir⁶². Bu halde 5. seviye otonomlaştırılmış araçlar hariç, otonomlaştırılmış aracın nihai kontrolünün sürücüde olmasının gerektiği gözönüne alındığında, işletenin/ işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olup olmadığına göre, işletenler arasında zarar paylaşım oranı belirlenecektir⁶³. Ancak biri tipik araç diğerrinin otonomlaştırılmış araç olduğu ihtimalde otonomlaştırılmış araç işletenin sorumluluğu bakımından işletme tehlikesi diğerrine göre daha düşük oranda belirlenebileceği gözardı edilmemelidir.

Otonomlaştırılmış aracın işletenin ve/veya işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru mevcut ise, bu kusur ek kusur olarak değerlendirilip işletenin

⁶² Sorumlulukların çatışması bakımından aynı yönde bkz. Probst, 50-51; rücu bakımından aynı yönde bkz Probst, 48; tipik araç ile motorsizletli sürücünün karıştığı kazada, ağır kusurlu motorsizletli sürücünün %75 oranında, hız ve süratini ayarlayamayan araç sürücünün ise %25 kusurlu olduğu yönünde Yargıtay kararı için bkz Y. 17 HD. 232/11232, 4. 12 2017 (Kazancı)

⁶³ Ibid 48-49.

sorumluluğu bakımından bu oranı arttırılabilecektir. Bunun yanında özel durumlar ve özellikle işletme tehlikeleri farklı şekilde paylaştırmayı haklı kılmadıkça ifadesi, kusur ve işletme tehlikesi yanında, sistemden doğan arızaların meydana gelmesi araçta bozukluk olarak değerlendirilecek, sorumlulukların çatışmasında ve bir işletenin diğerine rücuda işletenlerin sorumluluğu bakımından işletme tehlikesini arttırılabilecektir. Örneğin aynı hız ve ağırlıkta tipik ve otonomlaştırılmış aracın karıştığı kazada, kazanın otonomlaştırılmış araçtaki sistemin var olmayan bir riski varmış gibi kabul ederek sürücünün kontrol edemeyeceği şekilde yanlış manevra yapması durumunda, otonomlaştırılmış aracın ortaya çıkardığı işletme tehlikesi sistemdeki arıza nedeniyle daha yüksek belirlenecektir⁶⁴.

5. İşleten ile Kusurlu Sorumlu Arasında Zararın Paylaştırılmasına Etkisi

Tipik araçlarda olduğu gibi otonomlaştırılmış araçların karıştığı kazada, işletenin yanında, kusurlu sorumlu olan kişiler arasında sayılabilecek yayalar, bisiklet sürücüleri veya aracın sürücüsü de üçüncü kişiye verilen zararlardan dolayı işletenle birlikte sorumlu olabilir. Genel olarak, sorumluluğu artırıcı etkenler olmadığı sürece, tipik aracı işleten ile kusurlu sorumlu arasında zararın paylaşılmasında, işletenin ve kusurlu sorumlunun kusuru eşit ise, işleten ve kusurlu sorumlu yarı yarıya sorumlu olabilir. Ancak otonomlaştırılmış araç ile kusurlu sorumlu arasında bu oran araç işleten lehine değişebilecektir. Bu halde %45 işleten %55 kusurlu sorumlu zararı paylaşacaktır⁶⁵. Her somut olayın özelliğine göre bu oranlarda değişiklik söz konusu olabilir.

Zararın tazmininden işleten işletme tehlikesi nedeniyle sorumlu olduğu ve kusur sorumlusunun kusurunun ağır olduğu ihtimalde, genel olarak %75 oranda kusurlu sorumluya, %25 ise işletene zarar paylaşılabilir⁶⁶. İşletenin aracı otonomlaştırılmış ise bu oran işleten lehine daha hafif takdir olunabilir. Bu halde zararın paylaşılmasında kusurlu sorumluya %80, işletene ise %20 oranında zarar paylaşılabilir. Örneğin yayaların ve bisikletlilerin çıkabileceği karayolunda kurallara uygun şekilde seyreden tipik aracın kusursuz sürücüsü, illiyet bağının kesilmesine neden olmayacak ağırlıkta kusurlu olan ve yola çıkan bisikletli sürücüye çarpar. Bisikletli sürücü yaralanır. Bu halde herhangi bir sürücüdün içinde bulunduğu durumda bisikletliyi fark etmesi kendisinden beklenemese dahi⁶⁷, otonom aracın

⁶⁴ KTK m. 89 II işletenler arasında, eşyaya gelecek zararlardan dolayı sorumluluğu düzenlemiştir. Hükümde işletenler arasındaki eşyaya gelecek zararlardan dolayı işletenin sorumluluğu bir tehlike sorumluluğu olarak kararlaştırılmamıştır. Bu neden işletenin sorumluluğu bakımından belirttiğimiz işletme tehlikesi bu hususta dikkate alınmayacaktır. Ancak otonomlaştırılmış araçlar bakımından da işletenin ve/veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurunun olup olmamasına göre zararın tazmininden işletenin sorumlu olup olmadığı belirlenecektir. Bkz Ibid 51-51; Nomer, 49.

⁶⁵ Probst, 47-48.

⁶⁶ İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında yolda 80-90 km hızla kontrollü bir şekilde seyreden aracın yola çıkan sarhoş bir yaya çarpması nedeniyle doğan zarardan yayanın tek başına sorumlu olacağına hükmetmiştir. Bkz BGE 85 II 516; tipik araçlar bakımından işleten ve kusur sorumlusunun birlikte zararı paylaşım oranları için bkz. Yılmaz, 232.

⁶⁷ Bu husus, sürücünün sürüşü devralmasının kendisinden beklenebilirliğiyle de ilgilidir.

sensörleri bisikletli sürücünün ortaya çıkaracağı riski analiz ederek, durma ve manevra konusunda kazayı önleme ve/veya riski minimum düzeye indirmek için gerekli sürüş faaliyetini yürütebilecektir. Buna rağmen kaza ortaya çıkarsa bu halde işletme tehlikesi daha düşük oranda değerlendirilmelidir. Herhalde sürücünün kusuru olmadığı ihtimalde ona rücu edilemeyecektir.

Sürücü ile işleten arasında rücu bakımından ise, zarar, sürücünün aracın işletme tehlikesine katlanmasının kendisinin bekleneceği derecede ağır kusurundan doğmuşsa bu halde, sürücü işletme tehlikesinden yararlanamayabileceği ve zararın tamamına katlanacağı söylenebilir⁶⁸. Örneğin, sürücünün sürüş sırasında uyuyakalması ve aracın karayolu dışına çıkarak takla atmasında olduğu gibi. Örnekte görülen durum otonomlaştırılmış araçlar bakımından da sözkonusu olabilir. 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış araçlarda sürücünün uyuyakalması, sürücünün sürüş faaliyetinin aksamadan yürütmesi için sürüşü izleme ve kontrol yükümlülüğüne aykırı davrandığını ve ağır kusur teşkil ettiği hususunda değişikliğe neden olmayacaktır. Özellikle 4. seviye otonomlaştırılmış araçlarda sürüşün kontrolünü devralmadığı ihtimalde dahi aracın riski en aza indirecek şekilde sürüşü gerçekleştirebilecek durumda olması, bu nevi aracın karıştığı kazada sürücünün hukuka aykırı ve kusurlu davrandığı sonucunu etkilemeyecektir. Bu halde zararın tamamını tazmin eden işleten ve/veya sigortacı sürücüye zararın tamamının tazmini için başvurabilecektir.

Ancak bazı hallerde sürücü kusurlu olsa dahi işletme tehlikesinden yararlanabileceği durumlar ortaya çıkabilir. Özellikle zarar, araçtaki arızadan doğmuşsa, teknik arıza işletenin sorumluluğunu arttırıcı bir etken olarak değerlendirilebileceğinden bu halde, sürücünün işletme tehlikesinden yararlanabileceği söylenebilir⁶⁹. Örneğin bu halde otonomlaştırılmış aracın karıştığı ve sürücünün yaralandığı kazada, sistemin sürüşü devralması yönünde sürücüyü beklenilenden geç uymasına rağmen sürücünün sürüşü devralmayarak kusurlu davrandığı halde, ağır kusurlu sürücü hem işletme tehlikesinden hem de araçtaki teknik arızadan yararlanarak işletenin sorumluluğuna başvurabilecektir. Bu halde işleten ayrıca ödediği tazminatı ürün sorumlusuna da rücu edebilecektir. 5. seviye otonomlaştırılmış araçlarda bir sürücüden bahsedilemeyeceğinden, bu nevi araçların karıştığı kazada, kaza ister teknik arıza isterse sadece işletme tehlikesinden doğsun işleten herhalde araç içindekilerin uğradığı zararların tamamından sorumlu olacaktır.

Sonuç

Otomotiv endüstrisindeki gelişmeler gözönüne alındığında, beş seviyeden oluşan otonomlaştırma seviyelerinden bahsedilebilecektir. Bu seviyeler Alman Karayolları Trafik Kanunu'ndaki düzenlemede görüleceği üzere hukuki bakış açısından da

⁶⁸ Ayrıca bkz ibid 234-236.

⁶⁹ Yılmaz, 235-236.

korunmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda Alman Karayolları Trafik Kanunu özellikle 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış araçları düzenlemesine konu yapmıştır. 5. seviye otonomlaştırılmış araçların ise trafiğe çıkış süreci diğer seviyelere nazaran erken dönemde tamamlanabilir görünmemektedir. Bu nedenle 5. seviye otonomlaştırılmış araçlar düzenleme dışı bırakılmıştır.

Alman Hukuku'nda mevcut Alman Karayolları Trafik Kanunu'na eklenen düzenlemelerle, 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış motorlu taşıt tanımı yeniden ele alınmış bu çerçevede sürücü ile bu motorlu taşıtlar arasındaki ilişki düzenlenmiştir. Alman Hukuku'nda bu araçların ortaya çıkardığı zararların tazmininden işletenin sorumlu olacağı hususunda herhangi bir değişiklik olmamakla birlikte, sürücü ile otonomlaştırılmış motorlu taşıt arasındaki ilişki net çizgilerle belirlenmiştir

Özellikle Türk Hukuku'nda KTK'da yer alan motorlu taşıt tanımında her seviyede otonomlaştırılmış araçların özellikleri gözönüne alındığında herhangi bir değişikliğe gerek yoktur. Bunun yanında 3. ve 4. seviye otonomlaştırılmış araçlarda bir sürücünün varlığından bahsedileceğinden ve nihai hakimiyet sürücüde olacağından KTK'da yer alan sürücü tanımında da herhangi bir değişikliğe gerek yoktur. Ancak 5. seviye otonomlaştırılmış araçlarda artık bir sürücüdenden bahsedilemeyeceğinden KTK'daki sürücü tanımı bu nevi otonomlaştırılmış araçları kapsamayacaktır.

Alman Hukuku'nda olduğu gibi Türk ve İsviçre Hukuku'nda da otonomlaştırılmış araçların karıştığı kazada, ortaya çıkan zarardan, bu araçları işletenlerin sorumlu olacağı hususunda bir değişiklik ortaya çıkmayacaktır. Kaza otonomlaştırılmış araçtaki teknik arızadan kaynaklandığı ihtimalde, işleten, kendisini sorumluluktan kurtaracak unsurlara dayanamayacak zarar görene karşı zararın tazmininden sorumlu olmaya devam edecektir. Bu açıdan da belirtilenler ışığı altında, işletenin sorumluluğu bakımından ne sorumluluktan kurtulma ne de tazminatın belirlenmesi bakımından, kanunda revizyonu gerektirecek bir hukuki değişikliğe ihtiyaç olmadığı sonucuna varılabilir.

Ancak otonomlaştırılmış araçların trafiğe çıktığı ihtimalde özellikle işletme tehlikesi bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekebilir. İşletenin sorumluluğunu arttırıcı etkenler mevcut olmadığı sürece otonomlaştırılmış araçların karıştığı kazada işletenin sorumluluğu bakımından işletme tehlikesinin daha düşük oranda belirlenebileceği sonucuna varılmıştır. Bunun yanında sürücünün kusurlu hukuka aykırı davranışının var olup olmadığının belirlenmesi bakımından da aracın otomlaştırılmış olup olmaması, otonomlaştırılmış ise aracın özellikleri ve otonomlaştırma seviyesi gözönüne alınması gereken bir etken olacaktır.

Zarar görenin uğradığı zararı tazmin eden sigortacı, zararın ortaya çıkmasında etkisi olan kişilere, özellikle KTK'daki ilgili hükümler gereği kusursuz sorumlu

işletene, kusuru varsa sürücüye, kusursuz sorumlu üreticiye rücu edebilecektir. Bu hususta Türk Hukuku bakımından üreticinin sorumluluğuna ilişkin kanuni düzenleme yapılmasına ilişkin ihtiyaç otonomlaştırılmış araçların trafiğe çıkmasıyla kendisini daha fazla gösterecektir. Bu nedenle bu araçların trafiğe çıkmasından önce üreticinin sorumluluğuna ilişkin ürün güvenliğini sağlayan bir kanundan ziyade Alman ve İsviçre Hukukları'nda olduğu gibi ürün sorumluluğunu düzenleyen bir kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

- Antalya G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Beta 2012).
- Balke R., 'Automatisiertes Fahren-Begriffbestimmungen und haftungsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit dem automatisierten Fahren' (2018) (1) SVR, 5-8.
- Berndt S, 'Der Gesetzentwurf zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes-ein Überblick, Das automatisierte Fahren auf dem Vormarsch- oder doch nur ein Schnellschluss?', (2017) SVR 121-127.
- von Bodungen B and Hoffmann M, 'Autonomes Fahren- Haftungverschiebung entlang der Supply Chain? (1. Teil)', (2016) (10) NZV 449-454.
- Burmam M, Heß R, Hühnermann K and Jahnke J, *Straßenverkehrsgesetz Kommentar 3. Teil*, (25 Aufl, Beck 2018).
- Çekin M S, 'Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk', (2018) (33) TAAD 283-301.
- Gasser T M, 'Rechtsfolgen zunehmender Fahrzeugautomatisierung', Berichte der Bundesanstalt für Strassenwesen (BASt), (Heft 83, Fachverlag NW in der Carl Ed. Schünemann KG, 2012).
- Gasser T M, 'Grundlegende und spezielle Rechtsfragen für autonome Fahrzeuge' in Markus Maurer, Christian Gerdes, Barbara Lenz and Hermann Winner (eds), *Autonomes Fahren* (Springer 2015) 544-573.
- Jänich V M, Schrader P T and Reck V, ' Rechtsprobleme des autonomen Fahrens', (2015) (7) NZV 313-318.
- Kelep Pekmez Tuba, 'Otonom Araçların Kullanımından Doğan Ceza Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme', (2018) (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 173-195.
- Kırca Ç, *Ürün Sorumluluğu*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007).
- Kulaklı E, *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı*, (On iki Levha, 2009).
- Kupferschmied B D, 'Autonome Fahrzeuge- Die Haftung im Strassenverkehr der Zukunft', (2015) HAVE 356 -366.
- Kütük-Markendorf M E and Essers D, 'Zivilrechtliche Haftung des Herstellers beim autonomen Fahren-Haftungsfragen bei einem durch ein autonomes System verursachten Verkehrsunfall' (2016) (1) MMR 22-26.
- Lange U, 'Automatisiertes und autonomes Fahren- eine verkehrs-, wirtschafts-, rechtliche-politische Einordnung', (2017) (8) NZV 345-352.
- Lohmann M F and Rusch A, " Fahrassistentensysteme und selbstfahrende Fahrzeuge im Lichte von Haftpflicht und Versicherung", (2015) HAVE 349-355.
- Melinda Lohmann M and Müller- Chen M, "Selbstlernende Fahrzeuge-eine Haftungs-analyse", (2017) SZW 48-58.
- Lutz L S, 'Autonome Fahrzeuge als rechtliche Herausforderung', (2015) (3) NJW 119 -124.
- Meier P M, 'Bringt automatisierte Fahrt auch Wohlfahrt?', (2018) (1) Strassenverkehr 49-56.
- Nomer H N, '2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu', (1992) (1-2-3) İstanbul Barosu Dergisi (ayrı bası) 1 -54.
- Oğuzman K and Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (C. II, 13 edn. Vedat 2017).
- Oftinger K and Stark E W, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/2, Besonderer Teil, Zweiter Teilband, Gefährdungshaftungen: Motorfahrzeughaftpflicht und Motorfahrzeughaftpflichtversicherung*, (4. Aufl, Schulthess 1989).

- Probst T, 'Die Benutzung (teil-) autonomer Motorfahrzeuge im Strassenverkehr aus haftpflichtrechtlicher Sicht/I.-V.' in Thomas Probst and Franz Werro (eds), *Strassenverkehrsrechts-Tagung 21.- 22. Juni 2016*, (Schulthess 2016) 1-83.
- Rusch Arnold E, 'Haftpflichtrecht -Wichtige Urteile' in Thomas Probst and Franz Werro (eds), *Strassenverkehrsrechts - Tagung 21. - 22. Juni 2016* (Schulthess 2016) 259-299.
- Serozan R, 'Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri', (2003) 61 (1-2) İÜHF 339-356.
- Smith B W, 'Automated Driving and Product Liability', (2017) (1) Michigan State Law Review 1-74.
- Yıldırım F, 'Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu' *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 8-9 Mayıs 2009* 19-36.
- Yılmaz H, *Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuksal Sorumluluğu* (Vedat 2014).
- Yetim S, 'Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği/ Getireceği Hukuki Sorunlar', (2016) (1) Ankara Barosu Dergisi, 127-184.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 17.12.2018
Revizyon Talebi: 02.05.2019
Son Revizyon Tarihi: 02.07.2019
Kabul: 02.07.2019

Ceza Mahkemesi Tarafından Ceza Verilmesine Yer Olmadığına İlişkin Kararın Hukuk Mahkemesi Kararlarına Tesiri*

Derya Belgin Güneş**

Öz

Bu çalışmada, ceza mahkemesinden verilen ve esasa ilişkin nihai bir karar olan ceza verilmesine yer olmadığı kararının, hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı etkisi ele alınmaktadır. Bağlayıcı etki olarak söz konusu kararın öncelikli hukuk mahkemesi bakımından kesin hüküm etkisi incelenmektedir. Ceza verilmesine yer olmadığı kararının hukuk mahkemesindeki etkileri hakkında hukukumuzda açık ve genel bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 214. maddesinin yorumlanarak ceza verilmesine yer olmadığı kararının hukuk mahkemesi bakımından kesin hüküm etkisinin izah edilmesi gerekir. Bununla beraber ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilme sebepleri tek tek ele alınarak hukuk mahkemesindeki etkisinin incelenmesi de gerekir. Ceza verilmesine yer olmadığı kararı, fiilin hukuka aykırılığı ve failin o fiili işlediği hususlarında hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı iken ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilme gerekçeleri bakımından hukuk mahkemesi bağlı değildir. Ceza verilmesine yer olmadığı kararının hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı olmadığı haller de bu çalışma kapsamında incelenmektedir. Ceza verilmesine yer olmadığı kararının hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı olduğu bir diğer husus ise unsur etkisidir. Ceza verilmesine yer olmadığı kararı, hukuk mahkemesinde yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturuyorsa, usüflü bir unsur etkisine sahip olmaktadır. Son olarak ceza zamanaşımının daha uzun olması halinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararının haksız fiil zamanaşımını uzatıcı etkiye sahip olup olmadığı konusu da işlenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Hukuk mahkemesi • Ceza mahkemesi • Ceza verilmesine yer olmadığı kararı • Kesin hüküm etkisi • Unsur etkisi • Bağlayıcı etki

The Effects Of The “Non Necessity Of Punishment” Decision That Handed Down By Criminal Court On Civil Court

Abstract

The binding effect of the “non necessity of punishment” decision which is a substantial final judgment rendered by a criminal court, on a civil court is discussed in this paper. *Res judicata* effect is assessed first regarding the mentioned decision's binding effect on civil courts. There is no explicit or general legislation regulating the effects of “non necessity of punishment decision” on civil courts. Hence, *res judicata* effect of this decision on civil courts should be explained with regard to article 74 of Turkish Code of Obligations and article 214 of Code of Civil Procedure. Moreover the grounds for rendering “the non necessity of punishment decision” and its effect on civil courts should be examined separately. Even though civil courts are not bound by the rationale of “non necessity of punishment decisions”, they are bound by the ruling on the unlawfulness of the *actus reus* and the fact that the perpetrator committed the act. Situations where the mentioned decision is not binding on the civil courts are also examined within the scope of this article. “Non necessity of punishment decision” has a procedural condition effect if it constitutes the reason for a retrial in civil courts. Finally, extensive effect of “the non necessity of punishment decision” where the criminal statute of limitations is longer upon the statute of limitations regarding tortuous act is evaluated.

Keywords

Civil court • Criminal court • Non necessity of punishment decision • *Res judicata* effect • Condition effect • Binding effect

* Bu çalışma, yazarın İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Doç. Dr. Seda Özmumcu danışmanlığında hazırlanan “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri” isimli doktora tezinden faydalanılarak hazırlanmıştır.

** Sorumlu Yazar: Derya Belgin Güneş (Araş. Gör. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: dbelgin@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-4009-4526

Atf: Belgin Gunes D, “Ceza Mahkemesi Tarafından Ceza Verilmesine Yer Olmadığına İlişkin Kararın Hukuk Mahkemesi Kararlarına Tesiri” (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 185 <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0013>

Extended Summary

In the field of criminal law, the situations where the “non necessity of punishment” decision shall be rendered are listed under paragraphs 3 and 4 of article 223 of the Code of Criminal Procedure. The binding effect of the “non necessity of punishment” decision which is a substantial final judgment rendered by a criminal court, on a civil court is discussed in this paper. The *res judicata* effect is assessed first regarding the mentioned decision’s binding effect on civil courts. Positive and negative effects of *res judicata* nature of the decision are reviewed separately. The parties, the legal grounds and the subjects of the prior and subsequent cases have to be same for the positive effect of the *res judicata*. The aforementioned conditions required for *res judicata*, however, are not identical in a civil case and a criminal case. As a result, the “non necessity of punishment” decision does not produce negative effect of *res judicata* over civil court. The parties and grounds for the civil and the criminal case have to be identical where the subject matter of these two cases has to be different in order to, create the positive effect of the *res judicata* in civil court. Since a civil case and a criminal case must have the same parties and legal grounds while different subject matters, a “non necessity of punishment” decision has the capability of creating the positive effect of *res judicata* over civil court. There is no explicit or general legislation regulating the effects of a “non necessity of punishment” decision on civil courts. Hence, the *res judicata* effect of this decision on civil courts should be explained with regard to article 74 of the Turkish Code of Obligations and article 214 of the Code of Civil Procedure. Moreover the grounds for rendering the “non necessity of punishment” decision and its effect on civil courts should be examined separately. The grounds for rendering the “non necessity of punishment” decision, depending on the crime, are; infancy, having a mental illness, deafness, muteness or presence of temporary causes; committing the crime while carrying out an order that is unlawful but binding or due to state of necessity or due to compulsion or threat; crossing the line in self-defense due to excitement, fear and panic; mistake which removes faultiness; effective remorse; existence of personal impunity, acrimonious exchange of word, low degree of unlawfulness of act committed. Even though civil courts are not bound by the rationale of the “non necessity of punishment” decisions, they are bound by the ruling on the unlawfulness of the *actus reus* and the fact that the perpetrator committed the act. In other words the reasons stated in subarticles 3 and 4 of article 223 of the Code of Criminal Procedure are not binding in civil court. Situations where the mentioned decision has not any binding effect for the civil courts are also examined within the scope of this article. The “non necessity of punishment” decision is not binding in civil court according to article 74 of the Turkish Code of Obligations regarding the presence of capacity of discernment, culpability and assessment of damages. Another point where the “non necessity of punishment” decision is binding in civil court is the condition effect. The condition effect defines

a situation where a court decision constitutes a condition or a component of a law, which will be applied to a subsequent case. The “non necessity of punishment” decision has a procedural condition effect if it constitutes the reason for a retrial in civil courts (subarticles d, e, f, g, ğ article 375 of Code of Civil Procedure). Finally, when the statute of limitations in criminal law is longer than the civil law, the extensive effect of the the “non necessity of punishment” decision on the statute of limitations regarding tortious act, is also evaluated.

Giriş

Ceza mahkemesinin verdiği verilen nihaî kararların hukuk mahkemesi bakımından doğurduğu çeşitli etkiler bulunmaktadır. Ceza mahkemesinden verilen her bir karar türü için bu etkiler farklılık arz eder. Bu nedenle ceza mahkemesinden verilen her bir karar türünün hukuk mahkemesi bakımından doğurduğu etkilerin ayrı ayrı ele alınması gerekir. Doktrinde beraat, mahkûmiyet veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının hukuk mahkemesindeki etkilerini konu alan makaleler bulunmakla beraber ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının etkisi bakımından herhangi bir çalışma bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesine etkisi bu çalışmanın konusu olarak seçilmiştir.

I. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı

A. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı Verilen Haller

Ceza mahkemesi tarafından verilen nihaî kararlar; beraat, mahkûmiyet, ceza verilmesine yer olmadığı kararı, düşme, görevsizlik, davanın reddi kararlarıdır (CMK m. 223/1).

Ceza mahkemesi sanık hakkında bir suçun işlenip işlenmediği ile ilgili sadece mahkûmiyet veya beraat kararı vermez. Ceza Kanunu'nun kabul ettiği hallerde suç teşkil eden bir fiili işlemiş olsa bile sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesi, ceza verilmesine yer olmadığına kararı verilebilecek halleri iki grupta düzenlemektedir. Söz konusu maddenin 3. fıkrasında sanığın kusurunun ortadan kalkması nedeniyle verilen; 4. fıkrasında ise, suçu işlediği halde sanığa ceza verilmeyen haller yer almaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 3. fıkrasına göre, sanık hakkında şu hallerde kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir:

- “a) Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması,*
- b) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi,*
- c) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması,*
- d) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi.”*

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 4. fıkrasına göre ise, işlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen, şu hallerde sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir:

- “a) Etkin pişmanlık,*
- b) Şahsi cezasızlık sebebinin varlığı,*
- c) Karşılıklı hakaret,*
- d) İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı.”*

B. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Diğer Ceza Mahkemesi Kararlarından Farkları

Beraat kararından farklı olarak, kanun koyucu ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen hallerde sanığın beraat kararı gibi suçtan tamamen aklanmasını istemez¹. Örneğin, meşru savunma halinde, işlenen suç nedeniyle sanık beraat ederken, meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılması halinde sanık hakkında beraat kararı değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekir. Ceza verilmesine yer olmadığı kararı mahkûmiyet kararından farklıdır. Ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilen hallerde, esasen fail suçu işlemiştir ve fakat çeşitli sebepler neticesinde ceza gibi ağır bir yaptırımın uygulanmasının uygun olmadığı düşüncesiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi kabul edilmiştir². Zira bazı durumlarda ceza verilmeyeceği belirtildikten sonra güvenlik tedbirine karar verilebileceği belirtilmiştir. Örneğin, akıl hastalarına işlediği fiil nedeniyle ceza verilmesine bile akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine karar verilebilir.

C. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Hukukî Niteliği

Ceza verilmesine yer olmadığı kararı niteliği itibariyle ceza yargılamasını sona erdiren bir karar olup, dolayısıyla bu kararın verilmesi ile ceza hâkimi dosyadan elini çekmektedir. Esasa ilişkin ve usûle ilişkin nihaî karar ayrımı bakımından ise, ceza verilmesine yer olmadığı kararı esasa ilişkin bir nihaî karardır. Bu nedenle söz konusu karar hüküm niteliğindedir³. Çünkü ceza hâkimi, kolektif bir yargılama süreci sonucunda delilleri inceleyerek ve vicdani kanaatine dayanarak uyuşmazlığı esastan çözüp bu kararı vermektedir.

Ceza verilmesine yer olmadığı kararı esasa ilişkin nihaî bir karar (hüküm) olduğundan hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı etki doğurmaya elverişli bir karardır.

II. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri

A. Genel Olarak Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi

Bir mahkeme tarafından verilen karar bağlayıcı niteliktedir. Çünkü aynı konu hakkında artık tekrar dava açılmayacağı ve tartışılmayacağı kabul edilen bir mahkeme kararının, aynı vakıalar bakımından başka bir mahkemede dikkate alınmaması kabul edilemez. Aksi durum, hukuka ve yargıya olan güveni sarsacağı gibi, bir hukuk düzeninde aynı vakıalara ilişkin çelişkili kararlar verilmesi tehlikesini

¹ Günal Kurşun, *Ceza Muhakemesinde Hüküm* (Seçkin 2016) 137.

² Adem Sözüer, “Türk Ceza Kanunu’nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar” (2006) 6 HPD 230, 231; Bahattin Aras, *Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi* (Yetkin 2014) 227; İsmail Deniz, *Ceza Muhakemesinde Hüküm* (Seçkin 2014) 88.

³ Aras, 219.

de ortaya çıkarır. Bu nedenle mahkeme kararlarının bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi ile hukuk düzenin birliği sağlanmış olur. Dolayısıyla ceza mahkemesinden verilen nihaî kararlar da, hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı niteliktedir. Bu bağlayıcılık hukuk düzeninin birliğine hizmet ettiği gibi, ayrıca bir kimsenin ceza davasında mahkûm olurken hukuk mahkemesinde sorumlu olmadığı kabulüne engel olarak gerek suçun mağduru olan kişi gerek toplum bakımından vicdanların zedelenmesini de önler.

Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi çeşitli etkiler ile sağlanabilir. Bunun başında kesin hüküm etkisi gelir. Şartları sağlandığı takdirde, ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesi bakımından maddi anlamda kesin hükmün olumsuz ve olumlu etkisini doğurması mümkündür. Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesi bakımından unsur etkisine sahip olduğu hallerde de bağlayıcı olması söz konusudur. Bu nedenle, ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesine etkisini açıklamak için yalnızca kesin hüküm kavramının kullanılması kanaatimizce yeterli değildir⁴.

Mevzuatımızda hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının bağlayıcı olup olmadığına ilişkin genel bir kanunî düzenleme mevcut değildir⁵. Hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının münferit hallerde birbirleri için bağlayıcı olduğunu veya olmadığını belirten dağınık halde kanunî düzenlemeler mevcuttur⁶. Bunlardan ilk akla gelen düzenlemeler Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 214. maddesidir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesinde ceza mahkemesi kararının hukuk hâkimine etkisi şu şekilde düzenlenmektedir:

“Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurunun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.”

⁴ Bağlayıcı etki kavramını yalnızca maddi anlamda kesin hükmün olumlu etkisi ile açıklayan görüş için bkz. Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm*, (2. bs, Kazancı 1987) 27 v.d.

⁵ Ahmet Hulusi Akkaş, *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi*, (Adalet 2016) 109; Rıza Nurettin Selçuk, “Ceza Kararlarının Hukuk Hakimine Etkisi” (1975) 5 ABD 718; Hakan Koçak, *Ceza Yargılamasının Hukuk Mahkemelerini Bağlayıcılığı Sorunu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2009) 72.

⁶ Mevzuatımızda Vergi Usul Kanunu'nun 367. maddesinin son fıkrasında yer alan “*Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz.*” düzenlemesi vergi ve ceza mahkemeleri arasındaki ilişkiyi değil, vergi cezası uygulayacak makam ve merciler ile ceza mahkemesi kararları arasındaki ilişkiyi düzenler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Akkaya, “Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme” (2000) 49 AÜHFD 85, 87-88; Akkaş, 244.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun “Tespit davası” başlıklı 71. maddesine göre, “(1) *Taraflardan her biri, karar verilen veya uygulanmakta olan bir grev veya lokavtın kanun dışı olup olmadığının tespitini mahkemeden her zaman talep edebilir. Mahkeme bir ay içinde karar verir. Kararın temyizi hâlinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karara bağlar. Verilecek karar, tarafları, işçi ve işveren sendikasının üyelerini bağlar ve ceza davaları için kesin delil teşkil eder.*” Bu konuda hukuk mahkemesinden verilen kararın ceza mahkemesi için bağlayıcı olduğu düzenlenirken ceza muhakemesi hukukunda yer almayan bir kavram olan “kesin delil” in kullanılması doğru olmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akkaş, 251-262.

Sahtelik iddiasının ileri sürülmesi bakımından ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 214. maddesinde ceza mahkemesi kararının etkisi şöyle düzenlenmektedir:

“Sahtelik hakkında hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının etkisi

(1) Belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen karar kesinleştikten sonra, söz konusu belge hakkında ceza mahkemesinde de sahtelik iddiası dinlenmez.

(2) Ceza mahkemesince belgeyi düzenleyen hakkında ceza verilmesine yer olmadığı ya da beraat kararı verilmiş olması, hukuk mahkemesinin belgenin sahteliğini incelemesini engellemez.”

Her iki düzenlemenin lafzı itibarıyla ceza mahkemesi ile hukuk mahkemesinin karar verirken bağlayıcı olmadığı halleri düzenlediği görülür. Bu düzenlemeler karşısında, ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı olması kural, bağlayıcı olmaması ise istisna teşkil ettiği kanaatindeyiz. Ancak karşılaşılan bir ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesindeki etkisini tespit etmek bakımından bu düzenlemeler kanaatimizce yetersiz kalmaktadır. Bu yetersizliği aşmak için bu düzenlemeler yapılırken kanun koyucunun amacının ne olduğuna bakmak gerekecektir.

Kanaatimizce Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 214. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemelerin esas amacı, bir ceza mahkemesi kararında yapılan tespitler ile hukuk mahkemesinin önündeki davada ispatı gereken vakıalar arasında bağlantı bulunduğu hallerde, ceza mahkemesi kararının bağlayıcı olmasıdır. Buna karşılık ceza mahkemesi kararındaki tespitler ile hukuk davasında ispatı gereken vakıalar bakımından bağlantı söz konusu değil ise, ceza mahkemesi kararının bağlayıcı olmaması gerekir. Bu konuyu bir örnekle açıklamaya çalışırsak, Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi gereği, “zararın değerlendirilmesi” bakımından hukuk hâkimi ceza mahkemesi kararı ile bağlı değildir. Ceza mahkemesinden hakaret suçu nedeniyle mahkûm olan kimse hakkında hukuk mahkemesinde açılan tazminat davasında hakaret edildiği sabit olduğundan, hukuk mahkemesi hâkimi bununla bağlıdır. Çünkü hem ceza hukuku hem medenî hukuk bakımından hakaretin hukuka aykırı bir fiil olduğu ortak bir husustur.

Fakat haksız fiil sorumluluğunun aksine, suçtan sorumlu olmak için zararın doğması kural olarak gerekmez. “Zarar” kavramı bakımından bu iki hukuk dalı arasında ortaklık bulunmadığından, hukuk hâkiminin ceza mahkemesi kararı ile zararın değerlendirilmesinde bağlı olmadığı kabul edilir. Bir başka deyişle, hukuk mahkemesinde zararın ispatında ceza mahkemesi kararı kural olarak elverişli niteliğe sahip değildir. Yine örneğin, bir fiilin ceza davasında hukuka aykırı olduğu tespit edilerek mahkûmiyet kararı verilmiş ise, aynı fiilden doğan haksız fiil sorumluluğu bakımından da hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiği kabul edilecektir. Dolayısıyla hukuka aykırılık bakımından hukuk ve ceza davalarının birbirinden bağımsız olduğu kabul edilmeyecek, mahkûmiyet kararı hukuk mahkemesini bu

açıcıdan bağlayacaktır. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi aslında hukuk mantığından süzülerek ortaya çıkmış bir düzenleme niteliğindedir⁷. Benzer durum, sahtelik davası bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 214. maddesi için de söz konusudur. Hukuk mahkemesinde sahtelik incelemesi yapılması üzerine bir belgenin sahte olduğuna karar verilmişse, ceza mahkemesinde artık tekrar sahtelik incelemesi yapılmaz. Çünkü yapılacak inceleme aynı olduğundan kanun koyucu tekrar yapılmasına gerek görmeyerek ceza mahkemesinin hukuk mahkemesi kararı ile bağlı olmasını kabul etmiştir.

B. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Kesin Hüküm Etkisi

1. Kesin Hükümün Olumsuz Etkisi

Genel olarak maddi anlamda kesin hükümün olumsuz etkisi için taraflar-dava sebebi-dava konusu unsurlarının özdeş olması gerekir⁸. Bu şartlar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, “*Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.*” Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesi bakımından maddi anlamda kesin

⁷ “Gerçek anlamda «vakta» ile, hukukî meseleler olan «kusurun takdiri» ve «zararın tayini»ni karıştırmamak lazımdır; bu sonuçlar bakımından hukuk hâkiminin (Ceza mahkemesi hükmü karşısında) bağımsızlığı CO 53/BK 53 de mahfuz tutulmuştur. Bu tefrikin sebebi, kusurun takdiri ve zararın tayini mes’elelerinin Medenî Hukukta Ceza Hukukuna nazaran farklı prensiplere tabi olmasıdır. Fakat gerçek anlamda «vakıtlar» için –mesela otomobilin sağdan gidip gitmediği, lambalarının yanıp yanmadığı- Hukuk Mahkemesinin Ceza Mahkemesi hükmü ile bağlı olduğu yolunda, temyiz olunan kararın belirttiği prensip tamamen mantıktır.” [Bilge Umar, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun Mehaz Neuchâtel Kantondaki Tatbikatı* (Sermet 1967) 147].

⁸ Davanın tarafları açısından “aynılık” kavramı ile anlaşılması gereken, ilk dava ile ikinci davanın taraflarının aynı konumda olması değildir [Burhan Gürdoğan, *Medenî Usûl Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı* (Ayrıldız 1960) 86; Baki Kuru, *İstinâf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku* (Legal 2016) 768; Yavuz Alangoya ve M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (Tıpkı 8. bs, Beta 2011) 558; Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz ve Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (4. bs, Yetkin 2018) 685; Abdurrahim Karşlı, *Medenî Muhakeme Hukuku* (4.bs, Alternatif 2014) 536; Murat Atalı, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (Ed.: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz, C. I-II-III, 15. bs, On İki Levha 2017) 2063; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (3. bs, Yetkin 2017) 2937; Murat Atalı ve İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2018) 556]. Bir başka deyişle, ilk davanın davacısı ile ikinci davanın davacısının aynı olması zorunlu değildir. Dava sebebi açısından “aynılık” kavramı ile anlaşılması gereken, davanın dayandığı vakialardır. Dava sebebi kavramının, hukukî sebep olmayıp davanın dayanağı olan vakialar olduğu doktrinin çoğunluğu bakımından kabul edilmektedir. HMK m. 25, 31, 33 ve 119/1’e hükümleri birlikte ele alındığında kanun koyucunun da dava sebebi kavramından hukukî sebebi değil, davada dayanılan vakiaları anladığı görülmektedir (Gürdoğan, s. 80-81; Mustafa Cenberci, *Hukuk Davalarında Kesin Hüküm* (Yeni Cezaevi 1965) 56; H. Özden Özkaya-Ferendeci, *Kesin Hükümün Objektif Sınırları* (On İki Levha 2009) 43; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri* (7. bs, Güzel Sanatlar 1960) 366; Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri* (3. bs, Sevinç 1978) 695; Kuru, İstinâflı Usul, 765; Arslan ve Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, 687; Saim Üstündağ, *Medenî Yargılama Hukuku*, (7. bs, Filiz 2000) 705-707; Alangoya ve Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 561; Karşlı, 536; Atalı, Pekcanitez Usûl, 2065; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (2. bs., Yetkin 2014) 882; Yılmaz, 2944; Atalı ve Ermenek ve Erdoğan, 365). Dava sebebinin davacıyı netice talebinde haklı gösteren vakiaların hukukî mahiyeti olduğu ve kesin hüküm şartlarından birinin hukukî sebeplerin aynı olması gerektiği görüşü için bkz. İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, *Medenî Usul Hukuku Dersleri* (7. bs, Vedat 2015) 781 v.d.; Hayri Domaniç, *Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nisbi Kıvveti* (Fakülteler 1964) 82-92). İlk dava ile ikinci davanın konularının aynı olması için ise, ilk davada verilen hüküm fıkrası ile ikinci davanın talep sonucunun aynı olması gerekir (Gürdoğan, 76; Bilge ve Önen, 692; Kuru, *İstinâflı Usul* 764; Arslan ve Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, 689; Karşlı, 536; Atalı, *Pekcanitez Usûl*, 2068.). İkinci davada verilecek karar, ilk davadaki hükmü ortadan kaldıracak veya onu etkileyecek nitelikte ise de, dava konusu aynı sayılır (Gürdoğan, 76-77; Domaniç, 75; Cenberci, 49; Atalı, *Pekcanitez Usûl*, 2068).

hükmün olumsuz etkisine sahip olabilmesi için de bu iki mahkeme kararının taraflar-dava sebebi-dava konusu şartlarını sağlayıp sağlamadığına bakmak gerekir.

Hukuk davası ile ceza davasının tarafları ilk bakışta aynı değildir. Ceza davasında davacı tarafta her zaman devlet bulunur ve devlet adına kamu davasını Cumhuriyet Savcısı açar (CMK m. 170/I). Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişi ise sanık olarak adlandırılır (CMK m. 2). Hukukumuzda suçtan zarar gören kişilerin, ceza mahkemesinde şahsî dava açarak taraf konumunda olması kabul edilmez. Hukuk davasında davacı tarafta özel hukuktan doğan bir uyuşmazlık nedeniyle hukukî himaye talep eden kişi; davalı tarafta ise hukukî himaye talep edilen kişi yer alır. Ayrıca hukuk davalarında çok sınırlı hallerde, Cumhuriyet savcısının yer alması mümkündür (HMK m. 70). Bu açıdan ceza davası ile hukuk davasının tarafları aynı değildir. Ancak maddi anlamda kesin hükmün şartları bakımından maddi vakıaların konusu olan olayın taraflarının aynı olup olmadığına kanaatimizce bakılmalıdır. Çünkü ceza davasına konu olan suçu işleyen fail ve suçtan zarar gören kişiler ile hukuk mahkemesinde suçtan doğan zararını failden talep eden kişiler esasen aynıdır. Başka bir deyişle, hukuk davası ve ceza davasına konu olan hukuka aykırı fiil aynı ise, bu hukuka aykırı fiilin tarafları da aynıdır.

Ceza mahkemesi ve hukuk mahkemesinde görülen davaların dava sebebi de kural olarak aynı değildir. Ceza mahkemesinde ceza kanunları bakımından suç teşkil eden bir fiili işlediği iddia edilen kimsenin kovuşturması yapılır ve yapılan yargılamada varılan sonuca göre sanığa ceza verilip verilmeyeceğine karar verilir. Buna karşılık, hukuk davasında davacı bir özel hukuk ilişkisinden dolayı hukukî himaye talep eder ve dava sebebi taraflar arasındaki bu özel hukuk ilişkisinin dayandığı maddi vakıalardır. Bununla birlikte ceza mahkemesinin ve hukuk mahkemesinin dayandığı maddi vakıaların aynı olması da mümkündür. Özellikle hukuka aykırı fiilin hem suç hem haksız fiil teşkil ettiği durumlarda ceza davası ve hukuk davasındaki maddi vakıalar bağlantılıdır. Örneğin, bir trafik kazasının faili ceza davasında ceza sorumluluğu bulunup bulunmadığı bakımından yargılanırken, hukuk mahkemesinde zarar gören dava açarsa aynı fail (davalı) haksız fiil sorumluluğu bulunup bulunmadığı bakımından yargılanır.

Ceza mahkemesindeki ve hukuk mahkemesindeki davaların konuları da birbiri ile özdeş değildir. Ceza davasının konusu, işlediği suç sebebiyle failin cezaya çarptırılması iken hukuk davasında dava konusu davacının talep sonucuna göre ulaşmak istediği sonuca göre belirlenir.

Bütün bu açıklanan nedenler birlikte değerlendirildiğinde, bir ceza mahkemesi kararının hukuk davasında kesin hükmün olumsuz etkisini doğurması kural olarak mümkün olmaz. Çünkü ceza davası ile hukuk davasının tarafları-dava sebebi-dava

konusu unsurları aynı olduğu için aynı davanın ikinci defa görülmesi söz konusu olmaması gerekir. Başka bir deyişle, ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesinde kesin hükmün olumsuz etkisini göstermesi ancak tarafları-dava sebebi-dava konusu unsurlarının aynı olması halinde mümkün olabilir. Hukukumuzda 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yer alan şahsi hakların ceza mahkemesinde talep edilebilmesi halinde verilen karar, ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesinde kesin hükmün olumsuz etki doğurmasına örnek teşkil etmekteydi. Ancak bugün için hukukumuzda böyle bir yol artık kalmamıştır. Bunun dışında ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesi bakımından kesin hükmün olumsuz etkisine sahip olabildiği bir örnek bulunmamaktadır⁹. Sonuç olarak ceza verilmesine yer olmadığı kararı bakımından da, hukuk mahkemesinde kesin hükmün olumsuz etkisi teşkil edebileceği söylenemez.

2. Kesin Hükmün Olumlu Etkisi

a. Genel Olarak

Maddi anlamda kesin hükmün etkilerinden ikincisi, olumlu etkisidir. Bu etki gereği, bir uyuşmazlık hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararı, farklı konudaki bir davada ön sorun olarak ortaya çıkmışsa, ikinci davanın hâkimi bu ön sorun hakkında vereceği kararda bağımsız değildir, ilk hüküm ile bağlıdır¹⁰. Maddi anlamda kesin hükmün olumlu etkisi gereği, daha önce kesin hüküm ile hakkı hükme bağlanmış kişinin hakkı yeniden tartışma konusu yapılamaz¹¹.

Türk hukukunda maddi anlamda kesin hükmün olumlu etkisinden anlaşılacak husus, çoğunlukla kesin hükmün “kesin delil” niteliğinde olmasıdır¹². Kanaatimizce kesin hükmün olumlu etkisinden söz ettiğimizde bundan anlaşılması gereken “kesin delil” kavramı değildir. Çünkü kesin delil kavramı, kesin hükmün olumlu etkisi nedeniyle bağlayıcı olmasını tam karşılayan bir kavram değildir. Bir başka deyişle kesin hükmün bağlayıcı olması ile kesin delilin bağlayıcı olması birbirinden farklıdır. Kesin delil, genel bir tanım vermek gerekirse, kanun gereği şartları belirlenmiş olan ve hâkime takdir hakkı tanımayan delillerdir. Ancak bu kesin delilin aksi başka bir kesin delil ile ispat edebilir. Buna karşılık kesin hüküm teşkil eden bir mahkeme kararının aksi senet veya yemin gibi bir kesin delil ile ispat edilemez. Kesin hükmün aksinin kesin hüküm

⁹ Ceza mahkemesinden verilen bazı özel hukuka ilişkin kararların, örneğin nüfus kaydında yaşın düzeltilmesi gibi, hukuk mahkemesi bakımından kesin hükmün olumsuz etkisine sahip olmadığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Derya Belgin Güneş, *Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri* (On İki Levha 2019) 132-151.

¹⁰ Walther J. Habscheid, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, (Helbing&Lichtenhahn 1986) 223.

¹¹ Üstündağ, 694; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku* (Cilt I, 2. bs, Yetkin 2018) 881; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (2. bs, Adalet 2018) 287.

¹² Ali Cem Budak, *Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan Medeni Usul Hukuklarında Kesin Hüküm: Türkiye ve İngiltere Örnekleri* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 1991) 20; Kurşun, 86-87; Ahmet Cahit İyilikli, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm*, (Yetkin 2016) 456 v.d.; Üstündağ, 694; Postacioğlu ve Altay, 774; Alangoya ve Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 349; Kuru, *İstinafi Usûl* 775; Arslan ve Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, 694; Karşlı, 538; Umar, *Şerh* 871; Tanrıver, 881; Atal, *Pekcanitez Usûl* 2072; Budak/Karaaslan, 286.

teşkil eden başka bir mahkeme kararı ile ispatı söz konusu olduğunda ise, birbiriyle çelişen iki kesin hükümden birinin yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılması gereği ortaya çıkar (HMK m. 375/I, 1). Kesin hüküm ancak kanundaki şartlar sağlandığında, yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılabilir veya kesinleştikten sonra gerçekleşen yeni vakıalar nedeniyle değiştirilebilir (değişiklik davası)¹³. Bu nedenle kesin hükmün olumlu etkisi gereği bağlayıcı olması, kesin delil ile bağlayıcılık karşısında kanaatimizce daha üstündür. Bu anlamda doktrinde ileri sürülen maddi anlamda kesin hükmün olumlu etkisinin, kesin delil etkisi olarak nitelenmesinin reddedilmesine ilişkin görüşe tamamen katılıyoruz¹⁴. Maddi anlamda kesin hüküm sonucu taraflar arasındaki uyuşmazlık artık kanunî bir gerçeklik niteliği kazandığından, olumlu etki olarak bu kanunî gerçekliğin¹⁵ kabul edilmesi gerekir. Bir davada kesin hükmün olumlu etkisinin ortaya çıkması ile o davada artık hükmün içeriğinin ispatına gerek kalmaz¹⁶.

Kesin hükmün olumsuz etkisinin ortaya çıkması için, sonraki dava ile ilk davanın taraflarının, dava konusunun ve dava sebebinin aynı olması gerekir. Olumlu etkide ise, bu şartların üçünün birden aranmasına imkân bulunmaz. Çünkü bu durumda olumsuz etki gereği aynı dava tekrar görülemeyeceğinden kesin hüküm nedeniyle ikinci davanın reddedilmesi zorunluluğu doğar ve bu husus dava şartı teşkil eder. Bu nedenle ikinci davada kesin hükmün olumlu etkisinin söz konusu olması için ilk dava ile taraflarının ve dava sebebinin aynı olması, buna karşılık dava konusunun ise farklı olması gerekir¹⁷. Bu açıdan bakıldığında, kesin hükmü düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesinin 1. fıkrasının maddi anlamda kesin hükmün yalnızca olumsuz etkisinin şartlarını düzenlendiği görülmektedir. Bununla birlikte olumlu etkisinin şartları kanunda yer almamaktadır¹⁸.

Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesi bakımından maddi anlamda kesin hükmün olumlu etkisine sahip olabilmesi için de, iki davanın taraflarının ve dava sebebinin aynı ve fakat dava konusunun farklı olması gerekir. Bu şartlar sağlanmadığı sürece bu etkinin doğmasından söz edilemez.

Ceza davası ile hukuk davasının konularının birbirinden farklı olduğunu ve dava sebepleri ve taraflarının ise aynı olabileceğini yukarıda belirtmiştik¹⁹. Bu nedenle ceza mahkemesi kararları hukuk mahkemesi bakımından maddi anlamda kesin

¹³ S. Serhat Kurtuloğlu, *Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası* (Adalet 2014) 45; Üstündağ, 720; Kuru, *İstinaflı Usul* 786-787; Arslan ve Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, 702-703; Yılmaz, s. 2967; Atalı, *Pekantitez Usul* 2085-2086.

¹⁴ Mine Akkan, "Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Niteliği" (2009) 11 DEÜHFD 8. Bu konuda diğer yargı merci kararlarının ceza mahkemesine etkisi bakımından benzer görüş için bkz. Akkaş, 63-70.

¹⁵ Cenberci, 19; Domaniç, 20.

¹⁶ Haluk Konuralp, *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları* (Tıpkı basım, Yetkin 2009) 12.

¹⁷ Umar, 871; Tanrıver, 882; İyilikli, 457; Atalı ve Ermenek ve Erdoğan, 557.

¹⁸ Umar, 871.

¹⁹ Bkz. s. 7.

hüküm olumlu etkisini doğurmaya elverişlidir. Ceza davasında yargılama konusu suç ile hakkında hukuk davası açılan hukuka aykırı fiilin aynı olduğu hallerde, ceza mahkemesi kararları hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı etki doğurması mümkündür.

Doktrinde ceza mahkemesi kararlarının kesin hüküm gücüne sahip olduğu hallerde kesin delil niteliğinde olduğundan bahsedilmektedir²⁰. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, maddi anlamda kesin hüküm olumlu etkisi açıklanırken bunu kesin delil kavramı ile özdeş görmemek gerekir. Kesin hükümün bağlayıcılığı ile kesin delilin bağlayıcılığı birbirinden farklıdır. Dolayısıyla ceza mahkemesi kararının maddi anlamda kesin hüküm olumlu etkisine sahip olması da kesin delil kavramı ile açıklanamaz.

Ceza mahkemesinin nihaî kararlarının hüküm fıkrasında, hangi ceza kuralı gereğince sanığın mahkûm olduğu veya beraat ettiği yahut diğer kararların verildiği belirtilip mahkûm olması halinde uygulanacak ağırlaştırıcı veya hafifletici sebepler uygulanarak sonuç cezanın hesaplanması hususları yer alır (CMK m. 232/VI). Ceza mahkemesi kararının hüküm fıkrası, bu özellikleri itibariyle hangi sebeple beraat veya cezaya verilmesine yer olmadığı kararı verildiği veya maddi vaktaya ilişkin hangi tespitlerin yapıldığı konusunda açıklık getirmez. Bu gibi hallerde, hüküm fıkrasının maddi anlamda kesin hüküm etkisi doğurabilmesi için gerekçe ile hüküm fıkrası arasında bir bağ olduğunun kabul edilmesi gerekir²¹. Böylece örneğin, beraat

²⁰ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü* (6. bs, Demir-Demir 2001) 5110 v.d.; Kuru, *İstinaflı Usul* 779 v.d.; Arslan ve Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, 698 v.d.

²¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesinin ikinci fıkrasına göre, bir hüküm davada ileri sürülen taleplerden, sadece hükmeye bağlanmış olanlar hakkında kesin hüküm teşkil eder (Bu fıkranın 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu dönemindeki karşılığı olan 237. maddenin birinci fıkrasında da, "*Kaziyei muhkeme, ancak mevzuunu teşkil eden husus hakkında muteberdir.*" düzenlemesi yer almaktaydı.). Bu nedenle, esasa ilişkin kesinleşmiş nihaî bir kararın yalnızca hüküm fıkrasının maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği, hükümün gerekçe kısmının kural olarak maddi anlamda kesin hükmeye dâhil olmadığı kabul edilir (Domaniç, 30; Gürdoğan, 40; Nedim Meriç, "*Türk Hukukunda Maddi Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları*" (2007) 7 MİHDER 420; Bilge/Önen, 700; Ansay, 368; Kuru, *İstinaflı Usul*, 772; Üstündağ, 718; Arslan ve Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, 691; Karşlı, 537; Yılmaz, 2965; Tanrıver, 1040; Atalı, *Pekcantez Usul* 2059; Leo Rosenberg ve Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht* (17. Aufl, C. H. Beck 2010) § 153, Kn. 9. İsviçre hukukunda da maddi anlamda kesin hükümün hüküm fıkrasını kapsayıp gerekçeye kapsamaması görüşü kabul edilmektedir, Habscheid, 225). Ancak bazı hallerde, gerekçenin istisnaen kesin hükmeye dâhil olacağı kabul edilir. Bir davanın esasına ilişkin bir karar verilip verilmemesini, bir başka deyişle davanın usûlden reddedilip reddedilmediğini anlamak için, gerekçeye başvurmak zorunludur (Özkaya-Ferendeci, 50; Kuru, *İstinaflı Usul* 772; Arslan ve Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, 692; Karşlı, 538). Bu durumda gerekçe, hüküm fıkrasına açıklık getirir (Bilge ve Önen, 703). Yine gerekçe ile hüküm fıkrası arasında sıkı ve zorunlu bir bağ varsa, gerekçe de kesin hüküm teşkil eder (Gürdoğan, 44; Özkaya-Ferendeci, 50-51; Ansay, 368; Bilge ve Önen, 700-701; Kuru, *İstinaflı Usul* 772; Arslan ve Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, 692; Üstündağ, 719; Karşlı, 538; Yılmaz, 2967; Tanrıver, 1040; Atalı, *Pekcantez Usul*, 2059). Yargıtay da kararlarında, hüküm ile gerekçe arasında sıkı bir bağ olduğunda, gerekçenin kesin hükümün kapsamına dâhil olduğunu kabul etmektedir ["...*Kesin hükümün kural olarak hüküm fıkrasına münhasır olduğu ve gerekçeye sirayet etmeyeceği kabul edilmiş ise de hüküm fıkrasına sıkı sıkıya bağlı olan gerekçe de kesin hüküm teşkil etmektedir. Hangi gerekçenin hüküm fıkrasına sıkı sıkıya bağlı olduğu, her olayın özelliğine göre belirlenir. Ancak gerekçe, hükme ulaşmak için mahkemeye yapılan hukuki ve mantıklı tahlil ve delillerden ibaret kalmayıp, hüküm fıkrası ile ayrılması imkansız bir bağlılık içinde bulunuyor ise, istisnaen bu kısım da kesin hükmeye dâhil olduğunu kabul etmek gerekir...*" 22. HD, 14.2.2017, E. 2017/2256, K. 2017/2199 (RG, 1.7.2017, S. 30111); "...*Kesin hüküm, kural olarak hüküm fıkrasına münhasır ve gerekçeye sirayet etmez ise de; hâkimi hükmeye varmaya hukukun zorlayan ve hüküm fıkrası ile ayrılmaz bir bağlılık içinde bulunan gerekçe de kesin hüküm niteliğini alır. Tanınmasına karar verilen yabancı mahkeme kararının gerekçesinde; '...Müşterek haneyi terk etmenin evlilik birliğini ortadan kaldırır nitelikte fiil oluşturduğundan davacı erkek tarafın davasının haklı olduğu ve salt davalı eş (kadın) kusuruna dayalı boşanma kararının verilmesi gerektiği kanaati ile boşanma davasını kabul ettiğini belirtmiştir. Bu ifadeden boşanmaya kadının tam kusurlu davranışları esas alınarak hükmedilmiş olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu ilam tanındığına göre kesin hüküm etkisi hasıl olmuş ve tarafları bakımından bağlayıcılık vasfını kazanmıştır...*" 2. HD, 5.4.2016, E. 2015/18262, K. 2016/6866 (YKD, C. 42, S. 6, 2016, s. 1333-1334)]. Hüküm fıkrası açık değilse, gerekçe hüküm

kararının sanığın suçu işlemediğinin sübut bulması veya işlediğinin sübut bulmaması nedenlerinden hangisine dayanılarak verildiğinin anlaşılması için kesin hükümün gerekçe kısmını da kapsamı gerekir. Sonuç olarak kanaatimizce gerekçenin kesin hükme istisnaen dâhil olduğu hallerin arasında ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı etkisi de bulunur.

b. Kesinleşmiş Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Olumlu Etkisi

Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesindeki bağlayıcılığı konusundaki temel düzenleme olan Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi, ceza verilmesine yer olmadığı kararının etkisi konusunda sessizdir. Söz konusu düzenlemenin mefhumu muhalifi yorumundan, mahkûmiyet kararlarındakine benzer şekilde²², ceza verilmesine yer olmadığı kararının hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı olması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının hukuk mahkemesinde bağlayıcı etkisinin olup olmadığı sorusunun cevabı olarak mahkûmiyet kararlarının bağlayıcı etkisi ile benzerlik gösterdiğini söyleyebiliriz. Başka bir deyişle, ceza verilmesine yer olmadığı kararı failin fiili işlediği konusunda ve failin hukuka aykırı bulunduğu konusunda hukuk hâkimini bağlayacaktır²³. Çünkü ceza verilmesine yer olmadığı kararları nitelikleri itibarıyla sanığın yüklenen suçu işlediğini tespit etmekle birlikte çeşitli sebeplerle sanığa ceza verilmemesi yönünde hüküm kurulmasını gerektirir. Ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 3. ve 4. fıkraları olmasaydı, sanık hakkında, fiili işlediği sabit olduğundan mahkûmiyet kararı verilmesi gerekecek idi.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 214. maddesinin 2. fıkrası, sahtecilik suçundan dolayı ceza verilmesine yer olmadığı kararının hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı olmadığını düzenlemektedir. Kanun koyucu burada sahtecilik bakımından verilen beraat kararı ile ceza verilmesine yer olmadığı kararını eşit tutmuştur. Ancak bu düzenlemeyi kanaatimizce ceza verilmesine yer olmadığı kararının hangi gerekçeyle verildiğine bakılarak yorumlamak gerekir. Çünkü ceza verilmesine yer olmadığı kararında, failin sanık tarafından işlendiği belirlenmekle beraber çeşitli sebeplerle ceza verilmemesi gerektiği kanun tarafından benimsenmiştir. Bu nedenle ceza verilmesine yer olmadığı kararının failin işlendiği hususunda kural olarak hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı nitelikte olması gerekir²⁴.

fıkrasının kapsamının belirlenmesinde yardımcı olacaktır (Gürdoğan, 43; Özkaya-Ferendeci, 51; Kuru, *Istinaflı Usul*, 772; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 691; Üstündağ, 719; Karlı, 537.). Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre ise, gerekçenin her durumda hüküm fıkrası ile arasında zorunlu mantıkî bir bağ bulunması sebebiyle kesin hükmün objektif sınırlarının gerekçeyi de kapsamı gerekir, böylece kesin hükmün amaçları arasında yer alan hukukî barış ve güvenliğin sağlanması ve usul ekonomisinde de hizmet edilmesi mümkün olur (Ersin Erdoğan, *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi* (Yetkin 2017) 145-152; Atalı ve Ermenek ve Erdoğan, 558).

²² Bkz. Belgin Güneş, 150 v.d.

²³ Aras, 227-228.

²⁴ Atalı, *Pekcanitez Usul*, 2083.

Sonuç olarak, ceza verilmesine yer olmadığı kararı fiilin hukuka aykırılığı ve failin o fiili işlediği hususlarında hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcıdır. Buna karşılık ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilme gerekçeleri bakımından hukuk mahkemesi bu sebeplerle bağlı değildir. Ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilme sebepleri ile bağlı olmaksızın hukuk hâkimi tazminata karar verilip verilmeyeceğini takdir edecektir. Dolayısıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında yazılı sebepler hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı nitelikte olmayacaktır.

Bunun yanı sıra ceza verilmesine yer olmadığı kararının kesin hükmün olumlu etkisi nedeniyle bağlayıcılığının kapsamı belirleyebilmek için söz konusu kararın gerekçesine bakılması zorunluluğu vardır. Çünkü ceza verilmesine yer olmadığı kararının hangi sebeplerle ve hangi maddi vakıalara dayanılarak verildiğinin tespit edilmesi sonucunda bağlayıcılığının kapsamı belirlenebilecektir. Bu hususlar da, ceza verilmesine yer olmadığı kararının hüküm fıkrasında değil, gerekçe kısmında yer almaktadır.

c. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Sebeplerine Göre Hukuk Mahkemesi Bakımından Bağlayıcı Etkisi

1. Yaş Küçüklüğü, Akıl Hastalığı veya Sağır ve Dilsizlik Hali ya da Geçici Nedenlerin Bulunması Halinde

Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması halinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir (CMK m. 223/III, a). Bu hallerde, iddia edilen suç bakımından sanığın isnat yeteneği bulunmaz²⁵.

Ceza hukukunda ayırt etme gücü bakımından on iki yaşın altındaki kimseler tamamen sorumsuzdur; on iki ile on beş yaş arasındaki kimselerin işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur; on beş ile on sekiz yaş arasındaki fiil işleyen kimse ise sadece ceza indiriminden faydalanır (TCK m. 31). Yaş küçüklüğünün yanı sıra, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler ve alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma kusur yeteneğini etkileyen hallerdir. Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükümlenir (TCK m. 32). Türk Ceza Kanunu'nun yaş küçüklüğüne ilişkin kuralları da sağır ve dilsizler hakkında uygulanarak fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, on beş yaşını doldurmamış

²⁵ Kurşun, 140.

olan sağır ve dilsizler hakkında; on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, on sekiz yaşını doldurmuş olup da yirmi bir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır (TCK m. 33). Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez (TCK m. 34).

Ceza hukukunda kusur yeteneği (isnat yeteneği), genellikle medenî hukuktaki ayırt etme gücüne (temyiz kudreti) kıyasla daha dar ifade edilir²⁶. Ceza hukukunda belli bir yaşın altındaki herkesin suç işlemek bakımından kusur yeteneğine sahip olmadığı kabul edilir. Buna karşılık, medenî hukukta yaş ölçütü bulunmaz ve ayırt etme gücü bakımından her somut olay için ayrı değerlendirme yapılması gerekir²⁷.

Medenî hukuktaki ayırt etme gücü ve ceza hukukundaki kusur yeteneği mahkeme hükmünü de birbirinden farklı şekilde etkiler. Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar kural olarak haksız fiillerinden sorumlu değildir²⁸. Medenî hukukta ayırt etme gücüne sahip olmayan biri hakkaniyet ölçüsünde kısmen veya tamamen zararın tazmininden sorumlu tutulabilir (TBK m. 65). Fakat ceza hukukunda bu kişilere ceza verilen hallerde hakkaniyet ölçütü kullanılmaz²⁹.

Medenî hukuktaki ayırt etme gücünün varlığı ve yokluğu hakkında düzenlemeler ile ceza hukukundaki isnat yeteneğine ilişkin haller birbirinden oldukça farklıdır. Bu nedenle de kanun koyucu ceza sorumluluğunda ayırt etme gücüne ilişkin varılan sonuçların hukuk hâkimini bağlamayacağını açıkça düzenlemiştir (TBK m. 74/I). Dolayısıyla ayırt etme gücü bulunmadığına ilişkin verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararı, hukuk mahkemesinde bağlayıcı nitelikte değildir³⁰. Ceza davası sonucunda örneğin, akıl hastalığı olduğu için hakkında ceza verilmeyen bir kimse hakkında, hukuk mahkemesinde bu fiili neticesinde verdiği zarardan dolayı tazminata karar verilebilir. Başka bir deyişle, ceza hâkiminin akıl hastalığı nedeniyle ceza vermemesi hukuk hâkimini bağlamayacak, hâkim medenî hukuk hükümleri çerçevesinde sorumluluk doğup doğmadığını inceleyecektir³¹. Başka bir örnek de Türk Borçlar Kanunu'nun 65. maddesine göre, hakkaniyet gerektiriyorsa;

²⁶ Roland Brehm, *Berner Kommentar Das Obligationenrecht Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Art. 41-61 OR* (4. Aufl., Stämpfli 2013) 738.

²⁷ Nazlı Hilal Çelik, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu C. I - Genel Hükümler* (Ed. Rona Serozan, Emre Gökyayla, Faruk Acar, M. Turgut Öz, H. Murat Develioğlu, 2.bs, Vedat 2018) 747-748.

²⁸ Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet)* (1. basıdan tıpkı bası, Vedat 2010) 57; Çelik, 747.

²⁹ Kudret Ayiter, "Rechtsvergleichende Betrachtungen über wechselseitige Wirkungen der rechtskräftigen Straf- und Zivilurteile" (1972) *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, 753; Çelik, 748.

³⁰ Aras, 227; Koçak, 113; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II* (Legal 2017) 518.

³¹ Aras, 227; Antalya, 518.

hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verilebilmesidir³².

Ayrıca zorunluluk durumunda; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendine göre, suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi hallerinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

Amirin verdiği emir, hukuka uygun ise, bu emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebi teşkil eder ve bu durumda beraat kararı verilmesi gerekir³³. Buna karşılık amirin verdiği emir, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı ise, sanığa ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir (TCK m. 24/II). Yine, “*Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.*” ifadesi (TCK m. 24/IV) gereği, hukuka aykırı ve bağlayıcı emri yerine getiren kişi hakkından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir³⁴.

Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez (TCK m. 25/II).

Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır (TCK m. 28).

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendindeki haller, nitelikleri itibarıyla mazeret nedeni teşkil eder ve bu hallerde fiilin haksızlığı ve failin kusurluluğu azalır³⁵. Söz konusu ceza verilmesine yer olmadığı kararları,

³² Koçak, 113. “...Kusur sorumluluğu için temyiz kudretinin varlığı gerekmektedir; Diğer yandan, kanunda gösterilen istisnaların varlığı halinde, temyiz kudreti bulunmayanlar da sorumlu tutulabilirler. Bu istisna; durumlardan biri ise, Borçlar Kanununun 54/1. maddesidir. Bu madde hükmüne göre, hakkaniyet gerekli kılıyorsa hâkim temyiz kudreti bulunmayan bir kişiyi kısmen veya tam olarak tazminata mahkûm edebilir. Somut olayda; sigortalı ...'yı bıçaklayarak öldüren ...'in temyiz kudretini haiz olmadığı ceza dosyası kapsamından sabit olmakla birlikte, davalı ...in Borçlar Kanununun 54/1. maddesi hükmü gereğince olayı çevreleyen koşullar ile fiilin mahiyeti göz önünde tutulduğunda tazminat miktarından sorumlu olacağı gözetilerek...” 10. HD, 26.5.2016, E. 2015/6461, K. 2016/8682 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/anaindex.htm> erişim tarihi 1.12.2018]; “...Adli Tıp Kurumundan alınan raporda; davalıda suç tarihi itibarı ile şuur ve hareket serbestisini ortadan kaldıracak derecede Paranoik Şizofren olarak tanımlanan akıl hastalığı bulunduğu belirlendiği, ceza mahkemesince davalının cezai sorumluluğu bulunmadığı gerekçesiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verildiği ... anlaşılmaktadır...Olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanununun 54. ve halen yürürlükte bulunan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 65. maddesine göre; hakkaniyet gerektiriyorsa hakim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın tamamen veya kısmen giderilmesine karar verebilir...” 4. HD, 3.3.2016, E. 2015/15710, K. 2016/2818 (Kazancı). Aynı yönde, 4. HD, 25.2.2015, E. 2014/15656, K. 2015/2147 (Kazancı); 10. HD, 27.9.2013, E. 2012/24954, K. 2013/17630 (Kazancı); 10. HD, 16.2.2010, E. 2009/15766, K. 2010/1900 (Kazancı).

³³ Elif Bekar, “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)” (2017) LXXV/1 İÜHFİM, 32.

³⁴ Bekar, *Hüküm* 33.

³⁵ Sözüter, 231.

dayandıkları mazeret nedenleri bakımından hukuk hâkimini bağlamaz. Çünkü failin kusurunun derecesi nedeniyle bu hallerde ceza verilmesine yer olmadığına karar verilirken, hukuk hâkiminin kusurun derecesini medenî hukuk bakımından takdir ederek farklı sonuca varması mümkündür. Burada ceza hukukunun kusurun ağırlığını dikkate alarak ceza vermemesi ile medenî hukukun kusuru değerlendirmesi ölçütleri birbiri ile örtüşmez.

Türk Borçlar Kanunu'nun 63. maddesinin 2. fıkrasına göre, zorunluluk halinde işlenen fiil hukuka aykırı sayılmaz. Hukuk hâkimi, zorunluluk hali içinde başkasının mallarına zarar veren kimsenin hakkaniyet gereği bu zararı gidermesine karar verebilir (TBK m. 64/II). Ceza hukuku doktrininde ise, bir görüşe göre³⁶, zorunluluk hali ikiye ayrılarak incelenir. Buna göre, zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeni ve mazeret nedeni olarak iki şekilde ortaya çıkabilir. Korunan hukukî yarar, müdahale edilen hukukî yarardan önemli ölçüde daha üstün ise, zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenidir. Buna karşılık korunan hukukî yarar, müdahale edilen hukukî yarardan önemli ölçüde üstün değil veya her ikisi de eşit derecede önemli ise, zorunluluk hali mazeret nedeni niteliğindedir³⁷. Bu ayrımın ceza mahkemesinin vereceği karara yansımaları ise şöyledir: Zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeni ise, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendi gereği, beraat kararı; mazeret sebebi olan zorunluluk hali söz konusu ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendi gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekir³⁸. Ceza hukukundaki zorunluluk hali (TCK m. 25/II) ile borçlar hukukundaki zorunluluk hali (TBK m. 63) kavramları içerikleri bakımından birbiri ile örtüşmediği için eleştirilir³⁹. Doktrinde ileri sürülen bir başka görüşe göre⁴⁰ ise, zorunluluk hali mazeret nedenidir. Dolayısıyla zorunluluk halinde, failin haksızlık niteliği devam eder ancak sanık kusurlu sayılmaz. Bu konuda gerek Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrası gerek Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3. fıkrasının (b) bendi bakımından zorunluluk hali, kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebeptir ve bu halde beraat kararı değil, yalnızca ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilir⁴¹. Bu görüş, zorunluluk halinin hem hukuka uygunluk nedeni hem de mazeret nedeni olmasına ilişkin görüşü kabul edilemez bulur⁴².

³⁶ Zeynel T. Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2010) 483; Elif Bekar, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hal*, (Seçkin 2013) 83 v.d.; Nur Centel ve Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10. bs., Beta 2017) 323; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (6. bs., Beta 2016) 382; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. bs., Seçkin 2018) 299; Veli Özer Özbek ve Koray Doğan ve Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. bs., Seçkin 2018) 369-370.

³⁷ Kangal, 483-484.

³⁸ Kangal, 484.

³⁹ Bekar, *Zorunluluk Hali* 86.

⁴⁰ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. bs., Seçkin 2018) 425; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. bs., Seçkin 2018) 346; Mehmet Emin Artuk ve Ahmet Gökcen ve M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. bs., Adalet 2017) 502; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21. bs., Adalet 2017) 422.

⁴¹ Koca ve Üzülmez, 346.

⁴² Koca ve Üzülmez, 347, dn. 998.

Doktrinde zorunluluk halinin hukukî niteliği itibariyle hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşü de savunulur⁴³. Bu görüşe göre de, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasının kanun koyucu tarafından uyumlu hale getirilmesi gerekir⁴⁴. Yargıtay kararlarında zorunluluk hali şartları gerçekleştiği takdirde kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilir ve ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiği belirtilir⁴⁵.

Kanaatimizce de, ceza hukuku bakımından zorunluluk hali kanun koyucu tarafından kusurluluğu ortadan kaldıran sebep olarak düzenlenmiştir. Bu nitelik karşısında da zorunluluk hali içerisinde işlenen fiil haksızlık içermesine karşın, kusurluluk ortadan kalktığından ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi uygun görülmüştür. Zorunluluk hali, ceza hukuku bakımından hukuka aykırı olan bir fiil iken, özel hukuk bakımından hukuka uygun kabul edilmesi hukuk düzeninin çelişmesi sonucunu doğuracaktır. Zorunluluk hali nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi, fiilin haksızlık olduğu tespitini de içerdiğinden, hukuk mahkemesi bakımından bu husus bağlayıcı nitelikte kabul edilmelidir. Bu durumda hukuk hâkimi, ceza verilmesine yer olmadığı kararı karşısında zorunluluk hali nedeniyle verilen zararın giderilmesine hakkaniyet gereği karar verebilir (TBK m. 64/II).

2. Meşru Savunmada Sınırın Mazur Görülebilecek Heyecan, Korku veya Telaş Nedeniyle Aşılması Halinde

Meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılması (TCK m. 27/II) halinde, sınırı aşan kısım hukuka aykırı nitelikte olmakla birlikte kişinin kusurluluğu söz konusu heyecan, korku veya telaş nedeniyle azalır. Bu nedenle meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılması hukukî niteliği itibariyle bir hukuka uygunluk nedeni değil, mazeret sebebidir⁴⁶. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 3. fıkrası

⁴³ Çağrı Kan, *Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, (Yetkin 2018) 161; Kayhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Beta 2017) 359; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (18. bs., Seçkin 2018) 253; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, (Savaş 2018) 170 v.d.; Zeki Hafizoğulları ve Muharem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. bs., Usa 2018) 222; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. bs., Yetkin 2016) 376.

⁴⁴ Kan, 161.

⁴⁵ "...zorunluluk hali 765 sayılı TCK'nunda bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekte iken, 5237 sayılı TCK'nunda kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak sayılmış olup, dolayısıyla 5237 sayılı TCK uygulamasında, zorunluluk halinde suç işleyen kişi hakkında "beraat" değil, TCK'nun 25/2. maddesi uyarınca "ceza verilmesine yer olmadığı" kararı verilmelidir. Bu husus, 5271 sayılı CMK'nun 223/3-b maddesinden de açıkça anlaşılmaktadır." CGK, 19.2.2013, E. 2012/8-1551, K. 2013/64 [Lexpera İçtihat, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat> erişim tarihi 1.1.2.2018]; "...yapılan spor müsabakası esnasında sanığın bulunduğu tribünde yaşanan arbede sırasında demir korkuluklara sıkışmamak için müsabaka alanı olarak kabul edilen kum olan koşu pistine atlaması biçimindeki eylemi karşısında; sanığın yasak alana girme fiilinin ceza sorumluluğunu kaldırın zorunluluk hali kapsamında kaldığı cihetle, TCK'nun 25/2. ve CMK'nun 223/3-b maddeleri gereğince sanık hakkında kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı yerine beraatine karar verilmesi, Kanuna aykırı ve O Yer Cumhuriyet Savcısının temyiz nedenleri bu itibarla yerinde görüldüğünden tebliğnameye uygun olarak HÜKMÜN BOZULMASINA..." 19. CD, 28.6.2016, E. 2015/19686, K. 2016/20393 (Lexpera).

⁴⁶ Aykut Ersan, *Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması* (On İki Levha 2013) 126-127; Söztier, 232; Mahmut Koca, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri" (2006) 1 CHD 142; Özgenç, 448; Özbek ve Doğan

gereği, bu halde beraat kararı değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Bu mazeret sebepleri hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı nitelikte değildir. Yargıtay'ın meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması halinde sanığın kusursuz sayılıp hukuk mahkemesinde bağlayıcı olduğunu belirten kararı⁴⁷ kanaatimizce yerinde değildir. Çünkü bu halde sanığın kusurluluğu ortadan kalktığından, hukuk hâkimi kusurun derecesini ceza mahkemesi kararından bağımsız olarak değerlendirebilir.

3. Kusurluluğu Kaldıran Hataya Düşülmesi Halinde

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır (TCK m. 30/III). İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz (TCK m. 30/IV).

Kusurluluğu kaldıran hataya düşülmesi halinde (CMK m. 223/III, d), bu hatası nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesine karşın, hukuk hâkimi kişinin sorumlu olduğuna karar verebilir. Çünkü ceza hukuku anlamında hata, hukukî sorumluluk ile ilgili değildir. Ceza verilmesine yer olmadığı kararında fail suç işlemiş olmasına rağmen kusurlu olmadığı konusunda hataya düşmüş olsa da, fiilin işlenmiş olması sebebiyle hukuk hâkimi ilgili kişiyi verdiği zarardan dolayı sorumlu tutabilir. Başka bir deyişle, kusurluluğu kaldıran hataya düşülmesi bakımından hukuk hâkimi, ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile bağlı olmayacaktır.

4. Etkin Pişmanlık Halinde

Etkin pişmanlık Türk Ceza Kanunu'nda genel bir madde olarak değil, fakat çeşitli suçlarda özel olarak öngörülmüştür. Bu maddelerde kimi zaman etkin pişmanlık cezayı ortadan kaldıran şahsî sebep⁴⁸ iken, kimi zaman da cezada indirimi gerektiren şahsî sebeptir⁴⁹. Bu açıdan etkin pişmanlık sebeplerinin ceza sorumluluğuna etkisi ikiye ayrılır: Birincisi cezayı azaltan etkin pişmanlık, ikincisi cezayı kaldıran etkin pişmanlıktır⁵⁰. İlk halde, etkin pişmanlık nedeniyle ceza hâkimi sanığın mahkûmiyetine karar verir ve fakat cezasında indirim uygular. İkinci halde ise, iddia

ve Bacaksız ve Tepe, *Ceza Genel* 410-412. Meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılmasının hukuki niteliğini kusurluluğu ortadan kaldıran sebep olarak kabul eden görüş için bkz. Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır, 489.

⁴⁷ "...hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde "beraat hükmü" değil, Yasanın 27/1. maddesine göre indirimli ceza veya Yasa'nın 27/2. maddesine göre ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Bu husus, 5271 sayılı Yasa'nın 223/3-c maddesinden de açıkça anlaşılmalıdır...Bu kapsamda; davalının, maruz kaldığı saldırı karşısında içine düştüğü korku, telaş ve şaşkınlık dolayısıyla davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması söz konusu olduğundan, meşru müdafaa sınırının aşılmasından dolayı kusurlu sayılmayacağı kabul edilmelidir. Dolayısıyla davalının tümünden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davalının sorumluluğuna karar verilmiş olması doğru görülmemiş kararın bozulması gerekmiştir..." 4. HD, 29.9.2015, E. 2015/9205, K. 2015/10251 (Kazancı).

⁴⁸ TCK m. 93/I, m. 192/I, II, IV, m. 201/I, II, m. 221/I, II, III, IV, c. 1, m. 254/I, II, III, m. 274/I,

⁴⁹ TCK m. 93/II, m. 110, m. 168/I, II, III, V, m. 192/III, m. 221/IV, c. 2, m. 248/I, II, m. 269/I, II, III, IV, m. 274/II, III, m. 293.

⁵⁰ Yasemin Baba, *Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık* (On İki Levha 2013) 126-129; Bekar, *Hüküm*, 36.

edilen fiili sanığın işlemiş olduğu sübut bulmuş olmasına rağmen, kanunî şartlar gerçekleşmişse, ceza verilmesine yer olmadığına karar verilir⁵¹.

Etkin pişmanlık nedeniyle verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararları fiilin fail tarafından işlendiği hakkında hukuk hâkimi bakımından bağlayıcı etkiye sahiptir. Çünkü ceza mahkemesi tarafından deliller değerlendirilip fiilin fail tarafından işlendiği sonucuna ulaşılmıştır. Buna karşılık etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına neden olan hususlar hukuk hâkimi bakımından bağlayıcı nitelikte değildir.

5. Şahsî Cezasızlık Sebeplerinin Varlığı Halinde

Şahsî cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde, ceza mahkemesi sanığın fiili işlediğini tespit etmiştir, fakat kanunda sayılan sebepler nedeniyle cezada indirim yapılmasına veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verir.

Yağma ve nitelikli yağma hariç, malvarlığına karşı suçlar bölümünde yer alan suçların; “a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz” (TCK m. 167). Bu konuda başka bir örnek de Türk Ceza Kanunu’nun 273. maddesindedir. Buna göre, “Kişinin; a) Kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmayla uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması, b) Tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir.”

Bu durumlarda da fiilin hukuka aykırılığı bakımından ceza mahkemesinin verdiği ceza verilmesine yer olmadığı kararı, mahkûmiyet kararı gibi hukuk hâkimini bağlar⁵². Buna karşılık şahsî cezasızlık sebepleri bakımından bu karar hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcılık teşkil etmez.

6. Hakaret Suçunun Varlığı Halinde

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223. maddesinin 4. fıkrasının (c) bendine göre, karşılıklı hakaret sebebiyle ceza hâkimi sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verir. Karşılıklı hakaretin gerçekleşmiş olduğunu tespit eden ceza hâkimi

⁵¹ Baba, 126.

⁵² “...Söz konusu kararın gerekçe kısmında, katılan ile evli olması sebebiyle hesabın şifresini bilen sanığın müşterinin rızası dışında parayı hesabına havale ettiği, bu şekilde üzerine atılı bilişim sistemlerini kullanmak suretiyle hırsızlık suçunu işlediği sabit ise de eşlerden birinin diğeri hakkında hırsızlık suçunu işlemesi halinde ilgili kişiye ceza verilmeyeceğinin hüküm altına alındığı belirtilmiştir. Ceza dosyası 2.4.2014 tarihinde kesinleşmiştir. Davalının, yargılandığı ceza davasında; davacının rızası dışında parayı hesabına havale ettiği hususu kesinleşmiştir. Bu durumda, mahkemece; davacının, havale işleminin bilgisi dışında yapıldığı iddiasını ispatlayamadığı gerekçesi ile; davanın reddine karar verilmesi doğru görülmüştür...” 3. HD, 17.11.2015, E. 2015/12258, K. 2015/18224 (Kazancı).

cezada indirim yaparak mahkûmiyet kararı verebileceği gibi, ceza verilmesine yer olmadığına da karar verebilir (TCK m. 129/III). Karşılıklı hakarete, sanık mağdura hakaret ettiğinden aynı zamanda mağdurun da sanığa hakaret etmesi nedeniyle kendisi de mağdur olduğundan hâkim ceza verilmemesine kanaat getirebilir. Bu durumda hakaret fiilinin işlendiği kesin bir biçimde tespit edildiğinden, bu karar hukuk hâkiminin önündeki uyumsuzluk bakımından bağlayıcı niteliktedir⁵³.

Bundan başka Türk Ceza Kanunu'nun 129. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında da bir haksız fiile veya kasten yaralamaya tepki olarak hakaret suçu işlenmesi hali de ceza verilmeyecek hallerdendir. Her ne kadar Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 4. fıkrasında sayılmamış olsa da, bu iki fıkra bakımından da ceza hâkiminin ceza verilmesine yer olmadığına karar vermesi gerekir⁵⁴. Yine Türk Ceza Kanunu'nun 128. maddesinde de iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamındaki ifadeler bakımından da ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekir⁵⁵. Bu kararlar bakımından da işlenen fiilin hukuka aykırılığı ceza mahkemesince tespit edilmiş olduğundan, hukuk hâkimi için bağlayıcı niteliktedir.

7. İşlenen Fiilin Haksızlık İçeriğinin Azlığı Halinde

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 4. fıkrasının (d) bendine göre, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı halinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Bu duruma örnek olarak, Türk Ceza Kanunu'nun 145. maddesi verilebilir⁵⁶. Buna göre, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermektense de vazgeçilebilir.

⁵³ Karş. "...Ceza dosyası içeriğine göre; davalının, olay tarihinde davacıya hakaret eylemi sabittir. Hukuk hakimi ceza mahkemesince belirlenen bu maddi olgu ile bağlıdır. Mahkeme kararının gerekçesinde belirtilen; ceza mahkemesinin hakaret eyleminin karşılıklı olduğu gerekçesiyle davalı hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair kararı hukuk hakimi yönünden bağlayıcı olmayıp, tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olabileceğinden, davacı yararına 6098 Sayılı TBK'nın 58. maddesi uyarınca uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir..." 4. HD, 27.4.2016, E. 2016/4038, K. 2016/5706 (Kazancı); "...Davacının şikayeti üzerine, davalı hakkında ...ceza mahkemesince; davaya konu mesajlarla sanığın müştekiye hakaret ettiği, ancak sanığın bu eylemini müşteki ile yapmış olduğu telefon konuşmalarında kendisine hitaben söylenen sözler üzerine gerçekleştirdiği, karşılıklı hakaret suçundan sanığa ceza verilmemesi gerektiği gerekçesi ile ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir...Somut olayda, davaya konu edilen mesajların atılmasına davacının kendi eyleminin sebep olduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenle saldırıyı kinayan bir karar vermekle yetinilmesi gerekirken, tazminata hükmedilmemiş olması usul ve yasaya uygun görülmediğinden kararın bozulması gerekmektedir..." 4. HD, 19.11.2015, E. 2014/16290, K. 2015/13306 (Kazancı); "...ceza dosyasından taraflar hakkında hakaret suçundan eylemin karşılıklı olduğu gerekçesi ile ceza verilmesine yer olmadığına karar verildiği anlaşılmaktadır...davalının davacıya hakareti mahkemenin de kabulünde olduğuna göre, davacının kişilik haklarının ihlal edildiği kabul edilmeli ve BK'nun 49. maddesi uyarınca uygun bir miktar tazminata hükmedilmelidir..." 4. HD, 16.4.2014, E. 2013/11110, K. 2014/6365 (Kazancı). Aynı yönde, 4. HD, 3.4.2014, E. 2013/7809, K. 2014/5748 (Kazancı); 4. HD, 21.1.2014, E. 2014/4382, K. 2015/629 (Kazancı). Aksi yönde 4. HD, 30.1.2012, E. 2010/13347, K. 2012/1097 (Gökhan Taneri, "Ceza ve Hukuk Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi" (2015) 51 AD 87, dn. 44).

⁵⁴ Kurşun, 154-155; Bekar, *Hüküm*, 38.

⁵⁵ "...davalı hakkında dava konusu edilen beyanı nedeniyle davacıya yönelik hakaret suçundan kamu davası açıldığı, ... sanığın sözlerinin TCK 128. maddesi kapsamında iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında kaldığı kanaatine varılarak ceza verilmesine yer olmadığına karar verildiği anlaşılmaktadır... davalının duruşma sırasındaki davacıya yönelik sarf ettiği sözlerin davacının kişilik haklarına saldırı olarak değerlendirilemeyeceği, iddia ve savunma dokunulmazlığı sınırları içerisinde kaldığı sonucuna varılarak istemin tümünden reddine karar verilmesi gerekirken..." 4. HD, 22.10.2015, E. 2015/12516, K. 2015/11879 (Kazancı).

⁵⁶ Bekar, *Hüküm*, 39-40.

İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı halinde, az dahi olsa işlenen fiilin haksız olduğu ceza mahkemesince tespit edilmiş olduğundan, fiilin haksızlığı hususunda hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı etkiye sahip olacaktır.

D. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Bağlayıcı Olmadığı Haller

Ceza verilmesine yer olmadığı kararının hukuka aykırı fiilin varlığının tespiti bakımından bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi, bunun mutlak olduğu anlamına gelmemektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi gereği, hukuk hâkimi ayırt etme gücünün varlığı, kusurun olup olmadığı ve zararın miktarının takdirinde ceza verilmesine yer olmadığı kararları hukuk hâkimini bağlamaz⁵⁷.

Kanaatimizce kusurluluğu kaldıran veya azaltan haller yahut mazeret sebepleri olarak ceza verilmesine yer olmadığı sonucunu doğuran ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında sayılan sebepler, ceza hukukunun sorumluluk ile ilgili kuralları olduğundan, hukuk hâkimini bağlamayacaktır. Başka bir ifadeyle, ceza verilmesine yer olmadığı kararı fiilin fail tarafından işlendiği ve hukuka aykırılığı konusunda hukuk hâkimini bağlayıcı nitelikte olmakla beraber, bu kararın verilme sebepleri bakımından hukuk hâkimini bağlamaz.

E. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Unsur Etkisi

1. Genel Olarak Unsur Etkisi

Taraflar arasındaki bir davada verilen hükmün sonraki bir davada uygulanacak bir hukuk kuralının unsurunu veya şartını oluşturmasına unsur etkisi denir⁵⁸. Unsur etkisi, kesin hüküm etkisi gibi, hükmün etkileri arasında yer alır. Fakat unsur etkisi ile kesin hüküm etkisi farklı kavramlardır⁵⁹. Kesin hüküm, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlemiştir. Fakat unsur etkisine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁰. Maddî anlamda kesin hüküm, taraflar arasında mahkeme hükmünün bağlayıcı etkisinin kapsamını ifade ederken, unsur etkisi ise, kesinleşmiş bir mahkeme kararının hukukî sonucunu düzenleyen başka bir normun unsuru olmasını ifade eder⁶¹. Unsur etkisi, inşâî etkiden de hukukî durumda değişikliğe

⁵⁷ Aras, 227-228; Antalya, 518.

⁵⁸ Rosenberg ve Schwab ve Gottwald, § 149, Kn. 6; Akkan, 26; Efe Direnisa, *Die materielle Rechtskraft im deutschen und türkischen Zivilverfahrenrecht*, (Peter Lang 2011) 55.

⁵⁹ Rosenberg ve Schwab ve Gottwald, § 149, Kn. 6; Alexander Völmann, *Die Bindungswirkung von Strafurteilen im Zivilprozess* (Heymann 2006) 52; Nevhis Deren Yıldırım, *Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları* (Alfa 1996) 56; Erdoğan, 75 v.d.; Budak/Karaaslan, 289. Türk hukukunda bir görüşe göre, unsur etkisi, kesin hükmün olumlu etkisi olarak değerlendirilmektedir (Bkz. Meriç, 404-406; İyilikli, 455 v.d.). Kanaatimizce "unsur etkisi" Alman hukukunda yer alan kesin hükmün olumlu etkisi için kullanılan "Präjudizialität" veya "Vorgreiflichkeit" kavramlarının değil, "Tatbestandswirkung" kavramının karşılığıdır (Karş. Meriç, 404).

⁶⁰ Erdoğan, 75.

⁶¹ Bernhard Wieczorek ve Rolf A. Schütze, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze* (3. Aufl., 2. Band, 3. Teilband, De Gruyter Recht 2007) § 322, Kn. 43.

neden olmaması bakımından ayrılır. Unsur etkisi, inşaî etkiden farklı olarak hukukî durumda herhangi bir değişikliğe neden olmaz, buna karşılık bir mahkeme kararının, onun varlığının sonuçlarını düzenleyen hukuk kuralının bir unsurunu teşkil eder⁶².

Unsur etkisinin ortaya çıkabilmesi için, daha önce taraflar arasında veya kanun tarafından düzenlenmiş olması gerekir, yoksa her hükümden unsur etkisi doğmaz⁶³. Kesin hüküm etkisinden farklı olarak, unsur etkisinde bir hukukî ilişki başka bir hukukî ilişkiye değil, sadece başka bir hukukî ilişki hakkında verilen mahkeme hükmüne bağlıdır⁶⁴.

Kesinleşmiş bir mahkeme kararı, maddi hukukun veya usûl hukukuna ait bir normun unsuru teşkil edebilir⁶⁵. Maddi unsur etkisinde bir mahkeme kararının mevcudiyeti onun yarattığı hukukî durum dikkate alınmaksızın, hukukî durumun unsuru olarak ilişkilendirilir⁶⁶. Usûlî unsur etkisinde ise, bir hükmün mevcudiyeti yine onun içeriği dikkate alınmaksızın usûlî bir hukukî durumun unsuru teşkil eder⁶⁷. Maddi unsur etkisinden farklı olarak, usûlî unsur etkisi taraflarca kararlaştırılmaz, ancak kanun tarafından öngörülebilir⁶⁸. Usûlî unsur etkisine örnek olarak, hukuk mahkemesi kararına karşı yargılamanın yenilenmesine başvurulduğunda, hükme esas alınan ceza mahkemesi kararının sonradan başka bir karar ile ortadan kalkması hali gösterilebilir. Burada ceza mahkemesi kararının varlığı hukuk mahkemesinin tespit etmesi gereken unsurun bir parçasıdır⁶⁹ ve hâkim ceza mahkemesi kararının içeriği ile bağlı değildir⁷⁰. Üçüncü kişi, mahkeme kararının kendisi için bağlayıcı olmadığını veya karardaki olayın gerçekleşmediğini iddia edemez⁷¹.

2. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Unsur Etkisine Sahip Olduğu Haller

Medenî usûl hukukunda kesinleşmiş bir mahkeme kararı diğer yargı kollarında da unsur etkisine sahiptir⁷². Hukuk hâkiminin ceza mahkemesi kararları ile bağlılığı, ceza mahkemesi kararının unsur etkisinden de kaynaklanabilir⁷³. Hâkimlerin unsur etkisi ile bağlılığı, genel olarak hâkimlerin kanun ve hukuk ile bağlı olmasından

⁶² Wieczorek ve Schütze, § 322, Kn. 43.

⁶³ Deren Yıldırım, 55; Erdoğan, 76.

⁶⁴ Deren Yıldırım, 57.

⁶⁵ Wieczorek ve Schütze, § 322, Kn. 43; Budak ve Karaaslan, 289.

⁶⁶ Hans Schmidt, *Bindung des Zivilrichters an Vorentscheidungen anderer Gerichte und Behörden* (von Emil Ebering 1927) 26.

⁶⁷ Schmidt, 30-31.

⁶⁸ Schmidt, 31.

⁶⁹ Schmidt, 38.

⁷⁰ Rosenberg ve Schwab ve Gottwald, § 10, Kn. 13; Thomas Josef Trousil, *Die Bindung des Zivilrichters an strafgerichtliche Erkenntnisse* (Dissertation, 2005) 28; Völzmann, 52; Akkaş, 103.

⁷¹ Völzmann, 52.

⁷² Wieczorek ve Schütze, § 322, Kn. 88.

⁷³ Trousil, 28; Volkert Vorwerk/ Christian Wolf, *Beckscher Online Kommentar ZPO* (C. H. Beck 2014) § 322, Kn. 93.

doğmaktadır⁷⁴. Ceza mahkemesi kararının doğurduğu unsur etkisini de hukuk hâkimi dikkate almak zorundadır. Örneğin, yargılamanın yenilenmesi sebepleri bakımından kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı unsur etkisine sahiptir⁷⁵. Burada unsur etkisi bakımından, mahkeme kararının içeriği ikinci plandadır, ceza mahkemesi kararının varlığı, usûlî bir unsuru doldurmaya tek başına yeterlidir⁷⁶. Bir başka deyişle, hukuk hâkimi, ceza mahkemesi kararının içeriği ile bağlı değildir⁷⁷.

Ceza mahkemesi kararı şu hallerde hukuk mahkemesindeki yargılamanın yenilenmesi sebepleri bakımından unsur etkisine sahiptir:

- 1) Karara esas alınan senedin sahteliğine karar verilmiş veya senedin sahte olduğunun mahkeme veya resmî makam önünde ikrar edilmiş olması. (HMK m. 375/I, d)
- 2) İfadesi karara esas alınan tanığın, karardan sonra yalan tanıklık yaptığının sabit olması. (HMK m. 375/I, e)
- 3) Bilirkişi veya tercümanın, hükme esas alınan husus hakkında kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu sabit olması. (HMK m. 375/I, f)
- 4) Lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrar veya yazılı delille sabit olması. (HMK m. 375/I, g)
- 5) Karara esas alınan bir hükmün, kesinleşmiş başka bir hükümle ortadan kalkmış olması. (HMK m. 375/I, ğ).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinin 2. fıkrasına göre yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden üç tanesi için (HMK m. 375/I, e, f ve g bentleri) kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyeti kararının varlığı şartı aranır. Ceza verilmesine yer olmadığı kararı, mahkûmiyet kararı olmadığından, bu hallerde bu kararın hukuk mahkemesi bakımından unsur etkisi doğurması söz konusu değildir. Buna karşılık senedin sahteliği ceza mahkemesi tarafından tespit edilmiş veya ceza mahkemesinde senedin sahte olduğu ikrar edilmiş ve fakat yukarıdaki çeşitli sebeplerle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmişse, kanaatimizce Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendindeki yargılamanın yenilenmesi sebebinin gerçekleşmiş olur. Bu nedenle söz konusu bent bakımından ceza verilmesine yer olmadığı kararının hukuk mahkemesi bakımından unsur etkisi mevcuttur. Benzer şekilde, hukuk mahkemesinde hükme esas alınan ceza mahkemesi kararının daha sonra verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile ortadan kalkması da unsur etkisine sahiptir (HMK m. 375/I, ğ).

⁷⁴ Trousil, 28; Fritz Nicklisch, *Die Bindung der Gerichte an gestaltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte* (Ernst und Werner Gieseking 1965) 141.

⁷⁵ Hans Friedhelm Gaul, *Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe* (Deutscher Heimat 1956) 79; Peter Arens, *Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß* (Gehlen 1968) 70; Gero Herrmann, *Zur Bindung des Zivilrichters an Strafurteile in Deutschland*, (Dissertation 1985) 85-86; Trousil, 55; Wieczorek/Schütze, § 322, Kn. 93.

⁷⁶ Nils Wiggigshaus, *Synergieeffekte zwischen Straf- und Zivilprozess* (Hartung-Gorre 2007) 106.

⁷⁷ Rosenberg ve Schwab ve Gottwald, § 10, Kn. 13; Hanns Prütting ve Markus Gehrein, *ZPO Kommentar* (6. Aufl., Luchterhand 2014) § 580, Kn. 3, 5.

F. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Haksız Fiil Zamanaşımının Uzaması Bakımından Etkisi

1. Genel Olarak Haksız Fiil Zamanaşımının Ceza Zamanaşımı Kadar Uzaması

Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinin 1. fıkrasında haksız fiilden doğan tazminat talepleri bakımından zamaşımlı kural olarak, “zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıl”dır. Bununla beraber tazminat sorumluluğu ceza kanunlarının daha uzun bir zamaşımlı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, ceza zamaşımlının uygulanacağı düzenlenir⁷⁸. Buna göre, haksız fiilden doğan sorumluluğa üç türlü zamaşımlı uygulanır. Zarar görenin zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren 2 yıl; fiilin gerçekleşmesinden itibaren 10 yıl ve cezayı gerektiren bir fiil söz konusu ise ve ceza kanunlarında daha uzun zamaşımlı öngörülmüşse ceza zamaşımlı uygulanır.

Ceza hukukunda dava zamaşımlı ve ceza zamaşımlı olmak üzere iki türlü zamaşımlı söz konusudur. Dava zamaşımlı, kanunda öngörülen sürenin dolması ile kamu davasının açılmasını engeller, açılmışsa kamu davasının düşmesine neden olur (TCK m. 66-67). Buna karşılık ceza zamaşımlı kesinleşmiş mahkûmiyet kararının infaz edilmesini engeller (TCK m. 68 v.d.). Haksız fiil zamaşımlından uzun olması sebebiyle onun uzamasına neden olan ceza hukukundaki zamaşımlı “dava zamaşımlı”dır⁷⁹. Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde haksız fiil zamaşımlının uzamasına neden olan ceza davası zamaşımlı, Türk Ceza Kanunu'nda yer alabileceği gibi, başka özel ceza kanunlarında da yer alabilir⁸⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinin açık düzenlemesi karşısında hukuk hâkiminin önündeki dava cezayı gerektiren bir haksız fiile ilişkin ise, ceza hukukundaki daha uzun zamaşımlı süresi ile bağlı olması gerekir⁸¹.

Haksız fiil zamaşımlının, ceza davası zamaşımlı kadar uzaması için fail hakkında kovuşturma yapıp cezaya mahkûm edilmesi zorunlu değildir, önemli

⁷⁸ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin karşılığı TBK m. 72'dir. Buna göre, “Zarar ve ziyan yahut manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ tediyesine müteallik dava, mutazarrır olan tarafın zarara ve failine ittila tarihinden itibaren bir sene ve her hâlde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunmaz (f. 1). Şukadar ki zarar ve ziyan davası, ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun müruru zamana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsi davaya da o müruru zaman tatbik olunur (f. 2).”

⁷⁹ Ahmet M. Kılıçoğlu, “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi” (1973) XXIX/3-4 AÜHFD 214; Özlem Yenerer Çakmut, “§ 21 Türk Borçlar Kanunu m. 72 ve m. 74 Bakımından Ceza Hukukunda Ceza Sorumluluğunun Esası ve Dava Zamaşımlı Kavramlarına Kısa Bir Bakış” (2014) Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II, 35; Tandoğan, 360; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. bs, Yetkin 2017) 857; Çelik, 548; Antalya, 510.

⁸⁰ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. bs, Turhan 2018) 632; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (C. II, 14. bs., Vedat 2018) 78; Çelik, 548.

⁸¹ Yenerer Çakmut, 29.

olan haksız fiilin aynı zamanda cezayı gerektiren bir fiil niteliğinde olmasıdır⁸². Haksız fiil zamanaşımının daha uzun olan ceza davası zamanaşımı kadar uzaması, her zaman ceza mahkemesi kararının etkisi sonucu olmaz. Dolayısıyla burada ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesine etkisi, medenî usûl hukuku anlamında bir hüküm etkisi değildir. Zaten zamanaşımı kavramı da maddi hukuka ilişkin olup ne medenî usûl hukuku ne ceza muhakemesi hukukuna ait bir kavramdır. Bu nedenle ceza hukuku kavramının hukuk hâkimine bir etkisi ortaya çıkar. Bu durum, kanaatimizce Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesinin 1. fıkrasında da esasen “ceza hukukunun sorumluluk ile ilgili hükümleri” bağlı olmadığına ilişkin düzenlemenin bir uygulaması niteliğindedir.

Fiilin suç teşkil edip etmediği hukuk hâkimi bakımından ön sorun niteliğindedir⁸³. Kural olarak hukuk hâkimi, haksız fiilin aynı zamanda cezayı gerektiren bir fiil niteliğinde olup olmadığını tespit ederken bağımsızdır. Fail hakkında herhangi bir ceza davası bulunmuyorsa, haksız fiilin cezayı gerektirip gerektirmediğini hukuk hâkimi serbestçe takdir eder⁸⁴. Ceza mahkemesince fiilin suç teşkil edip etmediği henüz saptanmadığı için, hukuk hâkimi kendiliğinden bu hususu değerlendirip uygulanacak zamanaşımını belirler⁸⁵. Ancak burada hâkimin davaya uygulanacak zamanaşımını kendiliğinden dikkate alması gerektiği anlaşılmamalıdır. Çünkü hâkim zamanaşımını re'sen dikkate alamaz, ancak davalının zamanaşımı def'ini ileri sürmesi üzerine, hâkim hangi tür zamanaşımının uygulanacağını belirlerken fiilin suç teşkil edip etmediğini serbestçe ve kendiliğinden araştıracaktır.

2. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Zamanaşımının Uzaması Bakımından Hukuk Mahkemesini Bağlaması

Fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı bulunması, failin dava konusu suçu ceza mahkemesi tarafından tespit edilmiş ve fakat kanuni sebeplerden ötürü faile ceza verilmemesi anlamına geldiğinden, ceza verilmesine yer olmadığı kararı bakımından haksız fiil zamanaşımının uzaması için gerekli olan cezayı gerektiren bir

⁸² Kılıçoğlu, *Haksız Fiil* 211; Selçuk, 724; Tandoğan, 362; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt Genel Hükümler* (6.bs., Sermet 1976) 526; Kılıçoğlu, *Borçlar* 630; Eren, 857; Selahattin Sulhi Tekinay ve Sermet Akman ve Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. bs., Filiz 1993) 723; Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15. bs., Beta 2017) 270; Çelik, 549; Antalya, 512. “...ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için sadece fiilin cezayı gerektiren bir eylem olmasını yeterli görmekte, bunun dışında, eylemi gerçekleştiren fail hakkında soruşturma yapılmasını, ceza davası açılmış olması veya mahkumiyet kararıyla sonuçlanmış bir ceza davasının varlığı koşulu aranmamaktadır...” HGK, 16.9.2015, E. 2014/17-116, K. 2015/1771 (Kazancı). Aynı yönde 3. HD, 28.5.2014, E. 2014/9540, K. 2014/ 8361 (Kazancı); HGK, 22.2.2012, E. 2011/4-640, K. 2012/89 (Kazancı); HGK, 6.5.2009, E. 2009/4-152, K. 2009/155 (Kazancı); HGK, 16.4.2008, E. 2008/4-326, K. 2008/325 (Kazancı); HGK, 10.10.2001, E. 2001/19-652, K. 2001/705 (Kazancı).

⁸³ Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (On İki Levha, 2010) 140.

⁸⁴ Erdem, 142; Selçuk, 724; Muhsin Tuğsavul, “Haksız Fiil Zamanaşımı” (1947) 38/5 AD 379; Taneri, 83; Tandoğan, 362; Kılıçoğlu, *Borçlar* 630; Eren, 857; Oğuzman ve Öz, 78; Tekinay ve Akman ve Burcuoğlu ve Altop, 723; Tunçomağ, 526; Nomer, 270; Çelik, 549.

⁸⁵ “...ceza mahkemesince haksız eylemin suç niteliği saptanmamış ise hukuk hakimine bunu kendiliğinden ve özgürce araştırma ve sonucuna göre karar verme yetkisi tanınmıştır...” 17. HD, 4.10.2016, E. 2015/18001, K. 2016/8561 (Kazancı); aynı yönde HGK, 5.6.2015, E. 2014/17-2198, K. 2015/1495 (Kazancı).

fiil şartı bulunmaktadır. Dolayısıyla hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı bulunan failin fiili hakkında, hukuk mahkemesinden tazminat talep edilmiş ise, uzamış zamanaşımının uygulanması gerekir. Bir başka deyişle ceza verilmesine yer olmadığı kararı mevcut ise, ceza zamanaşımının haksız fiil zamanaşımını uzatması bakımından hukuk hâkimi bu karar ile bağlıdır.

Failin, cezaî ehliyeti bulunmaması nedeniyle beraat etmiş olması, failin suç teşkil etmesini ortadan kaldırmadığı için, hukuk zamanaşımının ceza davası zamanaşımı kadar uzamasına engel olmaz⁸⁶. Buna karşılık, cezaî ehliyeti bulunmayan bir kimsenin fiilinin suç teşkil ettiği söylenemeyeceğinden, bu kimselere uzamış ceza zamanaşımının uygulanmaması gerektiği görüşü de ileri sürülür⁸⁷. Yargıtay ise, cezaî ehliyeti bulunmayan kimsenin işlediği fiil suç teşkil ediyorsa, uzamış zamanaşımının uygulanması gerektiği kanaatindedir⁸⁸. Kanaatimizce öncelikle failin “*Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması*” halinde beraat kararı değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verildiğini (CMK m. 223/III, a) belirtmek gerekir. Bu hallerde verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararı, failin suç teşkil ettiğini tespit eder ama faile ceza verilmesi uygun görülmez. Bu nedenle, fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi halinde haksız fiil zamanaşımının ceza zamanaşımı kadar uzamasının kabul edilmesi gerekir.

Sonuç

Ceza verilmesine yer olmadığı kararı, ceza mahkemesi tarafından verilen esasa ilişkin nihaî kararlardandır. Bu karar ile sanığın suç teşkil eden fiili işlediği sabittir, ancak kanunda sayılan sebepler gerçekleşmiş ise sanık hakkında mahkûmiyet yerine ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi kabul edilmiştir.

Ceza verilmesine yer olmadığı kararının bağlayıcı etkisi, onun kesin hüküm ve unsur etkisini kapsar. Söz konusu kararın hukuk mahkemesi bakımından kesin hükmün olumsuz etkisini teşkil eden bir örnek hukukumuzda mevcut değildir. Buna karşılık, ceza verilmesine yer olmadığı kararının hukuk mahkemesi bakımından kesin hükmün olumlu etkisine sahip olması mümkündür. Buradaki bağlayıcı etki, ceza hukuku sorumluluğu ile özel hukuka ilişkin sorumluluk için ortak olan kavramlar söz konusu ise mevcuttur. Fakat bu kavramlarda ortaklık bulunmuyorsa, hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcılık söz konusu değildir.

⁸⁶ Kılıçoğlu, *Haksız Fiil* 212; Sıtkı Tunçer, “Haksız Fiilde Ceza Müruruzamanı” (1953) 44/12 AD, 1426; Tandoğan, 363; Kılıçoğlu, *Borçlar* 630; Çelik, 549-550.

⁸⁷ Erdem, 139.

⁸⁸ “...Her ne kadar kendisinin olay gününde 11 yaşından küçük olması nedeniyle ceza ehliyeti yoksa da, işlemiş olduğu eylemin suç teşkil etmesi nedeniyle hakkında daha uzun olan ceza zamanaşımının uygulanması gerekir...” 4. HD, 17.11.1988, E. 1988/6907, K. 1988/9827 (Erdem, 139, dn. 522).

Ceza verilmesine yer olmadığı kararı, hukuk mahkemesi bakımından işlenen fiilin hukuka aykırı olduğu ve o sanık tarafından işlendiği hususlarında bağlayıcı niteliktedir. Buna karşılık ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilme sebepleri hukuk mahkemesini bağlamaz. Yine söz konusu karar ayırt etme gücü, kusurun derecesi ve zararın miktarı bakımından da hukuk mahkemesi için bağlayıcı değildir.

Ceza verilmesine yer olmadığı kararı, hukuk mahkemesi bakımından yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil edebilir. Bu hallerde unsur etkisi söz konusudur. Ceza verilmesine yer olmadığı kararı “*Karara esas alınan senedin sahteliğine karar verilmiş veya senedin sahte olduğunun mahkeme veya resmî makam önünde ikrar edilmiş olması*” (HMK m. 375/I, d) ve “*Karara esas alınan bir hükmün, kesinleşmiş başka bir hükümle ortadan kalkmış olması*” (HMK m. 375/I, ğ) hallerinde hukuk mahkemesi bakımından unsur etkisine sahiptir.

Haksız fiil zamanaşımının ceza zamanaşımı kadar uzaması bakımından ise, ceza verilmesine yer olmadığı kararı, cezayı gerektiren bir fiilin bulunduğunu gösteren bir karar olduğundan hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı niteliktedir. Başka bir deyişle, ceza zamanaşımı haksız fiil zamanaşımından daha uzun ise, ceza verilmesine yer olmadığı kararı nedeniyle haksız fiil zamanaşımı uzar.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kısaltmalar

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
Aufl.	: Auflage (bası)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bs.	: bası
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
dn.	: dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas numarası
Ed.	: Editör
f.	: fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
K.	: Karar numarası
Kn.	: Kenar numarası
m.	: madde
MİHDER	: Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
v.d.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

Kaynakça/References

- Akkan M, “Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Niteliği” (2009) 11 DEÜHFD 3-61.
- Akkaş AH, *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi*, (Adalet 2016).
- Akkaya M, “Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme” (2000) 49 AÜHFD 85-96.
- Alangoya Y ve Yıldırım MK ve Deren-Yıldırım N, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (Tıpkı 8. bs, Beta 2011).
- Ansay SŞ, *Hukuk Yargılama Usulleri* (7. bs, Güzel Sanatlar 1960).
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II* (Legal 2017).
- Aras B, *Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi* (Yetkin 2014).
- Arens P, *Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß* (Gehlen 1968).
- Arslan R ve Yılmaz E ve Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku* (4. bs, Yetkin 2018).
- Artuk ME ve Gökçen A ve Aļşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. bs, Adalet 2017).
- Atalı M, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (Ed.: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz, C. I-II-III, 15. bs, On İki Levha 2017).
- Atalı M ve Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2018).
- Ayiter K, *Rechtsvergleichende Betrachtungen über wechselseitige Wirkungen der rechtskräftigen Straf-und Zivilurteile*” (1972) Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, 751-764.
- Baba Y, *Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık* (On İki Levha 2013).
- Belgin Güneş D, *Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri* (On İki Levha 2019).
- Bekar E, “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)” (2017) LXXV/1 İÜHFİM, 15-60 (Hüküm).
- *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2013) (Zorunluluk Hali).
- Bilge N ve Önen E, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (3. bs, Sevinç 1978).
- Brehm R, *Berner Kommentar Das Obligationenrecht Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Art. 41-61 OR* (4. Aufl., Stämpfli 2013).
- Budak AC, *Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan Medeni Usul Hukuklarında Kesin Hüküm: Türkiye ve İngiltere Örnekleri* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 1991).
- Budak AC ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (2. bs, Adalet 2018).
- Çenberci M, *Hukuk Davalarında Kesin Hüküm* (Yeni Cezaevi 1965).
- Centel N ve Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10. bs., Beta 2017).
- Çelik NH, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu C. I - Genel Hükümler* (Ed. Rona Serozan, Emre Gökyayla, Faruk Acar, M. Turgut Öz, H. Murat Develioğlu, 2.bs, Vedat 2018).
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. bs., Seçkin 2018).
- Deniz İ, *Ceza Muhakemesinde Hüküm* (Seçkin 2014).
- Deren Yıldırım N, *Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Söbjektif Sınırları* (Alfa 1996).
- Direnisa E, *Die materielle Rechtskraft im deutschen und türkischen Zivilverfahrenrecht* (Peter Lang 2011).

- Domanıç H, *Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nisbi Kuvveti* (Fakülteler 1964).
- Erdem M, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (On İki Levha, 2010).
- Erdoğan E, *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi* (Yetkin 2017).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. bs, Yetkin 2017).
- Ersan A, *Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması* (On İki Levha 2013).
- GaulHF, *Die Grundlagendes Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe* (Deutscher Heimat 1956).
- Gürdoğan B, *Medeni Usûl Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı* (Ayyıldız 1960).
- Habscheid WJ, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, (Helbing& Lichtenhahn 1986).
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. bs., Usa 2018).
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21. bs., Adalet 2017).
- Herrmann G, *Zur Bindung des Zivilrichters an Strafurteile in Deutschland*, (Dissertation 1985).
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Beta 2017).
- İyilikli AC, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm*, (Yetkin 2016).
- Kan Ç, *Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, (Yetkin 2018).
- Kangal ZT, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2010).
- Karslı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (4.bs, Alternatif 2014).
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/anaindex.htm>> erişim tarihi 1.12.2018.
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. bs, Turhan 2018) (*Borçlar*).
- "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi" (1973) XXIX/3-4 AÜHFD 185-225 (*Haksız Fiil*).
- Kırtıloğlu SS, *Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası* (Adalet 2014).
- Koca M, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri" (2006) 1 CHD 111-143.
- Koca M ve Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. bs., Seçkin 2018).
- Koçak H, *Ceza Yargılamasının Hukuk Mahkemelerini Bağlayıcılığı Sorunu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2009).
- Konuralp H, *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları* (Tıpkı basım, Yetkin 2009).
- Kurşun G, *Ceza Muhakemesinde Hüküm* (Seçkin 2016).
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü* (6. bs, Demir-Demir 2001) (*HMU*).
- İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (Legal 2016) (*İstinaflı Usul*).
- Lexpera İçtihat: <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>> erişim tarihi 1.1.2.2018.
- Meriç N, "Türk Hukukunda Maddi Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları", (2007) 7 MİHDER 377-434.
- Nicklisch F, *Die Bindung der Gerichte an gestaltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte* (Ernst und Werner Gieseking 1965).
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15. bs., Beta 2017).
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (C. II, 14. bs., Vedat 2018).

- Özbek VÖ ve Doğan K ve Bacaksız P ve Tepe İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. bs., Seçkin 2018).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. bs., Seçkin 2018).
- Özkaya-Ferendeci HÖ, *Kesin Hükümün Objektif Sınırları* (On İki Levha 2009).
- Öztürk B ve Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (18. bs., Seçkin 2018).
- Postacıoğlu İE ve Altay S, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (7. bs, Vedat 2015).
- Prütting H ve Gehrlein M, *ZPO Kommentar* (6. Aufl., Luchterhand 2014).
- Rosenberg L ve Schwab KH ve Gottwald P, *Zivilprozessrecht* (17. Aufl, C. H. Beck 2010).
- Schmidt H, *Bindung des Zivilrichters an Vorentscheidungen anderer Gerichte und Behörden* (von Emil Ebering 1927).
- Selçuk RN, “Ceza Kararlarının Hukuk Hakimine Etkisi”, (1975) 5 ABD 718-725.
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. bs., Yetkin 2016).
- Sözüer A, “Türk Ceza Kanunu’nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, (2006) 6 HPD 230-233.
- Tandoğan H, *Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet)* (1. basıdan tıpkı bası, Vedat 2010).
- Taneri G, Ceza ve Hukuk Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi”, (2015) 51 AD 75-97.
- Tanrıver S, *Medeni Usûl Hukuku* (Cilt I, 2. bs, Yetkin 2018).
- Tekinay SS ve Akman S ve Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. bs., Filiz 1993).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, (Savaş 2018).
- Trousil TJ, *Die Bindung des Zivilrichters an strafgerichtliche Erkenntnisse* (Dissertation, 2005).
- Tuğsavul M, “Haksız Fiil Zamanaşımı”, (1947) 38/5 AD 366-379.
- Tunçer S, “Haksız Fiilde Ceza Müruruzamanı”, (1953) 44/12 AD, 1423-1429.
- Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt Genel Hükümler* (6.bs., Sermet 1976).
- Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (2. bs., Yetkin 2014) (Şerh).
- Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun Mevaz Neuchâtel Kantonundaki Tatbikatı* (Sermet 1967) (Tatbikat).
- Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku*, (7. bs, Filiz 2000).
- Völmann A, *Die Bindungswirkung von Strafurteilen im Zivilprozess* (Heymann 2006).
- Vorwerk V ve Wolf C, *Beckscher Online Kommentar ZPO* (C. H. Beck 2014).
- Wieczorek B ve Schütze RA, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze* (3. Aufl., 2. Band, 3. Teilband, De Gruyter Recht 2007).
- Wigginghaus N, *Synergieeffekte zwischen Straf- und Zivilprozess* (Hartung-Gorre 2007).
- Yenerer Çakmut Ö, “§ 21 Türk Borçlar Kanunu m. 72 ve m. 74 Bakımından Ceza Hukukunda Ceza Sorumluluğunun Esası ve Dava Zamanaşımı Kavramlarına Kısa Bir Bakış”, (2014) Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II, 28-36.
- Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (3. bs, Yetkin 2017).
- Yurtcan E, *Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm*, (2. bs, Kazancı 1987).
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (6. bs., Beta 2016).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 18.03.2019
Revizyon Talebi: 20.05.2019
Son Revizyon Tarihi: 20.06.2019
Kabul: 25.06.2019

İrtifak Hakkına Bağlı Taşınmaz Yükü

Gülen Sinem Tek^{*}

Öz

Taşınmaz yükü, bir taşınmazın malikini yalnız o taşınmaz ile sorumlu olacak şekilde, diğer bir kişiye bir şeyi vermek veya yapmak ile yükümlü kılan aynı haktr. Taşınmaz yüküne aynı karakterini veren teminat unsuru, olumlu edim ile sıkı bir bağ içindedir. Bu yönü ile, irtifak haklarına bağlanan ikincil yapma edimleri ile benzerlik gösterir. Ne var ki, irtifak hakkına bağlı yapma ediminin, irtifak sözleşmesinde kararlaştırılarak tescile yansıtılması, irtifaka oranla daha ağır bir yük arz edememesi ve varlığının irtifaka bağlı olmasına karşılık; irtifak ile aynı taşınmazı yükümlese de, taşınmaz yükü kural olarak bağımsızdır. Bununla birlikte, taşınmaz yükünün irtifak hakkına bağlı olarak kurulabilmesi de mümkündür. Bu çerçevede, taşınmaz yükünün bağlanacağı irtifakın eşyaya bağlı ya da kişisel olması bir fark yaratmamak ile beraber, sürekli olması lazımdır. Aynı şekilde, söz konusu irtifak ile bu taşınmaz yükü arasında bir iç bağlantının; taşınmaz yükü ile irtifakın aynı taşınmazı konu alması ve taşınmaz yükünün irtifakın kullanılmasını kolaylaştıracak, mümkün kılacak ya da emniyet altına alacak şekilde kurulması şeklinde sağlanması gerekir. Ancak, taşınmaz yükü irtifak hakkına bağlı yan borçtan farklı olarak, irtifaktan daha ağır bir yük getirebilir. Taşınmaz yükünün irtifaka bağlanması ile, irtifak ayakta kaldığı müddetçe, taşınmazın yükten kurtarılması talep edilemeyecek; irtifak hakkı sona erdiğinde taşınmaz yükü de sona erecektir. Bunun sonucunda, irtifak ile yüklü taşınmazın bölünmesi halinde, irtifakın nakledilemediği parsellerden taşınmaz yükü de terkin edilecektir.

Anahtar Kelimeler

Taşınmaz yükü • İrtifak • İç bağlantı • Olumlu edim • Taşınmazın bölünmesi

Real Burden Linked with an Easement

Abstract

The real burden is a right in rem which obliges an owner of immovable property to fulfil an obligation to a beneficiary for which he/she is liable solely with the immovable property. The surety element that makes the real burden a right in rem is highly bound to the positive act. From this aspect, real burden is similar to the accessory positive act to the easement. Despite the fact that the accessory positive act to the easement should be determined within the constitutive agreement of the easement and based on an entry in the land register, that it shouldn't present a bigger encumbrance than the easement itself and that its existence is bound to the existence of the easement; the real burden is in principle independent. However, a real burden can be linked to an easement. In this context, the real burden must be linked to a permanent easement, but it doesn't matter if the easement is a real or personal one. Similarly, there should be an internal link between these two rights. This internal link will be assured by establishing the easement and the real burden on the same immovable property and creating the real burden in the way to ease, enable and secure the exercise of the easement. But unlike the accessory positive act bound to easement, the real burden can present a bigger encumbrance than the easement to which it is linked. Real burden linked to the permanent easement, the debtor may not request its redemption and the real burden will be extinguished whenever the easement is extinguished. Consequently, if the property charged with the easement is partitioned, the real burden will be deleted from the parts to which the easement couldn't be transferred.

Keywords

Real burden • Easement • Internal link • Positive act • Partition of a property

^{*} Sorumlu Yazar: Gülen Sinem Tek (Dr. Öğr. Üyesi), Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: sinem.tek@law.bau.edu.tr ORCID: 0000-0001-5878-1397

Atf: Tek G S, "İrtifak Hakkına Bağlı Taşınmaz Yükü" 2019 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 217
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0008>

Extended Summary

The rights in rem, which provide a direct domination over a thing and can be available against the world at large, don't accord with the positive acts. However, one can't argue that the rights in rem don't correlate with them at all. For example, the real burden is a right in rem which obliges an owner of immovable property to fulfil an obligation to a beneficiary for which he/she is liable solely with the immovable property. The surety element that makes the real burden a right in rem is highly bound to the positive act. Similarly, a positive act can be bound to an easement, if it eases, enables or secures the exercise of the easement and doesn't present a bigger encumbrance than the easement itself.

The accessory positive act to the easement should be determined within the constitutive agreement of the easement and based on an entry in the land register. When it is not fulfilled, the servient property owner is only responsible of non-performance of the obligation. However, if a real burden is bound to the easement, the beneficiary can apply for the foreclosure of the pledged property. Still the property will largely be restricted and the number of legal transactions to be made at the land register will be doubled (especially if the real burden and the easement are established on the same immovable property), which provokes higher title deed fees.

However, a need to bound the easement with a real burden instead of a positive act may remain. In this case, the real burden will be bound to the easement in two different ways. Firstly, the real burden may be independent. It correlates to the easement but there is no internal link within these two rights. The independent real burden may present a bigger encumbrance than the easement and is not necessarily intended to ease, enable or secure the exercise of the easement. It also can be established not only on the servient property, but also on the dominant. An independent real burden isn't affected by the extinction of the easement; the obliged of the real burden should perform his/her obligation even if the easement ceases to exist.

Stipulated by art 845 para 3 CcTr, the real burden can secondly be linked to an easement. The easement can be a real or personal one but it must be permanent, which means that it should be established at least for thirty years. While the redemption of an ordinary real burden which has lasted for thirty years may be requested by the debtor, a real burden linked to a permanent easement can't be redeemed, unless any other extinction cause subsists. If the real burden could have been redeemed even if the easement to which it was linked would have existed, the interest of the easement right owner would have been substantially damaged. As it is linked to the easement, extinction of the easement will also cause the extinction of the real burden.

The real burden is linked to the easement when there is an internal link between these two rights. The internal link appears primarily when the real burden eases,

enables or secures the exercise of the easement. But unlike the accessory positive act bound to easement, the real burden can present a bigger encumbrance than the easement to which it is linked.

The existence of the internal link also necessitates the establishment of the real burden and the easement on the same immovable property. The real burden serves for the exercise of the permanent easement as long as it exists and can't be redeemed even if it lasts more than thirty years, unless there is any other cause of extinction. In this case, because those rights are established on the same immovable property, the partition of property will affect them both. If the easement can't be transferred at some of the parts, the real burden will also be deleted from them. At this point, the real burden beneficiary needs to make a decision: either he/she will request redemption of real burden according to art 844 para 1, claiming that his/her rights are significantly endangered; or he/she will abandon a part of the surety.

I. Giriş

Eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklar olan ayni haklar, olumlu edimler ile genel itibari ile bağdaşmazlar. Mülkiyet hakkı, malike tanınan kullanma, semerelerinden yararlanma ve tüketme yetkileri ile tanımlanır iken; sınırlı ayni haklar, sınırlı ayni hak ile mülkiyet hakkı yükümlenen tarafa getirdiği külfet ile ifade edilir. İrtifak hakları, mülkiyet hakkı sahibine mülkiyet hakkından kaynaklanan bazı yetkilerini kullanmaktan kaçınma ya da kendi eşyası üzerinde irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmasına katlanma külfeti yükler. Rehin hakkı, hak sahibine alacağına kavuşamaması halinde, teminata konu olan malın paraya çevrilerek tatmin edilme imkanı sağlamaktadır. Bu şekilde, teminat konusu malın maliki, tatmin edilmeyen rehin hakkı sahibinin malını sattırmasına katlanma yükü altındadır.

Bununla birlikte, ayni hakların olumlu edimler ile hiçbir ilişkisinin bulunmadığı da iddia edilemez. Ayni hakkı kurucu sözleşmelerde öngörülen kişisel nitelikli edimlerin yanı sıra, ayni hakkın öngördüğü yapmama yükü eşyaya bağlı borç şeklindeki olumlu edimler ile desteklenebilmektedir¹. Bu çerçevede verilebilecek ilk örnek, taşınmaz yükü olacaktır. Zira, taşınmaz yüküne ayni niteliğini veren teminat olmak ile birlikte bu teminat, yükü oluşturan ve taşınmaz yükü ile yüklü taşınmazı devralan her malike karşı ileri sürülebilen olumlu edimle çok sıkı bir bağlantı içindedir. Benzer şekilde, irtifak haklarına bağlanan ikincil yapma borçları da, öngördükleri edimler ile irtifak hakkından yararlanmayı mümkün kılmakta, kolaylaştırmakta veya emniyet altına almakta ve tapu siciline yansıtılarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmektedir.

Ancak, kanun koyucu bu yapılar ile yetinmemiş ve daha ileri giderek, kendisi de sınırlı bir ayni hak olan taşınmaz yükünün başka bir sınırlı ayni hak olan irtifak hakkına bağlanabileceğini düzenlemiştir. Biz de çalışmamızda, öncelikle taşınmaz yükünün irtifak hakkına bağlanmasına ilişkin düzenlemenin amacını sorgulayacak (II), daha sonra da bu hukuki yapının şartlarını (III) ve sonuçlarını (IV) ortaya koyacağız.

II. Taşınmaz Yükünün İrtifak Hakkına Bağlanabilmesine Duyulan İhtiyacın Nedenleri

Bu başlık altında, taşınmaz yükünü kısaca tanıttıktan sonra (A), MK 779/ II çerçevesinde irtifak hakkına eşyaya bağlı borç niteliğinde bir yapma edimi bağlanabilmesine rağmen, taşınmaz yükünün de bağlanmasına duyulan ihtiyacın sebeplerini (B) inceleyeceğiz.

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülen Sinem Tek, *Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785)*, (Oniki Levha 2017) 63 ff.

A. Genel Olarak Taşınmaz Yükü

1. Taşınmaz Yükünün Kurulması

Medeni Kanun'un 839. maddesinin ilk fıkrasına göre, “[t]aşınmaz yükü, bir taşınmazın malikini yalnız o taşınmazla sorumlu olmak üzere diğer bir kimseye bir şey vermek veya yapmakla yükümlü [...]” kılan sınırlı ayni haktır. Kanunda verilen bu tanımda da görülebileceği üzere, taşınmaz yükü verme ya da yapma edimi ile bu edime bağlanan ayni teminattan oluşan bir bütündür.

Edim, bir verme ya da yapma borcu olarak olumlu bir edim şeklinde karşımıza çıkar². Bununla beraber, borcun konusu ya yüklü taşınmazın ekonomik niteliğinden doğan bir edim olmalı, ya da yararlanan taşınmazın ekonomik ihtiyaçlarını karşılayan bir edim olmalıdır (MK 839/III). Böylece, yüklü taşınmazın ekonomik niteliğinden kaynaklanmak ya da yararlanan taşınmazın ekonomik ihtiyaçlarını gidermek kaydı ile, taşınmazdan elde edilen doğal ürünlerin verilmesi, bir işin görülmesi ve hatta bir paranın ödenmesi³ taşınmaz yükü ile üstlenilebilecektir. Her halde, edimin para ile ölçülebilir olması gerekir. Kaldı ki, taşınmaz yükünün tapu siciline tescili esnasında bu değerın sicile yazılması gerekecektir. Böylece, yüklü taşınmaz ile sorumluluğun kapsamı belirlenir ve bu değer yükten kurtarıma bedeli olarak göz önüne alınır⁴. Dönemsel edimlerde, taraflarca farklı bir belirleme yapılmamış ise, sicilde yıllık edimlerin yirmi katı gösterilir (MK 840/II). Dönemsel olmayan edimler ise taraflarca belirlenecektir. Şayet taraflar dönemsel olmayan edim değerini belirlememişler ise, tapu sicil memuru re'sen bir değer takdirinde bulunamaz, tescil talebini reddetmesi gerekir⁵.

² Taşınmaz yükünde ancak olumlu bir edim öngörülebileceğine ilişkin olarak bkz Jale Akipek, Turgut Akıntürk and Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, (2nd edn, Beta 2018) 721; Tarkan Göksu, ‘Art 667-712, 730-744, 780-792 ZGB’, in Marc Amstutz and others (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3th edn, Schulthess 2016), art 782 ZGB para 5; Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren and Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (2nd edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1984) 930; Bülent Köprülü and Selim Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar* (2nd edn, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1982-1983) 234; Hans Leeman, *Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Art 730-918 ZGB, Berner Kommentar*, vol IV/2 (Stämpfli 1925) art 782 ZGB para 19, 25; Christina Schmid-Tschirren, ‘Art 730-792, 884-915 and 21, 34-36 SchlT’, in Andrea Büchler and Dominique Jakob (eds), *Kurzkommentar Zivilgesetzbuch* (Helbing&Lichtenhahn 2012) art 782 ZGB para 8; Pascal Simonius and Thomas Sutter, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, vol 2, *Die beschränkten dinglichen Rechte* (Helbing&Lichtenhahn 1990) 294; Läle Sirmen, *Eşya Hukuku* (6th edn, Yetkin 2018) 569; Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, vol 3, *servitudes personnelles, charges foncières, gages immobiliers, gages mobiliers*, (4th edn, Stämpfli 2012) para 2596; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch* (14th edn, Schulthess 2015) § 109 para 12. İrtifak teşkil etmeyen olumsuz edimlerin de taşınmaz yüküne konu olabileceği ve bu şekilde daha makul bir yaptırıma kavuşabileceğine ilişkin karşıt görüş için bkz Jacques-Daniel Noverraz, ‘Art 782-792 CC’, in Pascal Pichonnaz and Bénédicte Foëx (eds), *Commentaire romand, Code civil II* (Helbing&Lichtenhahn 2016), art 782 CC para 6; Jacques-Daniel Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (Bis et Ter 2005) 78-79; Henri-Robert Schüpbach, *La charge foncière, une mal aimée, une mal connue*, < <http://www.icone-consultation-notariale.ch/conf-21-06-2001.htm> > Erişim Tarihi 15 March 2019, III.1.c.

³ Edimin konusu para olsa da, edimin yüklü taşınmazın ekonomik niteliği ile ilgili olması ya da yararlanan taşınmazın ekonomik ihtiyaçlarını karşılaması gerekir. Bu şekilde, para ödenmesinin taşınmaz yüküne konu olması, genellikle bir irtifaki kullanma karşılığında üstlenilen bedel ödeme borcunun aynı teminata kavuşturulma isteğinden kaynaklanır. Örnek olarak, taşınmaz lehine bir geçit irtifakının kurulması karşılığında, yararlanan taşınmazın malikine yüklenen irtifak bedeli taşınmaz yükü olarak kurulabilecektir. Örnek için bkz Sirmen (n 2) 570.

⁴ Akipek, Akıntürk and Ateş (n 2) 728; Leeman (n 2) art 783 ZGB para 28; Köprülü and Kaneti (n 2) 243; M. Kemal Oğuzman, Özer Selici and Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (21st edn, Filiz 2018) para 3160-3161; Sirmen (n 2) 572; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2594.

⁵ Turhan Esener and Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (7th edn, Yetkin 2017) 481; Schmid-Tschirren (n 2) art 783 ZGB para 11. Yine de değerın tapu sicilinde gösterilmesinin bir düzen hükmü olduğu ve her nasılsa değeri belirlenmemiş bir taşınmaz yükünün tapu kütüğüne tescil edilmiş olması halinde geçerli olacağına ilişkin bkz Gürsoy, Eren and Cansel (n 2) 942; Köprülü and Kaneti (n 2) 237-238; Leeman (n 2) art 783 ZGB para 33-34; Oğuzman, Selici and Oktay-Özdemir (n 4) para

Aynı zamanda, yüklü taşınmaza malik olan her kişinin bu borcu yerine getirmesi gerekmektedir; dolayısıyla taşınmaz yükü eşyaya bağlı bir borç yaratır⁶. Taşınmaz yükü eşyaya bağlı bir borç olduğundan, borçlar hukuku hükümleri MK 839-849’u tamamlayacak şekilde uygulanır. Böylece borç ifa, ibra, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi gibi bir hal ile sona erdiğinde taşınmaz yükü de sona erecektir⁷. Edimler ifa edildikçe de, yüklü taşınmaz o oranda yükünden kurtulacaktır⁸.

Tapu Sicil Tüzüğü’nün 30. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, taşınmaz yükü yüklü taşınmazın kütük sayfasındaki irtifak hakları sütununa tescil edilir. Taşınmaz lehine kurulan bir taşınmaz yükü ise, aynı zamanda yararlanan taşınmaza ilişkin kütük sayfasının irtifaklar sütununa da tescil edilecektir.

Taşınmaz yükünün hak sahibi lehine, taşınmaz güvence oluşturacak şekilde bir edim öngördüğünü ifade etmek doğrudur. Taşınmaz yükü ile yüklü taşınmazın mülkiyeti değiştikçe, her yeni malik, kendisi de bir taşınmaz maliki olsun ya da olmasın hak sahibine öngörülen edimi yerine getirme borcu altına girer⁹. Dolayısıyla taşınmaz yükü, taşınmaz lehine ya da kişi lehine tesis edilebilir. İsviçre hukukunda, bu ayırımın bir fark yaratıp yaratmadığı sorgulandığında, kişi lehine tesis edilen taşınmaz yükünün bağımsız ve sürekli bir hak olarak tapu siciline kaydedilebilmesi imkanı tartışılmıştır¹⁰. Zira kişi lehine tesis edilen taşınmaz yükü, kural olarak devredilir ve miras ile geçer; böylece bağımsızdır. Aynı zamanda, sürekli olarak da tesis edilir ise, tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilerek taşınmazlara ilişkin hükümlere tâbi olabilecektir. Nitekim MK 704/b 2’de “[t]apu kütüğünde ayrı sayfaya

3157-3158; Sirmen (n 2) 572. Taşınmaz yükünün değerinin objektif bir esaslı unsur olduğundan, değer öngörülmeden tesis edilmiş bir taşınmaz yükünün hükümsüz olduğu ve bu tescilin de yolsuz olduğuna ilişkin karşıt görüş için bkz Noverraz, ‘Art 782-792 CC’ (n 2) art 783 CC para 18. Kaldı ki taşınmaz yükünün bir teminat olması dolayısıyla teminat değerinin belirlilik ilkesinden ötürü mutlaka tapu siciline gösterilmesi gerektiğine ilişkin bkz Noverraz, ‘Art 782-792 CC’ (n 2) art 783 CC para 20. Gerek dönemsel edimlerde taşınmaz yükü değerinin yıllık edimlerin yirmi katı olarak belirlenebilmesine imkan tanıyan MK 840/II, gerek yükten kurtarma bedeli için gerçek değer daha düşük olabileceğini ortaya koyan MK 846, gerekse taşınmaz yükünün sabit dereceler sistemine tâbi olmaması dikkate alındığında, kanaatimizce taşınmaz yükü değerinin kurucu sözleşmenin objektif esaslı unsuru olduğunu iddia etmek güçtür. Taşınmaz yükünün değeri baştan tescilde gösterilmemiş olsa da, yükten kurtarma ya da paraya çevirme anındaki belirleme hukuk güvenliğini sarsmayacaktır. Bu sebeple biz de değer tescile yansıtılmasına ilişkin hükmün, düzen hükmü olduğu görüşüne katılmaktayız.

⁶ Esener and Güven (n 5) 483; Gürsoy, Eren and Cansel (n 2) 928; David Jenny, Art 782-792’, in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds), *Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar* (5th edn, Helbing&Lichtenhahn 2015), Vorbem zu art 782-792 ZGB para 1; Köprülü and Kaneti (n 2) 245; Noverraz, ‘Art 782-792 CC’ (n 2) art 782 CC para 3; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (n 4) para 3141; Denis Piotet, *Traité de droit privé suisse*, vol V/2, *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières* (2nd edn, Helbing&Lichtenhahn 2012) 213; Schmid-Tschirren (n 2) art 782 ZGB para 3; Simonius and Sutter (n 2) 296; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2579; Tuor, Schnyder, Schmid and Rumo-Jungo (n 2) § 109 para 3.

⁷ Piotet (n 6) 216. Hatta alacaklı ile borçlu sıfatlarının birleşmesinin taşınmaz yükünü sona erdirmesi dolayısıyla malik lehine taşınmaz yükü kurulamayacağına ilişkin olarak bkz Simonius and Sutter (n 2) 293.

⁸ Gürsoy, Eren and Cansel (n 2) 929.

⁹ Eugen Huber, *Exposé des motifs de l’avant-projet (de Code civil suisse) du Département civil de justice et de police* (2nd edn, Buechler&Co 1902) 509.

¹⁰ Taşınmaz yükünün taşınmaz gibi tapu siciline kaydedilebilmesi imkanını kabul eden yazarlar için bkz Leeman (n 2) art 783 ZGB para 44; Simonius and Sutter (n 2) 298-299; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2591a. Bu imkanı reddeden yazarlar için bkz Huber (n 9) 509; Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 10; Piotet (n 6) 231; Paul Piotet, *Traité de droit privé suisse*, vol V/3, *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières* (Editions universitaires Fribourg 1978) 136.

kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar”ın taşınmaz mülkiyetine konu olabileceği düzenlenir iken, bu bağımsız ve sürekli hakların neler olduğuna ilişkin bir sınırlama yapılmamıştır. Ancak, Tapu Sicil Tüzüğü’nün bağımsız ve sürekli hakları düzenleyen 10. maddesi, taşınmaz olarak kaydedilecek bu hakları irtifaklar ile sınırlamıştır. Bu düzenleme karşısında, bağımsız ve sürekli bir taşınmaz yükünün tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilmesini Türk hukuku bakımından mümkün görmesek de, taşınmaz yükünün ekonomik bir değer olarak daha verimli bir şekilde kullanılabilmesi için Tapu Sicil Tüzüğü’ndeki sınırlayıcı ifadenin kaldırılması gerektiği düşüncesindeyiz¹¹.

2. Taşınmaz Yükünün Hükümleri ve Sona Ermesi

Taşınmaz yüküne aynı unsuru sağlayan husus, teminatı¹². Teminat, edimin yerine getirilmesini güvence altına alır. Edim ile teminat o derece birbirine bağlıdır ki, edim yerine getirilmediğinde, rehlin paraya çevrilmesi yoluna başvurularak ifa edilmeyen edim sebebi ile alacaklının uğradığı zarar karşılanır. Sorumluluk, yalnız taşınmaz ile sınırlı bir aynı sorumluluktur¹³.

Bununla birlikte, taşınmaz yükü ilişkisinden doğan münferit edimler, muaccel olmalarından itibaren üç yıl geçtikten sonra kişisel borç halini alır (MK 848/II). Bu edimler bakımından artık aynı bir sorumluluk söz konusu değildir; yüklü taşınmaz malikinin kişisel sorumluluğu bulunur. Her ne kadar taşınmaz yükü bir aynı hak olması dolayısıyla zamanaşımına uğramayacak olsa da, muacceliyet tarihinden itibaren üç yılın dolması ile kişisel borç halini alan bu münferit edimler zamanaşımına tâbidir (MK 847). Dönemsel edimlerde bu zamanaşımı, TBK 147/b 1 uyarınca beş yıldır. Bu edimler bakımından aynı teminat kaybedilmekle birlikte, edimlerin ifa edilmemesi halinde genel haciz yolu ile takip başlatılabilecektir¹⁴.

Taşınmaz yükü ile yüklenilen edim ifa edilmediğinde, edimi ifa etmeyen malik taşınmaz yükü alacaklısının zararını tazmin etmelidir. Bununla birlikte, özellikle bir yapma edimi taşınmaz yüküne konu ise ve bu yapma edimi yerine getirilmemiş ise, yüklü taşınmaz maliki TBK 113’e göre hakimden izin alarak masrafları yüklü taşınmaz malikine ait olmak üzere kendisi ya da üçüncü bir kişi vasıtası ile bu edimi yerine getirebilir. Bu durumda zarar tazmin edilmemiş ya da yapılan masrafları tahsil edilememiş ise taşınmaz yükü paraya çevrilecektir¹⁵. Yüklü taşınmazın rehlin paraya

¹¹ Hakları da konu alabilmeleri açısından, taşınmaz yükünün intifa ve rehin haklarına konu olabileceğine ilişkin bkz Akipek, Akıntürk and Ateş (n 2) 726; Sirmen (n 2) 572.

¹² Göksu (n 2) art 782 ZGB, para 2; Jenny (n 6) Vorbem zu art 782-792 ZGB para 1; Köprülü and Kaneti (n 2) 225; Noverraz, ‘Art 782-792 CC’ (n 2) art 782 CC para 28; Schmid-Tschirren (n 2) art 782 ZGB para 2; Tuor, Schnyder, Schmid and Rumo-Jungo (n 2) § 109 para 8.

¹³ Akipek, Akıntürk and Ateş (n 2) 721; Suad Bertan, *Aynı Haklar*, vol 2 (Balkan 1976) 1580; Göksu (n 2) art 782 ZGB para 11; Gürsoy, Eren and Cansel (n 2) 930; Jenny (n 6) Vorbem zu art 782-792 ZGB para 1; Köprülü and Kaneti (n 2) 225; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (n 4) para 3146-3147; Virgil Rossel and Fritz Henri Mentha, *Manuel de droit civil suisse*, vol 3 (2nd edn, Payot 1922) 80; Schmid-Tschirren (n 2) art 782 ZGB para 4.

¹⁴ Noverraz, ‘Art 782-792 CC’ (n 2) art 791 CC para 7; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2604.

¹⁵ Esener and Güven (n 5) 482; Köprülü and Kaneti (n 2) 225-226; Piotet (n 6) 225.

çevrilmesi yolu ile paraya çevrilmesi neticesinde¹⁶, taşınmaz yükünün değeri elde edilemez ise, yüklü taşınmaz malikinin kişisel sorumluluğu bulunmaz. Aynı şekilde, yüklü taşınmaz maliki borcunu yerine getirmediğinde, taşınmaz yükü alacaklısı genel haciz yolu ile takip hükümlerine başvuramaz. Aksi takdirde, yüklü taşınmaz malikinin önce rehne başvuru def'i ile karşılaşacaktır¹⁷.

Taşınmaz yükü rehlin paraya çevrilmesi yolu ile ihale edildiğinde, taşınmaz yükü sahibi alacağını tahsil eder. Taşınmaz yükü ile diğer sınırlı aynı haklar arasındaki sıra ilişkisi tescil tarihine göre belirlenir¹⁸. Hatta daha kesin olmak gerekir ise, taşınmaz yükü tescil edilmek şartı ile sırasını yevmiye defterine kaydedildiği ana göre alır (MK 1022/II). Taşınmaz yükü sahibi alacağını tahsil ettikten sonra rehlin paraya çevrilmesinden bir meblağ artmış ise, alelade alacaklılara sıra gelecektir¹⁹. Paraya çevirme sonunda taşınmaz yükü borçlusu taşınmaz mülkiyetini kaybederken, ihaleyi alan mülkiyeti taşınmaz yükü ile devralır²⁰. Dolayısıyla rehin hakkından farklı olarak, taşınmaz yükü alacağına bağlı bir teminat teşkil etmez.

Taşınmaz yükü ile yüklü taşınmaz, alacaklı veya yükümlü malikin talebi ile yükten kurtarılabilir. Yükten kurtarma, taşınmaz yükü sahibine hakkının değerinin ödenmesi ile taşınmaz yükünün sona erdirilmesidir. Borçlu değer tapuda gösterilen miktardan az olduğunu iddia eder ise, bu hususu kanıtlar (MK 846). Zamanla değer artmış ise, alacaklı tapuda yazandan daha fazlasını isteyemez²¹. Alacaklının yükten kurtarma yetkisini düzenleyen MK 844, taşınmaz yükünü kuran sözleşmede öngörülmüş olabilecek yükten kurtarma halleri dışında, yüklü taşınmazın alacaklının haklarını önemli ölçüde tehlikeye düşürebilecek şekilde bölünmesi, malikin yüklü taşınmazın değerini düşürmesi ve yerine başka bir teminat göstermemesi ile malikin edimleri birbiri ardına üç yıl yerine getirmemesi hallerini öngörmüştür. Hak sahibinin terkinde rıza göstermesi üzerine, yükten kurtarma bedelinin ödenmesi gerekir²². Yükümlünün yetkisine ilişkin MK 845 ise yine sözleşmede öngörülmüş olabilecek yükten kurtarma halleri dışında alacaklının taşınmaz yükünü kuran sözleşmeye uymaması ile yükün kurulmasının üzerinden otuz yıl geçmesi hallerini saymaktadır. Yükten kurtarma hakkının kullanılmasına rağmen, yüklü taşınmaz maliki yükten kurtarma bedelini ödemez ise, taşınmaz yine rehlin paraya çevrilmesi yolu ile satılır. Ancak, bu sefer taşınmaz yükü terkin edilerek taşınmaz ihale edilir²³.

¹⁶ İİK 23/1'e göre, ipotek tabiri İcra ve İflâs Kanunu çerçevesinde taşınmaz yükünü de kapsamaktadır.

¹⁷ Cyril Galland, *Le contenu des servitudes foncières, Aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude* (Schulthess 2013) 323-324; Rossel and Mentha (13) 80; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2602.

¹⁸ Jenny (n 6) art 783 ZGB para 11; Noverraz, 'Art 782-792 CC' (n 2) art 783 CC para 15; Schmid-Tschirren (n 2) art 783 ZGB para 2; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2594 fn 4.

¹⁹ Galland (n 17) 322; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2581.

²⁰ Galland (n 17) 325; Jenny (n 6) art 791 ZGB para 7; Piotet (n 6) 225; Simonius and Sutter (n 2) 304; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2604.

²¹ Göksu (n 2) art 789 ZGB para 5; Jenny (n 6) art 789 ZGB para 2; Leeman (n 2) art 789 ZGB para 5; Schmid-Tschirren (n 2) art 789 ZGB para 4; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2609.

²² Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2609.

²³ Galland (n 17) 328; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2604.

B. İrtifak Hakkına Bağlanan Yapma Edimi ile Taşınmaz Yükünün Karşılaştırılması

1. İrtifak Hakkına Bağlanan Yapma Ediminin Özellikleri

Medeni Kanun'un 779. maddesi, ilk fıkrasında irtifak hakkını yüklü taşınmaz malikine mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınma ya da hak sahibini yüklü taşınmazı belirli bir şekilde kullanmasına katlanma külfeti yükleyen sınırlı aynı hak olarak tanımlamıştır. Kanun tarafından ortaya konulan bu tanım uyarınca, sadece olumsuz bir edim irtifak hakkına konu olabilir. Olumlu edimler ile irtifak hakkı bağdaşmaz. Bununla beraber, aynı maddenin ikinci fıkrasında, “[y]apma borçları, irtifaka başlı başına konu olamaz; ona ancak yan edim olarak bağlanabilir” düzenlemesi yer almaktadır.

İlgili hüküm uyarınca, her ne kadar olumlu bir edim irtifak hakkına konu olamasa da, irtifaka bir yan edim olarak bağlanabilir. İrtifak sözleşmesinde ya da tapu sicilinde akdedilen sonraki tarihli bir sözleşmede öngörülen bu yan edim, tapu siciline de yansıtılarak eşyaya bağlı bir borç halini alır. Böylece her yeni yüklü taşınmaz maliki, bu yan edimi yerine getirme borcu altına girer.

Ne var ki irtifaka bağlanan bu yapma borcunun yan edim olabilmesi için, irtifak hakkına nazaran ikincil nitelik arz etmesi şarttır. İkincil nitelikten söz edilebilmesi için iki temel kıstasın beraberce bulunması gerekir. İlk olarak, yapma ediminin irtifakın kullanılmasını kolaylaştırması, mümkün kılması, emniyet altına alması ya da bu kullanımın üçüncü kişiler nezdinde doğabilecek zararlı sonuçlarını önlemesi lazımdır²⁴. İkinci olarak ise, bu yan edim ile yüklü taşınmaz malikine yüklenen yükün irtifakın arz ettiği külfete eşit ya da bu külfetten daha ağır olmaması şartı aranır²⁵. Bu değerlendirme, yan edim ile irtifakın kendisinin yarattığı masraflar, zaman kaybı, kişisel özgürlüklerin sınırlanması gibi farklı kriterlere göre yapılır. Ancak her durumda, bu kıyaslanmanın mümkün olabilmesi için, yapma edimi ile irtifak hakkının aynı taşınmaza, yani yüklü taşınmaza ilişkin olması icap eder²⁶.

2. İrtifak Hakkına Bağlanan Yapma Edimi ile Taşınmaz Yükü Arasındaki Farklar

Medeni Kanun'un 779. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen yapma borçlarının irtifaka bağlanması ve tapu kütüğüne de yazılarak eşyaya bağlı bir borç halini alması imkanı, irtifakın kullanılmasını kolaylaştırmak amacı ile öngörülmüştür.

²⁴ Maria Consuelo Argul, ‘Art 730-743 CC’, in Pascal Pichonnaz and Bénédicte Foëx (eds), *Commentaire romand, Code civil II* (Helbing&Lichtenhahn 2016), art 730 CC para 11; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (n 4) para 2774; Tek (n 1) 65-66.

²⁵ Köprülü and Kaneti (n 2) 56; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (n 4) para 2774; Piotet (n 6) 51; Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, vol 2, *Propriété foncière, propriété mobilière, généralités sur les droits réels limités, servitudes foncières* (4th edn, Stämpfli 2012) para 2219; Tek (n 1) 66-67.

²⁶ Galland (n 17) 200.

Zira, bu imkan öngörülmemiş olsa idi, irtifak hakkı sahibinin hakkının kullanımını kolaylaştırmak, mümkün kılmak ya da emniyet altına almak için önünde iki seçeneği olacaktır. İlk seçenek, yüklü taşınmaz malikinin salt kişisel nitelikte bir yapma borcu altına girmesidir. Ancak, yüklü taşınmazın mülkiyeti devredildiğinde yeni malik bu borcu özellikle üstlenmedikçe sözleşmelerin nispliği ilkesi gereği bu borç kendisine karşı ileri sürülemeyecektir. Dolayısıyla, irtifak hakkı sahibinin karşısında sadece bu borcun öngörüldüğü andaki sözleşmenin tarafı olan yüklü taşınmaz maliki olacağından, bu ihtimal hak sahibinin irtifak hakkına sahip olduğu müddetçe ihtiyacını karşılayan bir çözüm olmayacaktır. İkinci seçenek ise, yüklü taşınmazın ekonomik niteliğinden doğmak veya yararlanan taşınmazın ekonomik ihtiyaçlarını karşılamak şartlarını yerine getiren bir taşınmaz yükü ile irtifak hakkının kullanılmasını kolaylaştırmak, mümkün kılmak ya da emniyet altına almaktır. Bu ikinci ihtimalde olumlu edim bir aynı ilişkiye bağlı olduğundan irtifak hakkı sahibinin ihtiyaçlarını karşılayacak ise de, özellikle irtifak ve taşınmaz yükünün aynı taşınmazı yükümlenmeleri söz konusu olduğunda hem taşınmaz mülkiyeti ciddi anlamda sınırlanacak, hem de iki farklı sınırlı aynı hakkı kurmak için tapu sicilinde iki katı işlem yapılacaktır. Taşınmaz yükünün yarattığı bu sıkıntıyı giderebilmek için, İsviçre kanun koyucusunun bizdeki MK 779/II'yi karşılayan İsvMK 730/II'yi öngördüğü ifade edilmiştir²⁷.

Kurulması ve taşınmaz mülkiyetine getireceği külfet bakımından, irtifak hakkına bağlanan yapma ediminden daha zahmetli olmasına rağmen, kanun koyucu irtifak haklarının taşınmaz yükleri ile desteklenmesi ihtimalini saklı tutmuştur. Burada öncelikle dikkat edilmesi gereken husus, taşınmaz yükünün irtifak hakkı karşısında iki farklı biçimde tesis edilebileceğidir. Taşınmaz yükü, irtifak hakkına bağlı bir şekilde kurulabileceği gibi²⁸, irtifak hakkından bağımsız da olabilir. Her iki ihtimalde de, irtifak hakkına bağlı yan borçlardan farklı olarak, kurulacak taşınmaz yükünün konusunun MK 839/III'e uygun olarak yüklü taşınmazın ekonomik niteliğinden doğması ya da yararlanan taşınmazın ekonomik ihtiyaçlarını karşılaması gerekir. Ayrıca, taşınmaz yükünün ikincil olmaması, irtifaka bağlanan yapma borçlarından farklı olarak, taşınmaz yükünün irtifak hakkı kadar ya da ondan daha ağır bir külfet yüklemesine imkan tanır²⁹.

²⁷ Steinauer, *Les droits réels*, vol 2 (n 25) para 2219.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz III. ve IV.

²⁹ İrtifaka bağlanan yapma ediminin irtifaktan daha ağır bir külfet getirecek olması ihtimalinde taşınmaz yükünün kurulması gerektiğine ilişkin olarak bkz Argul (n 24) art 730 CC para 11; Galland (n 17) 340; Gürsoy, Eren and Cansel (n 2) 946; Piotet (n 6) 51 ve 217-218 Steinauer, *Les droits réels*, vol 2 (n 25) para 2219a. Taşınmazından su kaynaklı malikin, dağıtıcı kaynak hakkı sahibinin alıcıları olan üçüncü kişilere ana hattın belirli bir yerinde belirli bir debide su verme borcu altına girmesinin katlanma edimi kadar ağır bir yük oluşturacağı, bu sebeple irtifaka bağlanan bir yan borç olarak görülemeyeceği; bunun yerine taşınmaz yükü tesis edilmesinin daha doğru olacağına ilişkin bkz ATF 93 II 290 = JdT 1968 I 560. Taşkın inşaat dolayısıyla kurulan irtifak hakkı çerçevesinde, yüklü taşınmaz malikine yararlanan taşınmaz malikinın taşınmazın kısmı teras olarak kullanabilmesi için taşınmaz alanı taşla döşeme borcunun yüklenilmesinde, bu borcun irtifakın kullanımı ile ilgisinin bulunmaması dolayısıyla MK 779/II'nin kapsamında sayılmayacağı, ancak bağımsız bir taşınmaz yükü olarak öngörülebileceği; ne var ki somut olaya ayrı bir sözleşme ve tescil işlemleri yapılmadığından salt kişisel bir borç sayılması gerektiğine ilişkin Federal Mahkeme kararı için bkz 5A_229/2010 = ZBGR 92/2011, 205-212. Bununla birlikte, geçersiz bir irtifaka bağlı yan borcun taşınmaz yükünü kurucu sözleşmeye tahvil edilebileceğine ilişkin bkz Jenny (n 6) art 783 ZGB para 8.

İrtifak hakkından bağımsız taşınmaz yüklerinin irtifak hakkını desteklemesi, konusu irtifak bedeli olan taşınmaz yüklerinde olduğu gibi, irtifak hakları ile ilişkili oldukları; ne var ki bu hak ile aralarında bir iç bağlantının bulunmadığı durumlarda karşımıza çıkar. İrtifak hakkından bağımsız taşınmaz yükleri, yüklü taşınmaza irtifak hakkı kadar ya da ondan daha ağır bir külfet yükleyebilmenin yanında, irtifak hakkının kullanılmasını kolaylaştırmak, mümkün kılmak ya da emniyet altına almak amaçlarına hizmet etmeyebilir. Diğer taraftan, irtifak hakkı yüklü taşınmazı külfet altına alır iken, bağımsız taşınmaz yükünün yararlanan taşınmaz üzerinde kurulması da mümkündür³⁰. Örnek vermek gerekir ise, yararlanan taşınmaz lehine kurulan bir geçit irtifakında, geçit güzergahının temizlenmesi ya da aydınlatılması borçları bir taşınmaz yükü ile yararlanan taşınmaz malikine yüklenebilir.

Medeni Kanun'un 779. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen yan edimin aynı zamanda irtifak hakkına bağlı olması söz konusudur. Bu edim irtifak hakkı ayakta kaldığı müddetçe ayaktadır; irtifak hakkı sona erdiğinde yapma edimi de kendiliğinden sona erer³¹. Aynı zamanda, irtifak devredildiğinde, yan edim de kendiliğinden devredilmiş olacaktır³². Bu durum, irtifak hakkından bağımsız taşınmaz yükünden farklılık gösterir. Bağımsız taşınmaz yükü, kural olarak irtifak hakkının sona ermesinden etkilenmez. İrtifak hakkı sona erse dahi, taşınmaz yükünün borçlusunu edimini yerine getirmek zorundadır³³.

Olumlu edim öngören bu iki yapının doğrudukları sorumluluk türü de birbirinden farklıdır. Yukarıda da görüldüğü üzere³⁴, taşınmaz yükünde, yüke konu olan taşınmazla sınırlı bir aynı sorumluluk söz konusudur; taşınmaz yükü borçlusunun kişisel sorumluluğu bulunmaz. Oysa, irtifaka bağlı yapma borcunda, yüklü taşınmaz malikinin borcun ifasında kişisel bir sorumluluğu bulunur ve bu sorumluluk genel zamanaşımı hükümlerine tâbidir³⁵. Yüklü taşınmaz malikinin irtifaka bağlı yapma borcunu yerine getirmemesi durumunda, irtifak hakkı sahibi kendisinden borcun yerine getirilmemesi dolayısıyla uğradığı zararın tazminini talep eder. Bu çerçevede irtifak hakkı sahibi, TBK 113 gereği ifa edilmeyen yapma borcunun kendisi tarafından ya da üçüncü bir kişi tarafından masrafları borçluya ait olacak şekilde

³⁰ Hem bağımsız, hem de bağımlı taşınmaz yükleri bakımından bu sonuç için bkz Galland (n 17) 307. Bu husustaki tartışmalara, aşağıdaki III. B. 2 başlığı altında yer verilecektir.

³¹ Piotet (n 6) 51. Buna karşılık yapma ediminin sona ermesi, irtifak hakkının varlığına etki etmez. Galland (n 17) 203.

³² Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 97.

³³ Galland (n 17) 329; Carl Wieland, *Les droits réels dans le Code civil suisse*, vol 1 (Henri Bovay tr, M. Giard&E. Brière 1913) 648. İrtifak hakkı ile ilişkili taşınmaz yüklerinden, MK 845/III gereği sürekli bir irtifaka bağlanan taşınmaz yüklerinden durum tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz IV. A.

³⁴ Yukarıda bkz I. A. 2.

³⁵ Argül (n 24) art 730 CC para 13; Galland (n 17) 322; Piotet (n 6) 217-218; Steinuer, *Les droits réels*, vol 2 (n 25) para 2219b. Federal Mahkeme'nin önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta, yüklü taşınmaz malikleri, taşınmazlarında irtifak hakkından yararlanan taşınmaz maliklerinin talebi üzerine masraflı kendilerine ait olmak üzere bir raylı sistem kurup, bu raylı sisteme katlanma yükü altındadırlar. Raylı sistemin kurulmasını irtifaka bağlı yapma borcu olarak nitelendiren Federal Mahkeme, 18 yıl sonra gelen inşaat talebinin yüklü taşınmaz malikinin zamanaşımı def'inde bulunması üzerine zorla yerine getirilemeyeceğine hükmetmiştir. ATF 122 III 10 = JdT 1998 I 111.

yerine getirilmesini hakimden isteyebilir³⁶. Zarar tazmin edilmez ya da masraflar karşılanmaz ise, irtifak hakkı sahibi yüklü taşınmaz malikine karşı genel hükümler çerçevesinde takip başlatabilir.

Görüldüğü üzere, irtifaka bağlanan yan yapma ediminden daha fazla işlem gerektiren, dolayısıyla daha masraflı bir şekilde kurulan taşınmaz yükü, MK 779/II'nin şartlarının oluşmadığı hallerde işlev görür. Böylece özellikle irtifak hakkından daha ağır bir külfet yükleyebilecektir. Aynı zamanda, sınırlı aynı sorumluluk öngörmesi bakımından da, taşınmaz yükü borçlusu açısından daha elverişli kabul edilebilir. Bununla beraber, bağımsız olarak kurulduğu takdirde, taşınmaz üzerinde tek başına ayakta kalabilecek ve sadece MK 839-849 hükümlerine tâbi olacak iken, kanun koyucu MK 845/III çerçevesinde taşınmaz yükünün irtifaka bağlanmasına cevaz vererek, irtifaka bağlı yan edimin kurulamayacağı ya da fazla ağır bir kişisel sorumluluk yükleyeceği hallerde, irtifak hakkının kullanılmasını mümkün kılınmasına, kolaylaştırılmasına ya da emniyet altına alınmasına zemin hazırlamıştır.

III. Taşınmaz Yükünün İrtifak Hakkına Bağlanmasının Şartları

Kural olarak, taşınmaz yükü ile irtifak hakkı aynı taşınmazı yükümleseler de, birbirinden bağımsız iki aynı haktır. İkisi de kendi sona erme rejimlerine tâbidirler. Örnek olarak, irtifak sona erse de taşınmaz yükü ayaktadır; sona erme hallerinden biri gerçekleşmedikçe ya da taşınmaz yükten kurtarılmadıkça taşınmaz yükü varlık gösterecektir³⁷. Ne var ki kanun koyucu, normal şartlar altında bağımsız olarak kurulması beklenen taşınmaz yükünün irtifak hakkına bağlanabileceğini öngörmüştür.

Taşınmaz yükünde, yükümlünün yükten kurtarma yetkisini düzenleyen MK 845/III'te, “[i]rtifak taşınmaz lehine sona erdirilmeyen biçimde kurulmuşsa, yüklü taşınmazın bu yükten kurtarılması istenemez” ifadesi yer almaktadır. Hüküm bu kaleme alınış şekli ile anlaşılammaktadır. Hükümün gerekçesinde, maddenin 743 sayılı Medeni Kanun’un 760. maddesini karşıladığı ifade edilmiştir. 743 sayılı Kanun’un 760. maddesinin son fıkrasına göre ise, “[m]üebbet bir irtifak hakkına merbut olmak üzere tesis edilen gayrimenkul mükellefiyeti iştirâ edilemez”. Gerekeçyeye rağmen, iki metin arasında bazı farklar göze çarpmaktadır. Yine de hükmü, eski düzenlemeye uygun olarak anlamak; kanun koyucunun, taşınmaz yükü ile irtifak arasında bağlantı kurulabileceğini kabul ettiği sonucuna varmak kanaatimizde

³⁶ İrtifak hakkı sahibi, MK 786/I çerçevesinde de, hakkının korunması ve kullanılması için gerekli tedbirleri alabilir. Bu kapsamda, irtifak hakkının kullanılmasını kolaylaştıran, mümkün kılan ya da emniyet altına alan yapma borcu yerine getirilmediğinde, MK 786/I kendisine yüklü taşınmaza girerek gerekli önlemleri alma yetkisi tanımaktadır. Hakimin iznine ihtiyacı yoktur. Ne var ki bu yola başvuran alacaklı masraflara kendisi katlanacaktır. İrtifak hakkı sahibi, masrafları yüklü taşınmaz malikinin üstlenmesini istiyor ise, TBK 113 hükmüne müracaat etmelidir. Galland (n 17) 248-249.

³⁷ Oğuzman, Selici and Oktay-Özdemir (n 4) para 3174.

doğru bir yaklaşım olacaktır. Böylece taşınmaz yükü irtifak hakkı mevcut olduğu sürece ayakta kalacak, kendisine özgü sona erdirilme yolu olan taşınmazın yükten kurtarılmasına başvurulamayacaktır.

Medeni Kanun'da ya da Tapu Sicil Tüzüğü'nde bu iç bağlantının tapu kütüğünde nasıl gösterileceğine ilişkin bir düzenlemeye rastlanılmaz. Halbuki İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü 100/ IV gereği, taşınmaz yükü ile sürekli irtifak arasındaki bağlantının özel olarak kaydedileceği açıkça hükme bağlanmıştır.

Bu başlık altında, taşınmaz yükünün bağlanacağı irtifak hakkına ilişkin özellikler (A) incelendikten sonra, taşınmaz yükü ile irtifak hakkı arasındaki bağlantının nasıl kurulacağı (B) hususları ele alınacaktır.

A. İrtifaka İlişkin Şartlar

Taşınmaz yükünün bağlanacağı irtifak hakkının türü ve niteliği, öğretide tartışmalara sebep olmuştur.

1. İrtifak Hakkının Türüne İlişkin Tartışma

Öncelikle her ne kadar MK 845'in gerekçesinde hükmün 743 sayılı MK 760'ü karşıladığı ifade edilmiş ise de, iki hüküm arasında, irtifakın türüne ilişkin bir farklılık olduğu kolayca tespit edilmektedir. 743 sayılı MK 760/III'te, sadece bir irtifak hakkından söz edilir iken³⁸, 4721 sayılı MK 745/III bu irtifakın taşınmaz lehine irtifak olmasını aramaktadır.

Belirtelim ki aynı farklılık, hükmü karşılayan İsvMK 788'in Fransızca ve Almanca metinlerinde de yer almaktadır. Fransızca metinde sadece “*servitude-irtifak*” ifadesi yer almakta iken, Almanca metin “*Grunddienstbarkeit-taşınmaz lehine irtifak*” terimine yer vermektedir.

İsviçre öğretisinde Almanca metnin bu sınırlayıcı lafzı eleştirilmekte, taşınmaz yükünün taşınmaz lehine irtifaka bağlı kurulabileceği gibi kişisel irtifaka bağlı da kurulabileceği; diğer şartların yerine gelmesi halinde bu taşınmaz yükü ile yüklü taşınmazın, yükten kurtarılamayacağı ileri sürülmektedir³⁹. Türk hukukunda da, her ne kadar yeni kanun metninin lafzına aykırı olsa da, genişletici bir yorumla aynı sonuca varmak yerinde olacaktır.

³⁸ 743 sayılı Kanun döneminde, taşınmaz yükünün bağlanacağı irtifakın hem taşınmaz lehine irtifak, hem de kişisel irtifak olabileceğine ilişkin bkz Bertan (n 13) 1625-1626.

³⁹ Bénédicte Foëx, Une faille dans la protection du grevé en cas de réalisation forcée du droit de superficie: la charge foncière comme solution?, in Bénédicte Foëx and Luc Thénévoz (eds), *Insolvenze, désentêtement et redressement, Etudes réunies en l'honneur de Louis Dolléves* (Helbing&Lichtenhahn 2000) 124 fn 85; Galland (n 17) 332; Leeman (n 2) art 788 ZGB para 14; Noverraz, 'Art 782-792 CC' (n 2) art 788 CC para 8; Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 102; Piotet (n 10) 140 fn 30; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2615.

2. İrtifak Hakkının Niteliğine İlişkin Tartışma

Taşınmaz yükü ile yüklü taşınmazın yükümlünün talebi ile yükten kurtarılması için, bu taşınmaz yükünün bağlandığı irtifak hakkının “sona erdirilemeyen” bir biçimde kurulmuş olması aranmaktadır. 743 sayılı MK 760’ta ise, müebbet terimi tercih edilmiştir.

Benzer bir terminoloji problemi, İsviçre Medeni Kanunu’nun Almanca ve Fransızca metinleri arasında da yaşanmaktadır. Almanca metinde yer alan “*unablösbar*-sona erdirilemez” ifadesine karşılık, Fransızca metinde “*perpétuel*-sürüp giden” terimi yer almaktadır. Öncelikle, taşınmaz yüküne özgü bir sona erme hali olan *Ablösung* kelimesinden türeyen *unablösbar* sıfatının bir irtifak için kullanılması eleştirilmektedir⁴⁰. *Perpétuel* ifadesi de belirsizdir. Zira süresiz ya da en az otuz yıl süreli olan sürekli haklar ifadesinin Fransızca karşılığı *perpétuel* değil, *permanent*’dir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, *perpétuel* ifadesinden yine de süresiz ya da en az otuz yıl süre ile kurulmuş irtifakların anlaşılması gerekir⁴¹. Özellikle taşınmaz yükü borçlusunun, yükün kurulmasından itibaren otuz yıl geçtikten sonra taşınmazını yükten kurtarma yetkisi göze alındığında, bu yorum taşınmaz yükünün genel mantığına da uygun gözükmektedir⁴². Zira özel bir sona erme sebebi yoksa, otuz yıllık süre dolmadan taşınmaz yükü zaten sona erdirilemeyecektir. Bu durumda taşınmaz yükünün irtifak hakkına bağlanması bir fark yaratmaz. Türk hukukunda da bu bakış açısını benimseyen yazarlar bulunmaktadır⁴³. Yine de tercüme arasında bağdaştırıcı yorum yapan ve yükümlünün yükten kurtarma yetkisini kullanamaması için, taşınmaz yükünün sona erdirilemez sürekli bir irtifaka bağlanmış olması gerektiğini ortaya koyan bir görüş de yer alır⁴⁴.

B. Bağlanmaya İlişkin Şartlar

Medeni Kanun’un 845. maddesinin son fıkrasından açıkça anlaşılmasa da, gerek 743 sayılı MK 760/III, gerek mehz İsvMK 788/III yüklü taşınmaz malikinin talebi üzerine taşınmazın yükten kurtarılması için, taşınmaz yükü ile sürekli irtifak hakkı arasında bir bağlantı bulunmasını aramaktadır. Bu iç bağlantının nasıl olması gerektiği ise öğretilerde tartışmalıdır.

Genel olarak bu bağlantının, taşınmaz yükünün süresinin irtifaka bağlanması, taşınmaz yükünün irtifakın bedelini oluşturması, taşınmaz yükünün irtifakın kullanılmasını mümkün kılması, kolaylaştırması ya da tamamlaması durumunda da

⁴⁰ Foëx (n 39) 124 fn 88.

⁴¹ Schüpbach (n 2) I. 3. A.

⁴² Aynı görüşte bkz Galland (n 17) 333.

⁴³ Bertan (n 13) 1625; Sirmen (n 2) 574. Bununla beraber Hatemi, eski kanunun müebbet irtifak ifadesinden kanuni irtifakları anlamak gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, sınırlı aynı haklar kural olarak süre ile sınırlandırıldığından, hükümün kapsamına kanuni irtifak hakları girecektir. Yine de irtifaka bağlı yapma edimi ile komşuluk hukuku kurallarının olduğu bir düzende, irtifak hakkına taşınmaz yükünü bağlamak yazara göre menfaatlerin denkleştirilmesi düşüncesi ile bağdaşmaktadır. Hüseyin Hatemi, Rona Serozan and Abdülkadir Arpacı *Eşya Hukuku* (Filiz 1991) 711-712.

⁴⁴ Noverraz, ‘Art 782-792 CC’ (n 2) art 788 CC para 8; Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 102.

kendisini göstereceği ifade edilmiştir⁴⁵. Gene de esas tartışma, iki problem etrafında yapılmaktadır: İlk olarak, taşınmaz yükünün bağlandığı irtifaka oranla ikincil olmasının gerekliliği incelenmekte; ikinci olarak ise, taşınmaz yükü ile bağlı olduğu irtifak hakkının yükümledikleri taşınmazın farklı taşınmazlar olabilmesi imkanı sorgulanmaktadır.

1. Taşınmaz Yükünün İrtifak Hakkına İkincil Olmaması

Taşınmaz yükü ile bağlı olduğu irtifak hakkı arasında bir iç bağlantıdan söz edilebilmesi için, bu yükün aynı MK 779/II’de olduğu gibi irtifak hakkının kullanımını mümkün kılması, kolaylaştırması ya da emniyet altına alması gerekir. Aksi takdirde, taşınmaz yükünün irtifaka bağlanmasının bir anlamı kalmayacaktır. Bu noktada tartışılması gereken husus, irtifaka bağlanan ve irtifaka hizmet eden bu taşınmaz yükünün, aynı MK 779/II’deki yan edim gibi ikincil olmasının aranıp aranmayacağıdır.

Bu tartışmanın temelinde, Liver’in taşınmaz yükünün ikincil edim olmaması durumunda, yükten kurtarmaya ilişkin hükümlerin dolanılması tehlikesinin bulunduğu görüşü⁴⁶ yer almaktadır. Yazara göre⁴⁷, irtifak hakkı ile yüklü taşınmaz sahibine yüklenmiş bulunan katlanma borcu karşısında taşınmaz yükü konusu olan yapma borcunun açıkça ana borç olarak görünmemesi, yüklü taşınmaz sahibinin taşınmazın yükten kurtarılmasını talep etmesini önler.

Eski tarihli kararlarında⁴⁸ geniş yorum yaparak böyle bir şart aramayan Federal Mahkeme, sonraki tarihli kararlarında Liver’in bu görüşüne yaklaşmıştır. Mahkeme’nin 1968 tarihinde yayınlanan emsal kararına konu uyumsuzlukta⁴⁹, Murg İplik Fabrikası, 1937 tarihinde Murg’da üzerinde marangozhane bulunan bir taşınmazı iktisap etmiştir. Söz konusu taşınmaz lehine, 1615 yılından beri eşyaya bağlı bir hak olarak Murg Gölü’nden su alma hakkı tanınmış olup, buna karşılık taşınmaz, işletilen marangozhanenin sahiplerinin Murg Komünü’ne en uygun fiyatla tahta kesmeleri borcu ile yüklenmiştir. 27 Ağustos 1962 tarihinde Murg İplik Fabrikası AŞ, Murg Komünü’nün tahta kesme anlaşmasını fesheder. Murg Komünü bu tahta kesme hakkının sürekli bir irtifaka yani eski su hakkına bağlı olmasından ötürü geri alınamayacağını bildirerek feshe karşı çıkar. Murg

⁴⁵ Piotet (n 6) 241.

⁴⁶ Peter Liver, *Die Grunddienstbarkeiten, Art 730-744 ZGB, Zürcher Kommentar*, vol IV/2a/1 (3th edn, Schulthess 1980) art 730 ZGB para 220-222.

⁴⁷ Liver (n 46) art 730 ZGB para 222. Bu görüşü destekleyen bir başka yazar için bkz Jenny (n 6) art 783 ZGB para 9.

⁴⁸ Bir fabrika lehine tanınan su alma irtifakı için, yüklü taşınmaz malikinin aynı zamanda suyun toplandığı havzanın bakımını yapma ve burayı temizleme borçlarını üstlenmesinin geçerli olarak bir taşınmaz yükünün konusunu oluşturabileceği ve bu irtifak ve taşınmaz yükünün birbirine bağlı olduğuna ilişkin olarak bkz BGE 45 II 386; üst hakkı bedelini teminat altına almak için kurulan taşınmaz yükünün İsvMK 788/III gereği yükten kurtarılamayacağına ilişkin olarak bkz BGE 52 II 27. Belirtelim ki, bu son karar üst hakkına ilişkin detaylı düzenlemelerin öngörülmesinden ve üst hakkı bedelinin kanundan doğan ipotek hakkı ile güvence altına alınmasına ilişkin düzenlemelerden önce tarihlidir.

⁴⁹ ATF 93 II 71 = JdT 1968 I 244.

İplik Fabrikası AŞ, Saint Gallen Kanton Mahkemesi'ne başvurarak feshin geçerli olduğunu ve Murg Komünü sakinlerine artık indirimli fiyatla tahta kesmek zorunda olmadığını tespitini; fesih üzerine tahta kesme hakkının terkin edilmesini; yükten kurtarma bedelinin hakim tarafından belirlenmesini talep eder. Davacının iddiası, su alma irtifakı ile uygun fiyata tahta kesme yükünün birbirinden bağımsız olmasına, İsvMK 788/III (MK 845/III)'ün uygulama alanı bulamayacağına dayanır. Davalı ise karşı dava açarak kendisi ve Murg sakinlerinin zararı için 2000 Fr ödenmesini; Komün ve Murg sakinleri için uygun fiyattan tahta kesilmesine devam edilmesini talep eder. 22 Kasım 1966'da Kanton Mahkemesi, tahta kesme hakkının geçerli bir şekilde feshedildiğini ve tapu sicilinden terkin edildiğini, davacının yükten kurtarma için tarafların üzerinde anlaştıkları 22500 Fr bedel ödeyeceğini ve karşı davanın reddedildiğini hükme bağlar. Davalının temyiz talebi üzerine Federal Mahkeme, tahta kesme hakkının bir taşınmaz yükü olduğunu ve İsvMK 788 (MK 845)'in uyuşmazlığa uygulanabileceğini tespit ettikten sonra, otuz yılın sonunda taşınmaz yükünün geri alınması kamu düzeninden kaynaklandığı için bu kurala istisna getiren bir düzenlemenin geniş yorumlanamayacağını belirler. İkincil olmayan bir yapma borcu bir irtifaka bağlandığında ve taraflar yüklü taşınmaz malikinin aynı sorumluluğunu kararlaştırdıklarında, taşınmaz yükü ile karşılaşılır. İsvMK 788/III bu halde taşınmazların irtifakın sona ermesinden önce yükten kurtarılmasını engeller. Bu yükten kurtarma, taşınmaz yüküne konu olan yapma edimi ile net olarak katlanma ya da kaçınma yükümüne oranla asli borç olarak karşılaşılmadığı durumlarda engellenir. Federal Mahkeme'ye göre, uygulama sadece taşınmaz yükünün sürekli bir irtifakın zorunlu edimi olduğu hallerle sınırlandırılmalı, İsvMK 788/III (MK 845/III) geniş yorumlanmamalıdır. Önüne gelen ihtilafa ilişkin olarak ise Federal Mahkeme, uygun bedelle tahta kesme borcunun su alma irtifakının kullanılmasına hizmet etmemesi dolayısıyla İsvMK 788/III (MK 845/III)'ün uygulama alanı bulamayacağına ve taşınmazın yükten kurtarılabilmesine hükmetmiştir.

Öncelikle Federal Mahkeme'nin taşınmaz yükünün yan hak olarak irtifak hakkına bağlandığı değerlendirmesi kanaatimizce haklıdır. Bunun sonucunda, taşınmaz yükünün irtifaka yabancı bir edim öngörmemesi, aynı MK 779/II'deki gibi irtifakın kullanılmasının mümkün kılınmasına, kolaylaştırmasına ya da emniyet altına alınmasına hizmet etmesi makul bir yorum olarak değerlendirilmelidir. Bu şekilde aralarına amaç ve fonksiyon bakımından bir bağ doğmaktadır⁵⁰. Ancak taşınmaz yükü ile irtifak hakkı bir bütün oluşturduklarında, taşınmazın yükten kurtarılmasının engellenmesi anlam kazanır⁵¹. Bu çerçevede, sürekli ve bağımsız bir irtifak olarak tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmiş bir kaynak hakkı üzerinden tanınan su verme yükü, ancak irtifak mevcut oldukça ayakta kalacaktır. Bu bakımdan, irtifak

⁵⁰ Galland (n 17) 336; Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 103 fn 469; Piotet (n 10) 140; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2616.

⁵¹ Bu yönde bkz Galland (n 17) 333; Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 12; Piotet (n 10) 140 fn 30.

hakkı ile taşınmaz yükü bir bütün oluşturmaktadır. Zira sadece taşınmaz yükü irtifak hakkı ile bir bütün oluşturduğunda, taşınmaz yükünün sona ermesi irtifak hakkı sahibinin menfaatini zedelemektedir⁵².

Bununla birlikte, taşınmaz yükünün irtifak karşısında ikincil nitelikte bulunmasına ilişkin ısrarın gerekliliği tartışılmalıdır⁵³. Öncelikle MK 845/III'ün lafzına baktığımızda, MK 779/II gibi yapma ediminin irtifak hakkına “yan edim” olarak bağlanmasını öngörmediğine dikkat çekmek isteriz⁵⁴. Kanunda bu dar yorumu destekleyecek bir husus bulunmamaktadır. Kanun irtifak hakkı ile taşınmaz yükü arasında bir bağlantı bulunması gerektiğini bildirmekle beraber, bu bağlantının nasıl olması gerektiğini düzenlememektedir. İrtifak hakkına bağlanan taşınmaz yükünün irtifaktan daha ağır bir yük arz etmemesini aranır ise, taşınmaz yükü ile irtifaka bağlanan yapma edimi arasındaki tek fark, sorumluluğun aynı mi yoksa kişisel mi olduğu noktasına kendisini gösterecektir. Oysa yan yapma borcunu ceza koşuluna bağlayıp rehinle teminat altına almak gibi yöntemlere başvurmak sureti ile bu fark da etkisiz hale getirilebilmektedir⁵⁵.

Bu çerçevede, sadece irtifak sözleşmesinde öngörülüp tapu siciline yansıtılarak eşyaya bağlı borç haline getirilebilen irtifaka bağlı bir yapma edimi öngörmek yerine, tarafların iki farklı sözleşme akdedip iki farklı tescil talebinde bulunarak irtifaka bağlı taşınmaz yükü kurmayı hangi sebeple tercih edecekleri sorgulanmalıdır. Aralarındaki tek fark ifa etmemeden kaynaklanan sorumluluğun türü ise, MK 845/III'ün MK 779/II karşısında elverişsiz kaldığını kabul etmek gerekir. Oysa normal şartlarda asli bir edim öngören taşınmaz yükünü, edim yükü ikincil olacak biçimde kurup irtifak hakkına bağlamak, bu kurumun amacı ile bağdaşmadığı gibi MK 845/III'in kadük bir hüküm haline getirir. Zira salt aynı sonucun elde edilmesi için tek bir sözleşme yapıp tek tescil talebinde bulunmak varken kimse iki farklı sözleşme akdedip iki ayrı tescil talebinde bulunmayı tercih etmeyecektir. Yapma edimini tescile yansıtmak yerine taraflar daha masraflı olan taşınmaz yükü kurup irtifak hakkına bağlamayı tercih etmişler ise, yapma borcunun irtifaka oranla ikincil kalmamasını istedikleri, hatta belki bu yapma borcunun irtifaka oranla daha ağır bir külfet yüklemesine ihtiyaç duydukları sonucuna varılmalıdır⁵⁶.

2. Taşınmaz Yükü ile İrtifak Hakkının Aynı Taşınmazı Kayıtlaması

Taşınmaz yükünün irtifak hakkına bağlanarak yükümlünün talebi üzerine yükten kurtarılmasının önlenmesi için aralarında bir iç ilişkinin bulunması

⁵² Galland (n 17) 336.

⁵³ Bu sınırlayıcı yorumu tartışmaya açan P. Piotet, sonuç beyan etmemektedir. Piotet (n 10) 140 fn 31.

⁵⁴ Galland (n 17) 334-335; Göksu (n 2) art 787-788 ZGB para 11; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2616.

⁵⁵ Galland (n 17) 339.

⁵⁶ Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 104-105; 11; Schmid-Tschirren (n 2) art 788 ZGB para 11; Schüpbach (n 2) I. 3.

gerektiğini yukarıda da ifade etmiştik⁵⁷. Bu iç ilişkinin kabul edilebilmesi için, taşınmaz yükü ile irtifakın aynı taşınmazı yükümlemelerinin zorunlu olup olmaması tartışılmıştır.

Bazı yazarlar⁵⁸, irtifak hakkından yararlanan arazinin üzerinde, bu irtifak hakkına hizmet edecek şekilde taşınmaz yükü kurulduğunda, aralarında bir iç ilişkinin oluştuğunu ileri sürmektedirler. Dolayısıyla bu yazarlara göre, irtifak hakkı ile taşınmaz yükünün aynı araziyi yükümlemesi mecburi değildir. Söz konusu taşınmaz yükü yine MK 845/III gereği sona erdirilemeyecektir. Bu duruma örnek olarak, imar kurallarına istisna getiren bir irtifak hakkından yararlanan taşınmaz malikinin, imar kurallarına aykırılığı maskeleyerek için bir düzenek kurmaya yönelik taşınmaz yükü altına girmesi ya da inşaat kısıtlaması irtifakından yararlanan taşınmaz malikinin inşaatın bakımını yapmayı öngören bir taşınmaz yükü altına girmesi gösterilmektedir. Her iki durumda taşınmaz yükü, irtifak hakkının kullanımını mümkün kılması ya da kolaylaştırması açısından ona bağlıdır⁵⁹. Bunun karşısında ise, taşınmaz yükünün irtifaka bağlı kabul edilebilmesi için her iki sınırlı aynı hakkın aynı taşınmazı yükümlemesi gerektiği görüşü yer alır⁶⁰.

Federal Mahkeme'nin sürekli irtifaklara bağlanan taşınmaz yüklerine ilişkin emsal kararında⁶¹ da bu sorun tartışma konusu yapılmıştır. Mahkeme'ye göre iç bağlantıdan söz edilebilmesi için, ya taşınmaz yükü ile irtifakın aynı taşınmazı yükümlemesi ya da taşınmaz yükünün, lehine irtifak tesis edilen (yararlanan) taşınmaza ilişkin olması lazımdır. Ancak, İsvMK 788/III (MK 845/III)'ün lafzı ve konuluş amacı incelendiğinde, Mahkeme'ye göre hem irtifakın hem de taşınmaz yükünün aynı taşınmazı yükümlemesi gerekir. Otuz yıllık sürenin sonunda her türlü taşınmaz yükünün yükten kurtarılabilmesi gerekir iken, taşınmaz yükü sürekli bir irtifak hakkına bağlandığında, irtifak hakkı var oldukça onun kullanımına hizmet eder. Bu süreçte taşınmaz yükü ile yüklü taşınmaz yükten kurtarılabilse idi, irtifak hakkı ayakta kalmasına rağmen irtifak hakkı sahibinin menfaatleri büyük oranda zedelenecekti. Dolayısıyla hükmün konuluş amacından, yükümlünün

⁵⁷ III. B.

⁵⁸ Foëx (n 39) 123; Galland (n 17) 338; Noverraz, 'Art 782-792 CC' (n 2) art 788 CC para 9; Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 102-103; Piotet (n 6) 242; Simonius and Sutter (n 2) 302.

⁵⁹ Örnekler için bkz Noverraz, 'Art 782-792 CC' (n 2) art 788 CC para 10, fn 11; Schüpbach (n 2) II. 3.

⁶⁰ Bertan (n 13) 1626-1627; Göksu (n 2) art 787-788 ZGB para 11; Jenny (n 6) art 788 ZGB para 8; Schmid-Tschirren (n 2) art 788 ZGB para 13; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2616; Tuor, Schnyder, Schmid and Rumo-Jungo (n 2) § 109 para 21.

⁶¹ ATF 93 II 71 = JdT 1968 I 244. Aynı şekilde, komünün bir marangozhane ile değerini, marangozhanenin komün halkı için uygun fiyatta iş yapması yükü ile devretmesi; sonrasında da değerim için komün mülkiyetindeki bir taşınmazdan kaynak irtifakı tanınması durumunda, taşınmaz yükü ile irtifakın aynı taşınmaz üzerinde tesis edilmemiş olmasından bağlı olmadıkları ve taşınmazın yükten kurtarılabilmesine ilişkin Federal Mahkeme kararı için bkz ZBGR 48/1967, 354-361. Federal Mahkeme'nin yanı sıra Kanton İdare Mahkemeleri'nin de bu sonucu benimsedikleri görülmektedir. Örnek olarak, Bern Kanton İdare Mahkemesi önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta, irtifaka bağlı taşınmaz yükü ile yüklü taşınmazın yükten kurtarılması için, bu iki hakkın aynı taşınmazı yükümlemesi gerektiği vurgulanmıştır. Somut olayda da, komşu taşınmazın atık sularının kendi taşınmazına akıtılmasına katlanma külfeti altında olan malikinin, bu atık suların biriktirildiği gübre çukurundaki gübreleri komşu taşınmaz malikine verme borcu altında olması dolayısıyla hakların birbirine bağlı olduğu ve taşınmazın yükten kurtarılamayacağı sonucuna varmıştır. Karar için bkz ZBGR 50/1969, 229-234.

irtifak hakkı sahibinin hakkından daha rahat yararlanabilmesi için taşınmaz yükü altına gireceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu durumda taşınmaz yükü bir yan hak olarak değerlendirildiğinde, ister istemez irtifak ile taşınmaz yükünün yüklü taşınmaz üzerinde kurulması gerektiği sonucu çıkmaktadır⁶². Kaldı ki yararlanan taşınmaz maliki ya da irtifak hakkı sahibine yüklenen taşınmaz yükü, irtifak hakkı ayakta kaldıkça hak sahibine bir külfet oluşturacaktır. Bu sebeple söz konusu taşınmaz yükü, irtifakın kullanımını kolaylaştıracak olsa da hak sahibinin menfaatine hizmet etmeyeceğinden irtifaka yükten kurtarılamaz bir biçimde bağlanamaz.

IV. Taşınmaz Yükünün İrtifaka Bağlanması Sonuçları

Bu başlık altında, taşınmaz yükünün bağlandığı irtifak hakkının sona ermesi (A) ile, yüklü taşınmazın bölünmesinin (B) taşınmaz yüküne etkilerini değerlendireceğiz.

A. Taşınmaz Yükünün Bağlı Olduğu Sürekli İrtifak Hakkının Sona Ermesinin Sonuçları

Taşınmaz yükünün bağlı olduğu sürekli irtifak hakkının sona ermesinin sonuçları hakkında da öğretilerde tartışma bulunmaktadır. Özellikle irtifak ile taşınmaz yükünün farklı taşınmazlar üzerinde de kurulması halinde aralarında bir iç bağlantı olabileceğini ileri süren yazarlar⁶³, irtifakın sona ermesi halinde buna bağlı taşınmaz yükünün ayakta kalacağını ve otuz yılın dolması ile artık yükten kurtarılacağını ileri sürmektedirler. Buna karşılık irtifak ile birlikte taşınmaz yükünün de sona ereceğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır⁶⁴. Kanaatimizce irtifak hakkı ile taşınmaz yükünün, amaç ve fonksiyon bakımından irtifak hakkına bağlanan yapma borçları ile benzer şekilde kurulmasının bir anlamı olmalıdır. O da, şayet irtifak hakkı sona erer ise, ona bağlı olarak kurulan taşınmaz yükünün de sona erecek olmasıdır.

Bununla beraber taşınmaz yükü irtifak hakkına bağlandığında, yüklü taşınmaz maliki yükten kurtarmayı talep edemese de, taşınmaz yükü sahibinin MK 844'ün şartları oluşmuş ise yükten kurtarma hakkı vardır⁶⁵.

⁶² Jenny (n 6) art 788 ZGB para 8; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2616.

⁶³ Noverraz, 'Art 782-792 CC' (n 2) art 788 CC para 13; Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 105; Piotet (n 6) 244.

⁶⁴ Liver (n 46) art 730 ZGB para 195. Özellikle irtifak hakkının MK 785 gibi bir halle sona ermesi durumunda taşınmaz yükünün de sona ereceğine ilişkin olarak bkz Göksu (n 2) art 787-788 ZGB para 11; Schmid-Tschirren (n 2) art 788 ZGB para 12. Her olayda doğrudan bu çıkarsamaya başvurmak yerine, somut olayın özelliklerine göre bir denetimin yapılmasının da yerinde olacağını ortaya koyan katılmadığımız başka bir görüş de bulunmaktadır. Şöyle ki irtifak hakkı ile taşınmaz yükü birbiri ile bağlanmış olmak ile beraber irtifak hakkının sona ermesine rağmen ayakta kalan bu yük yine de irtifak hakkı sahibine bir yarar sağlamakta ise, taşınmaz yükünün ayakta kalması için hâlâ hukuki bir sebep bulunur. Bu istisnai durumla sınırlı kalmak koşulu ile ayakta tutulan taşınmaz yükü, MK 845/1, b 2 gereği otuz yılın dolması ile yükümlünün talebi üzerine sona erdirilebilecektir. Bertan (n 13) 1626.

⁶⁵ Rossel and Mentha (13) 79.

B. İrtifak ile Yüklü Taşınmazın Bölünmesinin Taşınmaz Yüküne Etkisi

İrtifak hakkından yararlanan taşınmazın bölünmesinin irtifaka bağlı taşınmaz yüküne bir etkisi olmadığından, bu başlık altında sadece irtifak ile yüklü taşınmazın bölünmesi ele alınacaktır⁶⁶.

Sadece taşınmaz yükü ile yüklü taşınmazın bölünmesi halinde, edim bölünebilir bir edimse, her parselin değerine göre yük de, edim de aktarılacaktır⁶⁷. Edim bölünemez bir edim ise, yük yeni parsellerin değerine göre bölünür; edim en değerli ya da en uygun parselde aktarılır⁶⁸. Edimi yerine getirme borcu, yüklü taşınmazın ekonomik niteliğinden doğan parsellere aktarılacak olsa da yük, taraflar aksine anlaşmadıkça, her yeni oluşan parselde orantılı bir şekilde aktarılmalıdır⁶⁹. Taşınmaz yükü alacaklısı bu paylaşımı kabul etmez ise, MK 844/b 1 uyarınca taşınmazın yükten kurtarılmasını talep edebilir.

İrtifak hakkı ile taşınmaz yükünün aynı taşınmazı yükümledikleri ihtimalde araların iç bağlantının bulunduğunu kabul ettiğimizden, irtifak ile yüklü taşınmazın bölünmesi, aynı zamanda taşınmaz yükü ile yüklü taşınmazın bölünmesi anlamına gelmektedir. İrtifak, yeni oluşturulan parsellerden bazılarında aktarılamaz ise, bu parseller taşınmaz yükünden de kurtulacaktır⁷⁰. Bu sebeple, MK 792-793'teki ilkeler buraya da uygulanır⁷¹. Böylece bölünme halinde, taşınmaz yükü alacaklısının bir karar vermesi gerekir: ya MK 844/b 1 gereği haklarının önemli ölçüde tehlikeye düşürüldüğünü iddia ederek taşınmazın yükten kurtarılmasını isteyecek ya da yararlandığı teminatın bir bölümünden vazgeçecektir⁷². Belirtmemiz gerekir ki, alacaklının böyle bir seçim ile karşı karşıya bırakılmasını eleştiren yazarlar da vardır⁷³. Taşınmaz yükü ile irtifakın aynı taşınmazı yükümlemelerinin bir zorunluluk olmadığı görüşündeki bu yazarlar, MK 792-793'teki ilkeleri taşınmaz yüküne de uygulamak yerine, yeni oluşan parsellere de taşınmaz yükünün aktarılmasını,

⁶⁶ Taşınmaz yükünden yararlanan taşınmaz bölündüğünde, oluşan yeni parseller taşınmaz yükünden değerleri oranında yararlanır. Edim yararlanan taşınmazın işletilmesine yönelik ise, taşınmaz yükü alacağı sadece bu işletmeden yararlanan parsellerin maliklerine ait olacaktır. Jenny (n 6) art 792 ZGB para 7; Leeman (n 2) art 792 ZGB para 19; Josette Moullet Auberson, *La division des biens-fonds* (Editions universitaires Fribourg 1993) 284-285; Piotet (n 6) 242-243; Piotet (n 10) 142-143; Simonius and Sutter (n 2) 306-307; Wieland (n 33) 673. Taşınmaz yükünün diğer parsellerden MK 785'in kıyasen uygulanması sureti ile terkin edileceğine ilişkin olarak bkz Köprülü and Kaneti (n 2) 248. Her yeni oluşan parselin malikinin edimin yerine getirilmesini istemesi yükün ağırlaşmasına sebep olur ise, edim ve yükten kurtarma değerinin yeni oluşan parsellere paylaşılması gündeme gelebilir. Leeman (n 2) art 792 ZGB para 17-18; Moullet Auberson (n 66) 283; Simonius and Sutter (n 2) 306; Wieland (n 33) 673.

⁶⁷ Moullet Auberson (n 66) 276.

⁶⁸ Moullet Auberson (n 66) 277.

⁶⁹ Moullet Auberson (n 66) 280; Wieland (n 33) 673. Edim ile yük değeri arasında fark gözetmeksizin edimden kurtulan parsellerin yükten de kurtulacağına, alacaklının sadece yükten kurtarma hakkını kullanabileceğine ilişkin karşıt görüş için bkz Simonius and Sutter (n 2) 306.

⁷⁰ Bu çerçevede, MK 785'in kıyasen taşınmaz yüküne uygulanabileceği görüşündeki yazarlar için bkz Köprülü and Kaneti (n 2) 240; Leeman (n 2) art 782 ZGB para 58; Schmid-Tschirren (n 2) art 786 ZGB para 3. MK 785'in genel olarak uygulama alanı için bkz Tek (n 1) 129 ff.

⁷¹ Göksu (n 2) art 792 ZGB para 3; Liver (n 46) art 744 ZGB para 42.

⁷² Liver (n 46) art 744 ZGB para 42-44; Moullet Auberson (n 66) 271.

⁷³ Bu karşıt görüş için bkz Piotet (n 6) 244; Piotet (n 10) 142.

ancak irtifak hakkından kurtulan parsellerdeki taşınmaz yüklerinin MK 845/III'ün uygulanması ile, otuz yılın sonunda yükten kurtarılabilir olmasını önermektedirler. Aynı taşınmazı yükümleyen taşınmaz yükü ile irtifak hakkının birbirinden bağımsız olmaları halinde kabul görecektir bu görüşün, taşınmaz yükünün irtifaka bağlanması amacıyla kurulduğuna dikkat çekilerek bu iki hak arasındaki iç bağlantının gözden kaçırıldığı haklı olarak ifade edilmiştir⁷⁴.

V. Sonuç

İrtifak haklarına yan borç olarak bağlanabilen yapma edimlerinin, irtifak hakkının kullanılmasını mümkün kılmak, kolaylaştırmak ve emniyete almak işlevinin yanında, getirdiği külfetin irtifak hakkına oranla daha az olması gerekir. Aynı zamanda, bu yan borcun ifa edilmemesi halinde, yüklü taşınmaz malikinin kişisel sorumluluğu gündeme gelecektir. Yine irtifak haklarını bir yapma edimi ile desteklemek istendiği, ancak bu yapma ediminin irtifak hakkına oranla aynı ya da daha ağır bir külfet getirmesine yönelik bir ihtiyaç duyulduğu ya da yüklü taşınmaz malikine sadece sınırlı bir aynı sorumluluk tanınmakla yetinildiği durumlarda artık taşınmaz yüküne başvurulması gerekir. Taşınmaz yükü ile irtifak hakkı, kural olarak birbirinden bağımsız iki aynı haktır ve farklı düzenlemelere tâbidir. Ne var ki, kanun koyucu taşınmaz yükünün bazı şartlar altında irtifak hakkına bağlanmasını mümkün kılmıştır. İrtifak hakkının kullanılmasını mümkün kılmak, kolaylaştırmak ya da emniyet altına almak işlevi görecektir bu taşınmaz yükü, sürekli bir irtifak hakkına bağlanmış olmalıdır. Bununla birlikte, taşınmaz yükünün malik için irtifak hakkından daha az bir külfet getirmesi beklenmez. Aynı zamanda, taşınmaz yükü ile bağlı olduğu irtifak hakkının aynı taşınmazı kayıtlamaları gerekir.

Taşınmaz yükünün irtifak hakkına bağlanması, öncelikle MK 845/III'te belirtildiği üzere taşınmazın taşınmaz yükü borçlusu tarafından yükten kurtarılması talebini engeller. Hatta, bu iki hak arasındaki bağlantı dolayısıyla, irtifak hakkının sona ermesi halinde, taşınmaz yükü de sona erecektir; zira taşınmaz yükü, bağlı olduğu irtifak hakkına hizmet etmek amacıyla kurulmuştur. Bu iki hak ile yükümlenmiş taşınmazın bölünmesi halinde, irtifak hakkı ile kayıtlanan yeni parsellere taşınmaz yükü de aktarılacak; irtifak hakkının nakledilmediği parsellerden taşınmaz yükü terkin edilecektir. Bu son ihtimalde taşınmaz yükü alacaklısının, yararlandığı teminatın bir kısmından vazgeçme ya da haklarının önemli ölçüde tehlikeye düşürüldüğünü iddia ederek taşınmazın yükten kurtarılmasını isteme hallerinden birini seçmesi gerekir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

⁷⁴ Moullet Auberson (n 66) 272-273.

Kaynakça/References

- Akipek J, Akıntürk T and Ateş D, *Eşya Hukuku* (2nd edn, Beta 2018).
- Argul MC, ‘Art 730-743 CC’, in Pascal Pichonnaz and Bénédict Foëx (eds), *Commentaire romand, Code civil II* (Helbing&Lichtenhahn 2016).
- Bertan S, *Ayni Haklar*, vol 2 (Balkan 1976).
- Esener T and Güven K, *Eşya Hukuku* (7th edn, Yetkin 2017).
- Foëx B, ‘Une faille dans la protection du grevé en cas de réalisation forcé du droit de superficie: la charge foncière comme solution?’, in Bénédict Foëx and Luc Thénévoz (eds), *Insolence, désentêtement et redressement, Etudes réunies en l’honneur de Louis Dollèves* (Helbing&Lichtenhahn 2000).
- Galland C, *Le contenu des servitudes foncières, Aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude* (Schulthess 2013).
- Göksu T, ‘Art 667-712, 730-744, 780-792 ZGB’, in Marc Amstutz and others (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3th edn, Schulthess 2016).
- Gürsoy KT, Eren F and Cansel E, *Türk Eşya Hukuku* (2nd edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1984).
- Hatemi H, Serozan R and Arpacı A, *Eşya Hukuku* (Filiz 1991).
- Huber E, *Exposé des motifs de l’avant-projet (de Code civil suisse) du Département civil de justice et de police* (2nd edn, Böhler&Co 1902).
- Jenny D, ‘Art 782-792’, in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds), *Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar* (5th edn, Helbing&Lichtenhahn 2015).
- Köprülü B and Kaneti S, *Sınırlı Ayni Haklar* (2nd edn, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1982-1983).
- Leeman H, *Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Art 730-918 ZGB, Berner Kommentar*, vol IV/2 (Stämpfli 1925).
- Liver P, *Die Grunddienstbarkeiten, Art 730-744 ZGB, Zürcher Kommentar*, vol IV/2a/1 (3th edn, Schulthess 1980).
- Moulet Auberson J, *La division des biens-fonds* (Editions universitaires Fribourg 1993).
- Noverraz J-D, *Constitution et contenu de la charge foncière* (Bis et Ter 2005).
- ‘Art 782-792 CC’, in Pascal Pichonnaz and Bénédict Foëx (eds), *Commentaire romand, Code civil II* (Helbing&Lichtenhahn 2016).
- Oğuzman MK, Seliçi Ö and Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (21st edn, Filiz 2018).
- Piotet D, *Traité de droit privé suisse*, vol V/2, *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières* (2nd edn, Helbing&Lichtenhahn 2012).
- Piotet P, *Traité de droit privé suisse*, vol V/3, *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières* (Editions universitaires Fribourg 1978).
- Rossel V and Mentha FH, *Manuel de droit civil suisse*, vol 3 (2nd edn, Payot 1922).
- Schmid-Tschirren C, ‘Art 730-792, 884-915 and 21, 34-36 SchlT’, in Andrea Böhler and Dominique Jakob (eds), *Kurzkommentar Zivilgesetzbuch* (Helbing&Lichtenhahn 2012).
- Schüpbach H-R, ‘La charge foncière, une mal aimée, une mal connue’, < <http://www.icone-consultation-notariale.ch/conf-21-06-2001.htm> > Erişim Tarihi 15 March 2019.
- Simonius P and Sutter T, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, vol 2, *Die beschränkten dinglichen Rechte* (Helbing&Lichtenhahn 1990).

Sirmen L, *Eşya Hukuku* (6th edn, Yetkin 2018).

Steinauer P-H, *Les droits réels*, vol 2, *Propriété foncière, propriété mobilière, généralités sur les droits réels limités, servitudes foncières* (4th edn, Stämpfli 2012).

— *Les droits réels*, vol 3, *servitudes personnelles, charges foncières, gages immobiliers, gages mobiliers*, (4th edn, Stämpfli 2012).

Tek GS, *Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785)* (Oniki Levha 2017).

Tuor P, Schnyder B, Schmid J and Rumo-Jungo A, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch* (14th edn, Schulthess 2015).

Wieland C, *Les droits réels dans le Code civil suisse*, vol 1 (Henri Bovay tr, M. Giard&E. Brière 1913).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 08.05.2019
Revizyon Talebi: 29.05.2019
Son Revizyon Tarihi: 02.07.2019
Kabul: 03.07.2019

Kambiyo Senedinin Cirosunun Düzenleyen Tarafından Yasaklanması

İsmail Cem Soykan^{*}

Öz

Kambiyo senetlerinde (poliçe, bono veya çekte) cirantanın cirosuna yazacağı ciro yasağı kaydının hukuki sonucu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 685. maddesinin ikinci fıkrasında ve 6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu'nun 597. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükümler poliçenin cirosuna ilişkindir. Ancak bono ve çek hakkında da uygulanırlar. Her iki hüküm de cirantanın poliçenin tekrar ciro edilmesini yasak edebileceğini ve bu hâlde, senet sonradan kendilerine ciro edilmiş olan kişilere karşı sorumlu olmayacağını öngörmektedir.

Düzenleyenin kambiyo senedine «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kaydını yazmasının hukuki sonucunun ne olacağı hususunda ise gerek 6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu'nda gerek 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Fakat bugün Türk öğretisinin oldukça büyük bir kısmı kambiyo senedine düzenleyen tarafından yazılan «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydının bir menfi (olumsuz) emre kaydı olduğu görüşündedir. Anılan görüş uyarınca düzenleyenin «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kaydını ekleyerek düzenlediği bir kambiyo senedi, nama yazılı bir senet olacaktır. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı da bu yaklaşımla aynı yöndedir. Ancak bizim konu hakkındaki kişisel görüşümüz farklıdır.

Bu makale, bir kambiyo senedine düzenleyen tarafından yazılan «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydının hukuki neticesinin ne olduğuna ilişkin kişisel görüşümüzü açıklamak amacıyla kaleme alınmıştır. Makalede öncelikle konu hakkında öğretilde dile getirilen görüşlere yer verilmiştir. Ardından sorunla ilgili Yargıtay kararlarına değinilmiştir. Son olarak, kişisel görüşümüz açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kambiyo senetleri • Ciro yasağı • Ciro edilemez kaydı • Ciro yasaktır kaydı • Menfi (olumsuz) emre kaydı • Emre yazılı değildir kaydı

Forbiddance of Endorsement of the Bill of Exchange by Drawer

Abstract

The legal outcome of the no endorsement clause in which the endorser writes his endorsement on a bill of exchange is regulated in the second paragraph of the Turkish Commercial Code No: 6102 article 685 and in the second paragraph of the (former) Turkish Commercial Code No: 6762 article 597. These provisions relate to the endorsement of bill of exchange. However, they are also applied to promissory notes and cheques. Both of these provisions regulate that the endorser may forbid further endorsement of the bill of exchange and in this case, he is not liable to those persons to whom the bill of exchange is further endorsed.

As for the legal outcome of providing a «no endorsement» or «endorsement forbidden» clause by the drawer on a bill of exchange, there is no provision in either Turkish Commercial Code No: 6102 or (former) Turkish Commercial Code No: 6762.

However, today quite a large part of the Turkish doctrine is of the opinion that a «no endorsement» or «endorsement forbidden» clause which is written on a bill of exchange by the drawer is a recta clause (not to order clause). According

^{*} Sorumlu Yazar: İsmail Cem Soykan (Arş. Gör. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: icsoykan@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-2766-968X

Atf: Soykan İ C, "Kambiyo Senedinin Cirosunun Düzenleyen Tarafından Yasaklanması" (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 241 <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0001>

to this opinion, a bill of exchange which is provided by the drawer with a «no endorsement» or «endorsement forbidden» clause shall be a registered security. Consistent ruling of the Court of Cassation is in the same direction as this approach. However, our personal opinion on the subject is different.

This article is written with the purpose of explaining our personal opinion about the legal outcome of the «no endorsement» or «endorsement forbidden» clause which is written on a bill of exchange by the drawer. First of all, the opinions that are expressed in the doctrine are featured in the article. Then the Court of Cassation rulings concerning the problem are addressed. Finally, our personal opinion is expressed.

Keywords

Bill of exchange • Promissory note • Cheque • No endorsement clause • Forbiddance of endorsement • Recta clause • Not to order clause

Extended Summary

There is no provision in either Turkish Commercial Code No: 6102 or (former) Turkish Commercial Code No: 6762 regarding the legal outcome of the stipulation of a «no endorsement» or «endorsement forbidden» clause on a bill of exchange by the drawer.

Quite a large part of the Turkish doctrine is of the opinion that a «no endorsement» or «endorsement forbidden» clause which is written on a bill of exchange by the drawer is a recta clause (not to order clause). According to such opinion, a bill of exchange which is provided by the drawer with a «no endorsement» or «endorsement forbidden» clause shall be a registered security. Consistent ruling of the Court of Cassation is in the same direction as this approach.

But contrary to the prevailing opinion regarding the doctrine and the consistent Court of Cassation rulings which are parallel to that, according to our opinion, «no endorsement» or «endorsement forbidden» clauses written on a bill of exchange are not recta (not to order) clauses. First of all, it is semantically not possible to accept these clauses as recta clauses. It is true that there is no specific and obligatory form for recta clause. But a clause must be clear and precise when showing that the bill of exchange is “not to order” or is a “registered security” in order to be accepted as a recta clause. However, «no endorsement» or «endorsement forbidden» clauses lack this clarity and precision.

Second of all, essentially the drawer does not write these clauses on the paper with the intent of drawing a registered bill of exchange. Therefore, a bill of exchange containing one of these clauses is not a registered bill of exchange, and it is still drawn to order.

The aim of the drawer who writes «no endorsement» or «endorsement forbidden» on a bill of exchange is to show that he agreed with the beneficiary about not transferring the bill to third parties and to prevent its circulation. In this regard, the root relationship behind the stipulation of «no endorsement» or «endorsement

forbidden» clauses on a bill of exchange must be scrutinized. By providing the bill of exchange with the mentioned clauses, the drawer wishes to prevent its circulation, showing the third parties the agreement between him and beneficiary which provides that the bill should not be transferred (circulated) and at the same time he wants to ease the return of the bill to himself if the beneficiary rejects returning it when the time comes.

«No endorsement» or «endorsement forbidden» clauses do not lead to the invalidation of the bill of exchange. Despite being fundamentally written on the bill of exchange with the purpose of preventing circulation, they do not eliminate the circulation potential. But these clauses bear legal consequences for the root relationship between drawer and beneficiary. By accepting the bill of exchange with «no endorsement» or «endorsement forbidden» clauses on it, the beneficiary undertakes that he will not put the bill of exchange into circulation (not transfer it to third parties). If the beneficiary does not abide this undertaking by transferring the bill of exchange to third parties and the drawer suffers a loss consequently, the drawer can claim damages from beneficiary.

However, «no endorsement» or «endorsement forbidden» clauses which are written on the bill of exchange by the drawer, are not binding for third parties. These clauses do not grant the drawer the opportunity to plead the defences that he has against the beneficiary and against the third parties who acquire the bill of exchange subsequently. Third parties cannot be deemed to be in bad faith when acquiring the bill of exchange just because of having acquired it with «no endorsement» or «endorsement forbidden» clauses. It is also not possible to accept that third parties act intentionally to the detriment of the drawer (obligor) when acquiring the bill just for this reason.

I. Sorunun Takdimi

1. Kambiyo senedinin, üzerine «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kayıtları konularak düzenlenmesi hâliyle uygulamada sıklıkla karşılaşılmakta; kambiyo senedi düzenleyenler, bu kayıtları çokça kullanmaktadır¹. Ancak cirantanın cirosuna ekleyebileceği ciro yasağı kaydının [TK m. 685/2, 778/1-(a), 818/1-(d)] aksine, düzenleyenin senede yazacağı bu gibi bir kaydın hukuki sonucunun ne olacağı hakkında TK'da özel bir hüküm bulunmamaktadır².

2. Türk öğretisinin çok büyük bir bölümü ve Yargıtay, kambiyo senedine düzenleyen tarafından konulan «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydının bir menfi (olumsuz) emre kaydı ve dolayısıyla üzerinde böyle bir kayıt taşıyan kambiyo senetlerinin de nama yazılı olduğu görüşündedir.

3. Fakat kanaatimizce düzenleyenin senede eklediği «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» ibarelerinin birer menfi emre kaydı olarak nitelendirilmesi öncelikle bu kayıtların kelime anlamları bakımından mümkün olmadığı gibi, böyle bir nitelendirme, gerek düzenleyenin, gerek senedi söz konusu kayıtlarla kabul eden lehtarın iradesiyle de örtüşmemektedir.

Bu çerçevede, aşağıda mesele hakkında öğretilde dile getirilen görüşlerin ve Yargıtay'ın konu hakkındaki içtihatlarının aktarılmasını takiben, bir kambiyo senedine düzenleyen tarafından «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydının konulmasının hukuki sonucunun ne olduğuna ilişkin kişisel görüşümüz açıklanacaktır.

II. Öğretildeki Görüşler

1. Bugün Türk öğretilinde hâkim görüş, düzenleyenin kambiyo senedine eklediği «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kaydının bir menfi emre kaydı niteliğinde olduğu, bu nedenle eğer düzenleyen senede söz konusu kayıtlardan birini eklemişse, senedin nama yazılı düzenlenmiş olacağı ve ancak alacağın temliki yoluyla

¹ Nitekim çek açısından bkz. Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Bası 2007) 153-154.

² Bir kez daha bkz. Kendigelen (n 1) 154.

devredilebileceği [TK m. 681/2, 778/1-(a), 785/1-(b), 788/2] yönündedir^{3,4}. Fakat belirtmek icap eder ki, anılan kanaatteki yazarlardan birçoğu bu görüşü herhangi bir gerekçe ileri sürmeksizin kabul etmekte⁵; yani düzenleyenin kambiyo senedine yazdığı «ciro edilemez» ya da «cirosu yasaktır» ibaresinin bir menfi emre kaydı olarak nitelendirilmesinin sebebinin ne olduğuna yönelik özel bir açıklama yapmamaktadır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, öğretide yalnızca üç yazar söz konusu nitelendirmenin gerekçesine ilişkin değerlendirmelerde bulunmaktadır.

Bu bakımdan konu hakkında en ayrıntılı açıklama, *Kendigelen* tarafından yapılmıştır. Meseleyi çek hukukuna yönelik monografisinde ele alan yazar⁶, ciranta için olduğunun aksine [TK m. 685/2, 778/1-(a), 818/1-(d)], senede düzenleyenin yazacağı «ciro edilemez» kaydı hakkında kanunda özel bir hüküm bulunmadığını, buradan hareketle kanun koyucunun anılan kaydın senede düzenleyen tarafından yazılamayacağını düşündüğü bir an için akla gelebilirse de, cirantanın yazacağı «ciro edilemez» kaydının da esas itibarıyla senedin tedavülünü engellemeyip yalnızca kaydı yazan cirantanın çeki devrettiği kişiden sonrakilere karşı sorumluluktan kurtulmasına imkân tanıdığı dikkate alındığında, düzenleyenin bu gibi bir kaydı senedin tedavülünü engellemek için değil, sadece şahsi defilerini sonraki hamillere de ileri sürebilmek amacıyla yazmak istediğinin kendiliğinden anlaşılacağını ifade

³ Bu görüşte bkz. Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku III Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)* (4. Bası 1970) 26, 27; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası 1997) 483, 607-608 (ayrıca bkz. 638-639); Fahiman Tekil, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası 1994) 48, 54, 185; A. Tahir Ögütçü/Mehmet Altın, *Ticari Senetler (Polİçe, Bono, Çek) ve Özel Takip Yolları* (1979) 41, 55; Celal Göle, *Çek Hukuku* (1989) 45, 46; Ali Bozer/Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Bası 2018) 31, 35, 193-194, 286, 290, 350; Naci Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5. Bası 1999) 119, 142-143; Kendigelen (n 1) 153-155; Seza Reisoğlu, *Çek Hukuku* (2011) 39, 81; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları (Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası 2019)* 37, 328; Lerzan Yılmaz, "Cirosu Yasaklanmış Çek" (1993) *Facultatis Decima Anniversaria* 10. Yıl Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Marmara Üniversitesi Yayın No: 543, Hukuk Fakültesi Yayın No: 6, 143; Murat Alışkan *Kambiyo Senetlerinde Temlik Ciro* (1998) 117-125, 327-328; Fatih Bilgili "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Bonoda 'Ciro Edilemez' Kaydına İlişkin 2007/202 No'lu Kararı Üzerine Bir Değerlendirme" (2008) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S. 78, 33, 35-36; Mücahit Ünal (Sami Karahan/Zekeriyya Arı/ Hayri Bozgeyik/Tahir Saraç), *Kıymetli Evrak Hukuku* (3. Bası 2015) 83, 89; Saraç (Karahan/Arı/Bozgeyik/Ünal) (n 3) 209, 212 ve 235, dpn. 1; Çetin Arslan/Murat Kayaçançık *5941 Sayılı Çek Kanunu Şerhi* (2010) 209; İsmail Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku* (Güncellenmiş 5. Bası 2018) 591, 626; Gönen Eriş, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak Polİçe - Bono - Çek - Makbuz Senedi - Varant* (Güncellenmiş 2. Bası 2016) 320, 1051, 1059; Abdulhamid Oğuzhan Hacıömeroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Kıymetli Evrak Hukukunda Ciro* (2017) 69-70; ayrıca bkz. ve karşı. Ömer Teoman, *Yaşayan Ticaret Hukuku Hukuki Müalâalar Cilt I: 1982-1991* (2. Yeniden ve Aynen Dizilmiş Bası 2011) 1217-1218; yine bkz. «ciro tarihiyle devredilemez» ibaresinin bir menfi emre kaydı olduğu ve bu ibarenin düzenleyen tarafından kambiyo senedine eklenmesi hâlinde senedin nama yazılı düzenlenmiş olacağı yönünde Halil Arslanlı, *Ticari Senetler Derleri* (3. Bası 1954) 14, 111 ile «cirosuzdur» ve «ciro yapılamaz» ibarelerini birer menfi emre kaydı olarak nitelendiren Edip Şimşek, *Hukukta ve Cezada Ticari Senetler* (2. Bası 1982) 52, 354, 385; nihayet bkz. senedin nama yazılı olarak düzenlenmesi için «cirosunun men edilmesinden» bahsetmekle beraber, gösterdiği menfi emre kaydı örnekleri arasında «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» ibarelerine yer vermeyen Sururi Kocaimamoğlu, *Ticari Senetler Tatbikati ve Banka Muameleleri* (1959) 14, 22, 128, 129.

⁴ Türkçeye «ciro edilemez» veya «ciro etmek (edilmesi) mümkün değildir» biçiminde tercüme edilebilecek olan «keine Indossierung» ibaresinin bir menfi emre kaydı olduğu yönünde İsviçre öğretisinden örnek olarak bkz. Karin Wiedmer, *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht - Art. 552-1186* (Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf Ed., 2. Auflage 2009) 2096.

⁵İne, Türkçeye «ciro etmek (edilmesi) yasaktır» şeklinde tercüme edilebilecek olan «Indossierung verboten» ibaresinin bir menfi emre kaydı olduğu hususunda Alman öğretisinden örnek olarak bkz. Adolf Baumbach/Wolfgang Hefermehl, *Wechselgesetz und Scheckgesetz* (18. neubearbeitete und erweiterte Auflage 1993) 161, 496.

⁶ Nitekim bkz. bu saptamayı yapan Kendigelen (n 1) 155, dpn. 28.

⁶ Buna karşın yazarın değerlendirmelerinin polİçe ve bono için de geçerli olduğu tereddütsüzdür.

etmekte⁷; ayrıca bunlara ek olarak, kanun koyucunun menfi emre kaydı için özel bir ibare tespit etmeyip «emre yazılı değildir» kaydına benzer bir kaydı yeterli görmesi [TK m. 681/2, 778/1-(a), 785/1-(b), 788/2] sebebiyle «ciro edilemez» kaydının da «emre yazılı değildir» kaydına benzer kayıtlar arasında bulunduğunu ve dolayısıyla düzenleyen tarafından senede «ciro edilemez» kaydı yazıldığında senedin nama yazılı hâle gelerek artık alacağın temlik hükümleri uyarınca devredilebileceğini kabul etmenin uygun olduğunu dile getirmektedir⁸.

Saraç ise «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kayıtlarının, “*senedi nama yazılı senetlerin devir usulüne tabi kıldıkları için*” geniş anlamda menfi emre kaydı içerisinde değerlendirilmelerinin icap ettiğini belirtmektedir⁹.

Benzer biçimde *Hacıömeroğlu* da, alacağın temlik nama yazılı kıymetli evrakın devir şekli olduğuna göre, ciroyu yasaklamak için senede açıkça konulan kaydın senedin nama yazılı olarak düzenlenmiş olması sonucunu doğuracağı ve bu sebeple de menfi emre kaydı olarak nitelendirileceği açıklamalarını yapmaktadır¹⁰.

2. Buna karşın öğretide *Kaya*, esas itibariyle çekle ilgili olmakla beraber poliçe ve bono bakımından da geçerli olduğunda kuşku bulunmayan açıklamalarında, düzenleyen tarafından senede konulan «ciro edilemez» kaydının senedin nama yazılı olması sonucunu vereceği kabulünün tartışmaya açık olduğunu, menfi emre kaydının bu şekilde yazılamayacağı hususu bir yana, burada düzenleyenin amacının senedi nama yazılı olarak düzenlemek değil, senede sorumsuzluk kaydı eklemek olduğunun ve dolayısıyla kaydın geçersiz olup yazılmamış sayılması gerektiğinin savunulabileceğini ifade etmektedir¹¹.

Hemen ekleyelim: «Ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» ibarelerinin menfi emre kaydı olup olmadıkları hususuna özel olarak değinilmemekle beraber, eTK döneminde de eTK m. 730/1-(3) [TK m. 818/1-(c)] atfıyla çekler hakkında da uygulanan eTK m. 591 (TK m. 679) hükmü icabı, çeker düzenleyen tarafından cironun yasaklandığına ilişkin bir ibare konulmasının hukuken bağlayıcı olmayacağı yönünde görüşler açıklanmıştır¹². Burada gerekçe olarak eTK m. 591 (TK m. 679) hükmüne dayanıldığından, anılan görüşlerin sahiplerinin, düzenleyenin çeker yazdığı ciro yasağı kaydını “sorumluluk” ile ilgili bir kayıt olarak yorumladıkları söylenebilir.

⁷ Kendigelen (n 1) 154-155; ayrıca bkz. Teoman (n 3) 1218.

⁸ Kendigelen (n 1) 155.

⁹ Saraç (Karahan/Arı/Bozgeyik/Ünal) (n 3) 209.

¹⁰ Hacıömeroğlu (n 3) 70.

¹¹ Arslan Kaya (Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/N. Füsün Nomer Ertan), *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 11. Bası 2019) 279.

¹² S. Özgür Memişoğlu, “5941 Sayılı Çek Kanunu Açısından Karşılıksız Çek” (2010) *Yargı Dünyası*, S. 176, 21; ayrıca bkz. yine çek hakkındaki incelemesinde aynen “*Cirantanın senet üzerine sorumsuzluk kaydı ve ciro yasağı koyması geçerlidir. Ancak düzenleyen bu kayıtları koyamaz.*” ifadelerini kullanan Cihan Şahin, “Bir Kambiyo Senedi Olarak Çek ve Yargı Kararları Işığında Çekin Unsurları” (2012) *Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, 77.

3. Nihayet bazı yazarlar ise “kambiyo senedine düzenleyen yazdığı ciro yasağının, cirantanın cirosuna yazdığı ciro yasağı ile (TK m. 685/2) aynı hukuki neticeyi doğuracağı” ve dolayısıyla “bu kaydı yazanın –bizatihi senedi ‘düzenleyen’ kimse olsa dahi– senet sonradan kendilerine ciro edilmiş olan kişilere karşı sorumlu olmayacağı” anlamına gelen açıklamalarda bulunmaktadır¹³. Ancak bu açıklamalara katılmak olanaksızdır. Zira kambiyo senetlerinde düzenleyen, senedin ödenmemesinden kaynaklanan sorumluluğunu bu şekilde sınırlandırabilmesi hukuken mümkün değildir [TK m. 679, 778/1-(e), 779/1, 818/1-(c)].

III. Yargıtay Uygulaması

1. Öğretideki hâkim kanaate paralel biçimde, Yargıtay da düzenleyen kambiyo senedine yazdığı «ciro edilemez» ibaresinin bir menfi emre kaydı olduğu görüşündedir. Bu kabulün en doğal neticesi olarak, Yargıtay kararlarında, anılan kaydın ilgili senedin kambiyo senedi niteliğini ortadan kaldırmamakla beraber onun nama yazılı olması sonucunu doğuracağı ve nama yazılı bir kambiyo senedinin de ancak alacağın temlik yoluyla devredilebileceği açıkça vurgulanmaktadır [TK m. 681/2, 778/1-(a), 785/1-(b), 788/2]. Yargıtay HGK tarafından da benimsenen bu yaklaşım¹⁴, Yüksek

¹³ Bkz. aynen “... emre yazılı senede konulan ciro yasağı kayıtlarının hakkın devredilebilirlik özelliğini kaldırıp kaldırmadığı tartışma konusu yapılmıştır. Bilindiği üzere, düzenleyen veya ciranta emre yazılı senede ‘ciro edilemez’ kaydı koyarak kıymetli evrakın işlevlerini sınırlandırmaya çalışabilir. Ancak, bu kayıt, senedin tedavülünü engellemekte ve senet yine de üçüncü kişilere devredilebilmektedir. Konulan kayıt sadece kaydı koyan kişinin, yasağa rağmen senet sonradan kendilerine ciro edilmiş kimselere karşı sorumlu tutulmamasına sebep olmaktadır (TK. 685/II).” açıklamalarını yapan Karahan (Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal) (n 3) 15 ile yine aynen “Keşideci veya cirantalardan herhangi biri senedin üzerine ‘işbu senet ciro edilemez’ vb. bir ifadeyi yazarak ciro yasağı koyabilirler (TTK. m. 685/2). Hemen belirtelim ki, bu kayıt senedin ciro yoluyla devrini engellemez. Ciro yasağına rağmen kambiyo senedi devredilebilir; ancak bu yasağa rağmen senedi devralan kişilere karşı, ciro yasağını koyan kişi sorumlu olmaz. Buna karşılık, ciranta, senedi ciro ettiği kişiye karşı sorumlu kalmaya devam eder.” ifadelerine yer veren Mustafa Çeker, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku (8. Bası 2014) 506. Ekleyelim ki, eserinin 2012 yılında yapılan basısında Pulaşlı da aynen “Ancak, düzenleyen veya ciranta emre yazılı senede ‘ciro edilemez’ kaydını koymasıyla, kıymetli evrakın tedavül niteliği ortadan kaldırılabilir (TTK m. 685/2). Bu durumda, bu kayıtla senedi ciro ile devralan hamil, bu senedi bir daha ciro ile devredemez, devretse de yeni hamil seneteki hakkını keşideciye karşı ileri süremez. Böylece düzenleyen veya herhangi bir hamil, ‘işbu senet bir daha ciro edilemez’ kaydını senede yazmakla hem senedin tedavülünü kaldırmakta hem de sorumluluğunu devrettiği kişi ile sınırlamış olmaktadır. Ancak, kıymetli evrak tedavülü engellenirse bile, senet kıymetli evrak niteliğini kaybetmez.” ifadelerini kullanarak [Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası 2012) 33] bu yönde görüş açıklamışsa da, yazar daha sonra anılan kanaatini öğretideki hâkim görüşe paralel olacak biçimde değiştirmiştir. Nitekim bkz. ve karş. Pulaşlı (n 3) 37.

¹⁴ Yargıtay HGK’nın 11.04.2007 tarih ve 12-206/202 sayılı kararında, konu hakkında “... Mahkemeye; «ciro edilemez» kaydı nedeni ile bononun teminat, müteselsil mesuliyet fonksiyonlarının ve tedavül edilebilir kabiliyetinin ortadan kalkması nedeniyle senedin kambiyo senedi olma niteliğini yitirdiği, adı senede döndüğü, bu nedenle kambiyo senetlerine mahsus yolla icra takibi yapılamayacağı gerekçeleri ile takibin iptaline, takibin iptali sebebiyle borca tiraz hakkında inceleme yapılmasına ve karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Özel Dairece, «ciro edilemez» şerhinin senedin kambiyo senedi olması niteliğine bir etkisi olmayacağı düşüncesi ile ... bozma sevk edilmiş, yerel mahkemeye ilk kararda direnilmiştir. Bilindiği üzere, kambiyo senetlerinin temlik cirosu ile devrinde, cironun garanti (teminat) fonksiyonu vardır ([e]TTK. m. 597, 690, 730/4). Bu husus [eski] Türk Ticaret Kanununun[un] 597. maddesinde; ‘Aksine şart bulunmadıkça, ciranta, poliçenin kabul edilmemesinden ve ödenmemesinden mesuldür.’ şeklinde ifade edilmiştir. Garanti fonksiyonu, normal olarak, hukuken geçerli bir devirle başlar ve muhatapça ödeme yapılınca kadar devam eder. Zamanasını veya hakkı koruyucu işlemlerin yapılmaması sebebiyle son bulur. Müracaat hakkının kullanılması söz konusuysa, müracaat borçlusunu yönünden, bu şahsın yapacağı ödemeye sona erer. Bununla birlikte ciranta, garanti borcunu iki şekilde ortadan kaldıracaktır. Öncelikle; poliçenin (bononun) kabul edilmemesinden veya ödenmemesinden sorumlu olmayacağını poliçe (bono) üzerine yazarak, cirantanın senetten doğan sorumluluğunu bertaraf etmesi mümkündür. ([e]TTK. m. 597/1) Buna sorumsuzluk kaydı, ademi mesuliyet kaydı denir. Bunun için belirli bir ifadenin kullanılması mecburiyeti yoktur. Ciranta, “bilâ mesuliyet”, “bilâ teminat”, “ödenmeden sorumlu değilim”, “kabulden sorumlu değilim” vb. gibi kayıtlar koyarak sorumluluğunu ortadan kaldırabilir. İkinci olarak ise; Ciranta, ‘yeni bir ciroyu yasaklayabilir.’ ([e]TTK. m. 597/II) Bir cirantanın, poliçenin (bononun) tekrar ciro edilmesini yasaklayarak, bu yasağa rağmen poliçeyi ciro yoluyla devralan şahıslara karşı garanti vecibesinin doğurduğu sonuçlardan kendisini kurtarması mümkündür. Senet üzerinde ‘Ciro edilemez

Mahkemenin müstakar içtihadıdır¹⁵.

kaydını' nasil ciranta koyabilirse, aynı şekilde keşideci de koyabilir. Bono, poliçe ve çek kanun gereği emre düzenlenen senetlerdir. Bu senetler üzerine ciranta tarafından konulan ciro edilemeyeceği kaydı senedi nama yazılı bir kambiyo senedi hâline getirir. Bunun aksine keşideci tarafından konulan ciro edilemeyeceği kaydı senedi nama yazılı hâle getirir. Bu şekilde, keşideci tarafından konan kayıtlı nama yazılı hâle gelen senedin ciro edilme imkânı kalmaz. Ancak alacağın temlikli yolu ile devredilebilir. Bu yasağa rağmen yapılan ciro da alacağın temlikli hükümlerine tâbi olur. ([e]TTK. m. 591) Bu durumda senedi temellük edene karşı keşideci her türlü defilerini ileri sürebilir (Prof. Dr. Fırat Öztan Kıymetli Evrak Hukuku 12. Bası, Eylül 2006 s. 118 vd.). Somut olayda takip konusu bono üzerine keşideci tarafından «ciro edilemez» şerhi konulmuş, lehtar tarafından senet ciro edilmemiş ve bizzat icra takibine konu edilmiştir. Hâl böyle olunca, bono üzerine konulan «ciro edilemez» şerhi ... senedin kambiyo senedi olma niteliğini engellemeyeceğinden Daire Bozması doğrudur. ...» açıklamaları yapılmaktadır [karar için bkz. www.lexpera.com.tr (erişim tarihi: 05.05.2019); bu karara ilişkin bir inceleme için bkz. Bilgili (n 3) b.a.]. Ayrıca bkz. ve karşı. Yargıtay HGK'nın aynen, "... Şu hâlde, bir ticari senet arkasına tedavülî öneliyici nitelikte bir kayıt düşürülmesi o senedin ticari senet olma vasfını etkilemez. Ancak, bu kayıt o senedin alacağın temlikli yolu ile el değiştirmesine yol açar. Bittabi bu çeşit senedin kambiyo senetlerine müstenit özel yol ile açılan takibin dayanağı yapılmasına yasal engel yoktur. Keza, [e]TTK. nun 741, 742 maddeleri sadece emre yazılı havalelerle, emre yazılı ödeme ve aktileri hakkında İK. nun çek, bono, poliçe haklarındaki takibe ait hükümlerinin uygulanamayacağını göstermekle bu görüşü doğrulamaktadır. Olaya gelince; takip konusu senet mercin kabulü hâline (kayıtsız ve şartsız muayyen bir bedelli ödeme vadedi) unsurunu ve [e]TTK. nun 688. maddesinde yazılı diğer unsurları taşıdığı cihetle bono vasfındadır. Böyle olunca senet lehtarları özel takip yolundan yararlanabilir. Ne var ki, lehtar senet dışında davacı ile yaptığı sözleşmede senedin ödenmesini S.S. Kurumundan ilişiksizlik belgesinin alınması koşuluna bağlamış ve bono arkasına buna değiniler (ciro edilemez) kaydı koymuş olduğundan bu koşul geçerlidir. ..." ifadelerine yer verilen 30.01.1980 tarih ve 78-12/41 sayılı kararı [Şimşek (n 3) 585-586].

¹⁵ Gerçekten, Yargıtay 12. HD'nin 03.10.2003 tarih ve 15062/19153 sayılı, 09.05.2006 tarih ve 7431/10310 sayılı ve 30.03.2010 tarih ve 2009-26703/7666 sayılı kararlarında «ciro edilemez» (ayrıca bkz. Yargıtay 12. HD'nin 13.02.2014 tarih ve 72/3761 sayılı kararı); Yargıtay 12. HD'nin 09.10.2006 tarih ve 15457/18616 sayılı kararında «İşbu senet T. D. T. A.Ş. tarafından kendi işleri için üçüncü şahıslara ciro ve teminat olarak verilmek. Bu senedin verilmiş 2000 yılı ikinci dönemi Rölyotye noksanlığının ikmalî içindir.»; Yargıtay 12. HD'nin 19.12.2006 tarih ve 20936/24150 sayılı, 20.10.2011 tarih ve 3304/19632 sayılı ve 11.12.2012 tarih ve 21948/37395 sayılı kararlarında «*Teminat senedidir. Ciro edilemez.*» (ayrıca bkz. Yargıtay 12. HD'nin 06.12.2011 tarih ve 8074/26857 sayılı kararı); Yargıtay 12. HD'nin 26.05.2009 tarih ve 3198/11215 sayılı kararında «*işbu çek ciro edilemez, devredilemez*»; Yargıtay 12. HD'nin 30.06.2009 tarih ve 6476/14338 sayılı kararında, çekin ön yüzünde bulunan «3. şahıslara ciro edilemez» ve arkasında yazılı «çek cirosu kabul değildir sadece K. A. E. Sist. Ltd. Şti.ne geçerlidir.»; Yargıtay 12. HD'nin 27.10.2009 tarih ve 12421/20514 sayılı kararı ile 19.03.2012 tarih ve 2011-23499/8416 sayılı kararlarında «3. şahıslara ciro edilemez»; Yargıtay 12. HD'nin 24.03.2014 tarih ve 6229/8383 sayılı kararında «*bu senet tahsil cirosu ile bankalara ibrazı hariç olmak üzere 3. şahıslara ciro edilemez*»; Yargıtay 12. HD'nin 23.10.2017 tarih ve 7353/12859 sayılı kararında «*işbu çek teminat çeki olup, cirolanamaz ve icra takibine konu edilemez*»; nihayet Yargıtay 12. HD'nin 28.05.2018 tarih ve 8861/5336 sayılı kararında ise «*teminat çekidir. 3. şahıslarda kullanılamaz.*» ibareleri açısından bu sonuca varılmıştır [anılan tüm kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (erişim tarihi: 05.05.2019)]. Yargıtay 12. HD'nin aynı yönde daha eski tarihli kararları da bulunmaktadır. Örnek olarak bkz. Yargıtay 12. HD'nin 25.04.1977 tarih ve 3157/4114 [Nazif Kaçak, *İçtihatlarla Bono* (2001) 215-217; Nazif Kaçak, *Açıklamalı - İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bono - Poliçe - Çek* (2006) 243-245] ile 20.10.1981 tarih ve 6012/7655 sayılı kararları [Kaçak, Bono (n 15) 77; Kaçak, PBC (n 15) 96].

Ekleyelim ki, Yargıtay 11. HD'nin 25.01.2012 tarih ve 513/725 sayılı kararı ile Yargıtay 19. HD'nin 23.02.2010 tarih ve 2009-5022/1812 sayılı kararlarında da «*teminat senedir/çekidir üçüncü kişilere/shahıslara ciro edilemez*» kayıtları için aynı netice kabul edilmiştir [her iki karar için de bkz. www.lexpera.com.tr (erişim tarihi: 05.05.2019)]. «Ciro edilemez» kaydını taşıyan bir bononun nama yazılı olacağı yönünde ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD'nin 09.12.1980 tarih ve 5262/5761 sayılı kararı [Kaçak, Bono (n 15) 219; Kaçak, PBC (n 15) 247, 673, 677].

Nihayet Yargıtay 12. HD'nin 13.09.2012 tarih ve 7400/26249 sayılı kararında ise, aynen, "... Borçlu icra mahkemesine başvurusunda, takibe esas alınma[n] senedin kambiyo senedi vasfında olmadığını, senedin teminat senedi olduğunu ve senedin arkasında ciro edilemez yazısı bulunduğunu ileri sürerek takibin iptalini istemiştir. [e]TTK.nun 690. maddesinin göndermesiyle bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı kanunun 593. maddesi gereğince kambiyo senedi niteliğinde olan bonodaki hakkın devri ancak ciro ve teslim yoluyla mümkündür. Ayrıca, [e]TTK'nun 595/2. maddesi gereğince lehine ciro yapılan kimsenin ciroda gösterilmesine lüzum olmadığı gibi ciro, ciratandan sadece imzasından ibaret de olabilir. Açıklanan şekildedeki ciroya "beyaz ciro" denilir. Öte yandan, [e]TTK.nun 690. maddesinin göndermesiyle bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı kanunun 598. maddesi uyarınca ise, bonoyu elinde bulunduran kimse, son ciro beyaz ciro olsa dahi kendi hakkı müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan anlaşıldığı takdirde s[aj]ahiyetli hamil sayılır. Bonoda ilk cirosun leh[t]ara ait olması gerekir. Leh[t]arın cirosundan önce başka ciro yapılması hâlinde ise daha sonra leh[t]arın cirosunun bulunması durumunda, leh[t]arın cirosundan önceki cirolar yok sayılır. Leh[t]arın cirosundan sonra senedi devralan hamiller, yetkili hamil olurlar. Somut olayda, takip dayanağı 01.09.2010 vade tarihli 150.000 TL [bedelli] bononun arkasındaki leh[t]ar A.Ş.['ye] ait ilk cirodan sonra menfi emre kaydı konulması sebebiyle senedin[] ciro yoluyla el değiştirmesi imkânsız olduğundan[] takip alacaklısı H. U. yetkili hamil değildir. ..." ifadeleri yer almaktadır [karar için bkz. www.lexpera.com.tr (erişim tarihi: 05.05.2019)]. Anılan açıklamalardan anlaşılabilirdiği kadaryla bu kararında Yargıtay 12. HD, bir ciranta tarafından konulan ciro yasağı kaydının "senedin ciro yoluyla el değiştirmesini engelleyeceği" ve dolayısıyla senedi nama yazılı hâle getireceği sonucuna ulaşmıştır [ayrıca bkz. aynen "Ciranta, senedin üzerine 'ciro edilemez' ibaresini koyarak sadece ciro edilene karşı sorumlu olup ciro edilen kişinin sonradan senedi ciro etmesi durumunda sonraki ciro edilenlere karşı sorumluluğu ortadan kalkar. Bu kayıt bir menfi emre kaydı olup çeki nama yazılı çek hâline getirir." ifadelerini kullanarak bu yaklaşımı benimseyen Rabiye Yaman, "Çekin Cirosu ve Hukuki Sonuçları"

2. Ancak Yargıtay'ın ilgili kararlarında, senede düzenleyen tarafından yazılan «ciro edilemez» ibaresinin hangi gerekçeyle bir menfi emre kaydı olarak kabul edildiği ayrıca izah edilmemektedir. Yalnızca bazı kararlarda, öğretilerde söz konusu görüşü –yine gerekçesini özel olarak tartışmaksızın– benimseyen birtakım yazarlara atıfta bulunduğu görülmektedir¹⁶. Tespit edebildiğimiz tek bir kararda ise *Kendigelen*'in yukarıda değindiğimiz açıklamalarına yollamada bulunmaktadır¹⁷.

IV. Görüşümüz

1. Kanaatimizce kambiyo senedine düzenleyen tarafından yazıldığı «ciro edilemez» veya «cirusu yasaktır» kaydı, bir menfi emre kaydı niteliğinde değildir. Dolayısıyla düzenleyen tarafından senede «ciro edilemez» ya da «cirusu yasaktır» kayıtlarından birini düşmesi hâlinde ilgili kambiyo senedi nama yazılı düzenlenmiş olmaz.

Öte yandan böyle bir kayıt –aşağıda açıklayacağımız gibi, aslında düzenleyen,

(2013) Terazi Hukuk Dergisi, C. 8, S. 85, 75]. Fakat anılan görüşe iştirak etmek hukuken olanaksızdır. Zira cırantanın kambiyo senedinin tekrar ciro edilmesini yasaklaması, senedi nama yazılı hâle getirmez ve senedin ciro ile devrine mani de olmaz [birçokları arasında sadece örnek olarak bkz. Arthur Meier-Hayoz/Hans Caspar von der Crone, *Wertpapierrecht* (2. überarbeitete Auflage 2000) 154; Öztan (n 3) 607-608; Kendigelen (n 1) 190-191; Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan) (n 11) 279; Alışkan (n 3) 124, 324-329]. Cırantanın cirosuna eklediği ciro yaşağı kaydının hukuki neticesi, “*kayıd yazan cırantanın, senet sonradan kendilerine ciro edilmiş olan kişilere karşı sorumlu olmaması*”dır [TK m. 685/2, 778/1-(a), 818/1-(d); bu açıdan ayrıca bkz. ve karşı. “[e]TTK'nun 690'ıncı madde göndermesi ile [e]TTK'nın 597/2'nci maddesi hükmü gereğince, bir bonoda 'emre yazılı değildir' veya 'bu manayı ifade eder' şeklinde 'ciro edilemez' gibi ibarelerin yazılması hâli, o bononun kambiyo senedi niteliğini etkilemez. Böyle bir bonoya dayalı olarak lehtarın borçlu aleyhine kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapması mümkündür. Nitekim, somut olayda takibe konu bono arkasında, 'bir sene içinde kimseye verilmeyecek ve ödenecek son ödeme tarihi 07.01.2004' şeklindeki bir ibarenin lehtar alacaklı tarafından imzalandığı görülmektedir. Söz konusu bu açıklama senedin ciro edilemeyeceği anlamında olup, başkaca bir kayıt içermediğinden, yukarıda belirtilen ilkeler ışığında şikâyetin reddine karar verilmesi gerekirken, takibin iptali ... doğru görüşmemiş[tir] ...” ifadelerine yer verilen, Yargıtay 12. HD'nin 21.12.2004 tarih ve 22280/26425 sayılı kararı [Eriş (n 3) 338]]. Bu vesileyle, *Eriş*'in hamiline yazılı çek hakkında yaptığı, aynen “*Acaba, cıranta, hamile yazılı çekin tekrar ciro edilmesini yasak edebilir mi? TTK'nın 818/1-d maddesi aynı Yasanın 685'inci maddesine yollama yapmıştır. Öte yandan, hamile yazılı senedin devrinin cıranta tarafından yasak edilemeyeceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, lehtar veya hamil ciro yaşağı koyabilir ve hamile yazılı senet böyle bir durumda nama yazılı senet hâline dönüşür.*” şeklindeki açıklamalara [Eriş (n 3) 1092] katılmaya imkân bulunmadığını da belirtelim.

¹⁶ Örnek olarak, yukarıda andığımız kararlar arasında bkz. Yargıtay HGK'nın 11.04.2007 tarih ve 12-206/202 sayılı; Yargıtay 19. HD'nin 23.02.2010 tarih ve 2009-5022/1812 sayılı ve Yargıtay 12. HD'nin 20.10.2011 tarih ve 3304/19632 ile 28.05.2018 tarih ve 8861/5336 sayılı kararları [kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (erişim tarihi: 05.05.2019)].

¹⁷ Yargıtay 12. HD'nin 30.03.2010 tarih ve 2009-26703/7666 sayılı bu kararının ilgili kısmı “... Kural olarak [e]TTK'nun 730. maddesi yollaması ile çek hakkında da uygulanması gerekli aynı kanunun 597/2[.] maddesi uyarınca cıranta (çekte keşideci) çekini ciro edilmesini yasaklayabilir. Bu hâlde kaydı koyan, senet sonradan kendilerine ciro edilen kişilere karşı mesul olmaz. [e]TTK'nun 700/2[.] maddesine göre ise, «emre yazılı değildir» veya buna benzer bir kayıtlı muayyen bir kimse lehine ödenmesi şart kılınan çekin ancak alacağın temlik yolu ile devri mümkündür. Buna göre maddede menfi emre kaydı için özel bir ibare belirtilmemiş, «emre yazılı değildir» kaydına benzer bir kayıt yeterli görülmiştir. Bu durumda «ciro edilemez» kaydı da «emre yazılı değildir» kaydına benzer kayıtlar arasında sayılabileceğinden çeki nama yazılı hâle getirir. Bu nedenle de çekin alacağın temlik hükümleri çerçevesinde devrini zorunlu kılar. Alacağın temlik yolu ile devir ise yazılı bir temlik beyanını ve ziynetliğin devralana naklini gerektirir. Yine [e]TTK'nun 700/2. maddesine göre anılan durumda alacağın temlik hükümleri uygulanacağından «ciro edilemez» kaydı koyan senet borçlusunun devredene karşı haiz olduğu tüm şahsi defilerini devralana karşı herhangi bir sınırlama ile karşılaşmaksızın ileri sürebilme hakkı doğacaktır. Bununla birlikte çek olarak cironun alacağın temlik şartlarını bünyesinde barındıracağı söylenemiyorsa, artık çeki devralan kişi çekte dayalı olarak hak sahibi sıfatını iktisap edemeyecek ve kambiyo hukukuna ilişkin hiçbir hukuki imkândan[.] özellikle İK.nun 170/a-2 uyarınca kambiyo hukuku kapsamında takip hakkının bulunmadığı düşünülerek takibin iptaline karar verilmesi gerekirken itirazın reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir. ...” şeklindedir [karar için bkz. www.lexpera.com.tr (erişim tarihi: 05.05.2019)]. Kararda, yazarın “Çek Hukuku” isimli eserinin ilk basısına atf yapılmıştır [bkz. Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku* (1. Bası 2004) 130-135].

lehtar tarafından da kabul edilen, “senedin tedavül etmemesi” yönündeki iradesinden ileri gelmesine rağmen– senedin tedavül kabiliyetini kesinlikle ortadan kaldırmaz. Yani senedin tedavülünü engellemez ve geçersizliğine de yol açmaz.

Bunların yanı sıra anılan kayıtlar, düzenleyen tarafından konulacak “ödenmemeden sorumsuzluk” kaydının [TK 687, 778/2-(e), 818/1-(c)] aksine, “senede yazılmamış sayılacak” kayıtlar da değildir. Yani lehtarın, senedi üzerinde «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydıyla kabul etmesinin bir hukuki neticesi vardır.

Düzenleyenin senede yazacağı «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kaydı, esasen düzenleyen ile lehtar arasındaki temel ilişki sebebiyle senede konulmakta; uygulamada Yargıtay kararlarına yansıyan yaygın görünüş biçimlerinin de açıkça teyit ettiği üzere senede, “düzenleyen ile lehtarın, senedin tedavül etmeyeceği (üçüncü kişilere devredilmeyeceği) konusunda anlaşıklarını” göstererek senedin tedavülünü önlemek için yazılmaktadır. Bu nedenle söz konusu kayıtlar düzenleyen ile lehtar arasındaki temel ilişki bakımından bir anlam taşırlar ve bu ilişkiye yönelik birtakım hukuki neticeler de doğururlar.

Aşağıda bu görüşlerimizin gerekçelerini ve incelememize konu ettiğimiz kaydın kimler arasında, ne gibi hukuki sonuçlar meydana getirebileceğini ayrıntılı olarak açıklayacağız.

2. İlk olarak belirtmek isteriz ki, kanaatimizce düzenleyen tarafından kambiyo senedine yazılan «ciro edilemez» ya da «cirosu yasaktır» kayıtları, her şeyden önce lafız (kelime anlamı) itibariyle birer menfi emre kaydı olarak görülemez. Şöyle ki:

Kambiyo senetleri açıkça emre yazılı olmasalar dahi ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devredilebilirler [TK m. 681/1, 778/1-(a), 788/1]. Yani, kanunen emre yazılıdır. Bu nedenle anılan senetleri nama yazılı olarak düzenleyebilmek için senet metninde «emre» kaydına yer verilmemesi yetmez¹⁸; ayrıca senede, «emre yazılı değildir» ibaresi ile aynı anlamı ifade eden [TK m. 681/2, 778/1-(a)] veya «emre yazılı değildir» ibaresine benzeyen [TK m. 785/1-(b), 788/2] bir kayıt konulması gerekir¹⁹. Söz konusu kayda, “menfi (olumsuz) emre kaydı” veya “rekta kaydı” denilir²⁰.

¹⁸ Hayri Domaniç, *TTK Şerhi IV - Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulanması* (1990) 51, 573; Reha Poroy/Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (Gözden Geçirilmiş ve Yeniden Yazılmış 22. Bası 2018) 78; Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan) (n 11) 62, 68.

¹⁹ Karş. “[e]TTK nun 690. maddesi yolu ile uygulanması gerekli aynı Kanunun 593. maddesi[nin] ikinci fıkrasına göre keşideci senede emre yazılı değildir kelimelerini veya aynı manayı ifade eden bir kaydı derc etmiş ise senet temlik yolu ile el değiştirebilir. Tetkik konusu olayda senetteki «emrî havalesine» sözleri silinmiştir. Anlamı 593. maddeye uygun temlikten devrinin mümkün olduğu hususunun dercinden ibarettir. Senedi ciro sureti ile iktisap eden hamilin yetkili olmaması sebebi ile İİK nun 170/A. maddesi gereğince takibin iptaline karar verilmesi gerekirken itirazın red olunması isabetsiz. ... görüldüğünden merci kararının ... bozulmasına ...” ifadelerine yer verilen, Yargıtay 12. HD’nin 04.11.1980 tarih ve 7673/7824 sayılı kararı ve bu karara yazılan karşı oy yazısı (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. X, S. 4, Y. 1980, 1047-1049).

²⁰ Poroy/Tekinalp (n 18) 94. «*Recta*» yahut «*rekta*» kelimesi, “*ad içerir, ancak emre değildir*” manasına gelir [Poroy/Tekinalp (n 18) 78; Pulaşlı (n 3) 55]. Bu bakımdan “nama yazma” anlamını taşır ve –hiç kuşkusuz senede düzenleyen tarafından konulmuş bulunması koşuluyla– senedin nama yazılı olması sonucunu verir [Poroy/Tekinalp (n 18) 94].

«Ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» ifadeleri ise «emre yazılı değildir» ibaresi ile “*aynı anlamda*” olmadıkları gibi, görüşümüzce anlam yönünden ona “*benzeyen*” kayıtlar arasında da yer almaz. Bu nedenle söz konusu kayıtlar, birer menfi emre kaydı değildir. Zira bu kayıtlar semantik açıdan senedin “emre yazılı olmadığını” ya da “nama yazılı olduğunu” göstermedikleri gibi, esasen “üzerinde buldukları senedin nama yazılı senetlerin devir usulüne tâbi kılındığı” sonucuna varılmasına müsait herhangi bir açıklık da taşımamaktadırlar²¹. Konu öğretide incelenirken “*menfi emre kaydının bu şekilde yazılamayacağı*” dile getirilmesinin²² sebebi, işte budur.

Değişik bir söyleyişle: Kanun koyucu menfi emre kaydı hususunda özel yahut belirli bir şekil veya ifade aramadığı ve bir sınırlama öngörmediği, aksine, senedi nama yazmak bakımından «emre yazılı değildir» ibaresi ile aynı anlamda olan yahut ona benzeyen [TK m. 681/2, 778/1-(a), 785/1-(b), 788/2] ibareleri de yeterli gördüğü için kambiyo senetleri nama yazılı olarak düzenlenirken farklı deyimler kullanılabilir²³. Ancak düzenleyenin senede yazdığı «ciro edilemez» ya da «cirosu yasaktır» kayıtları, anılan deyimler arasında yer almaz.

Öte yandan mutlaka vurgulamak isteriz: Kanunen emre yazılı bir senedin nama yazılabilmesi için senedin emre yazılı olmadığını veya nama yazılı olduğunun senette “*açıkça*” belirtilmesi zorunluluğu²⁴, kanaatimizce sadece “*kaydın mevcudiyeti*” ile sınırlı değildir. Bilakis, bu zorunluluk, “*senette bir kaydın bulunması*”na ek olarak, “*söz konusu kaydın bir ‘menfi emre kaydı’ olduğunun senetten ‘açıkça’ anlaşılabilmesini*” de kapsar. Yani, menfi emre kaydı olarak «emre yazılı değildir» ibaresi ile aynı anlamda olan yahut ona benzeyen herhangi bir ifadeden yararlanılabilir [TK m. 681/2, 778/1-(a), 785/1-(b), 788/2]. Fakat tercih edilen ibarenin, bir “menfi emre kaydı” olmak bakımından herhangi bir tereddüde mahal vermemesi, dolayısıyla üzerine konulduğu senedin “emre yazılı olmadığını” yahut “nama yazılı olduğunu” şüpheye yer bırakmaksızın, tüm ilgililerce anlaşılabilir biçimde, “*açıkça*” ve “*kesin olarak*” göstermesi gerekir. Bu açıdan menfi emre kaydının, ilgili senedin “emre yazılı olmadığını” ya da “nama yazılı olduğunu” ortaya koymak yönünden müphem olmaması şarttır.

²¹ Karş. Saraç (Karahan/Arı/Bozgeyik/Ünal) (n 3) 209.

²² Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan) (n 11) 279.

²³ Kendigelen (n 1) 153.

²⁴ Birçokları arasından sadece örnek olarak bkz. Öztan (n 3) 197; Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan) (n 11) 62, 68; ayrıca bkz. Kendigelen (n 1) 36-37. Bu husus Yargıtay HGK’nın 05.03.2014 tarih ve 2013-2113/210, 05.03.2014 tarih ve 2013-2180/237 ve 21.05.2014 tarih ve 406/685 sayılı kararlarında “... *Nama yazılı senet için verilen tanımda iki husus üzerinde durulmuştur. Bir defa, ‘senedin belli bir şahsın namına (adına) yazılı olması’ gerekir. Bu birinci şarttır (olumlu, pozitif şart). İkinci şart ise, ‘senedin emre kaydını ihtiva etmemesi’ ve ‘kanunen de emre yazılı senetlerden sayılmamasıdır’ (olumsuz, negatif şart). Bazı kıymetli evrak vardır ki, Kanun bunları, aksine bir kayıt taşımadıkları takdirde, emre yazılı saymıştır. Bunlar, belli bir şahıs namına yazılı olsa ve emre kaydı ihtiva etmese bile, kanun hükmü gereği emre yazılı kıymetli evrak sayılır. Böyle senetleri, ancak emre yazılı olmadıklarını ‘açıkça’ belirtmek suretiyle nama yazılı olarak düzenlemek mümkündür. Bu belirtme, senede ‘menfi emre kaydı’ konarak yapılır. ...” ifadeleriyle dile getirilmiştir [kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (erişim tarihi: 05.05.2019)].*

Öyleyse görülmektedir ki, kanun koyucunun menfi emre kaydı olarak kullanılabilecek ibareler konusunda kabul ettiği serbesti, anılan kaydın, senedin emre yazılı olmadığını veya nama yazılı olduğunu “*kesin*” bir biçimde göstermesi zorunluluğu ile birlikte değerlendirilmelidir. Düzenleyen tarafından senede yazılan «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» ibareleri ise, üzerine konuldukları kambiyo senedinin nama yazılı olduğunu kabul edebilmek için aranacak olan bu kesinlikten yoksundur²⁵.

Kısacası, bir an için düzenleyenin kambiyo senedine «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kayıtlarını eklemesindeki amacın gerçekten de senedi nama yazmak olduğu varsayılsa dahi, söz konusu kayıtları taşıyan senetler nama değil, emre yazılı olarak düzenlenmiş olacaktır. Zira anılan ibareler birer menfi emre kaydı olarak kabul edilemeyeceklerinden, kambiyo senedinin nama yazılı düzenlenmiş olması sonucunu doğurma kabiliyetleri de bulunmamaktadır.

Öte yandan düzenleyenin kambiyo senedini nama yazmak için «emre yazılı değildir» ile aynı anlama gelen yahut ona benzeyen herhangi bir ibareyi kullanabileceği bir gerçek olmakla beraber [TK m. 681/2, 778/1-(a), 785/1-(b), 788/2], bir ifadeyi menfi emre kaydı olarak yorumlarken ve dolayısıyla bu ifadeyi kullanan düzenleyenin senedi nama yazmak iradesini taşıdığı kabul edilirken, onun bu iradeyi neden «emre yazılı değildir» yahut «nama yazılıdır» kayıtlarını kullanarak ortaya koymadığı sorusu üzerinde de düşünülmelidir. Zira düzenleyen, kambiyo senedini nama yazma iradesini, senede «emre yazılı değildir» ya da «nama yazılıdır» kayıtlarını ekleyerek göstermek imkânına pekâlâ sahiptir²⁶. Buna karşın o, incelediğimiz varsayımda böyle yapmayıp senedin üzerine «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» yazmaktadır. Bu tercihin sebebi ise düzenleyenin “senedi nama yazılı olarak düzenlemek” değil, “senedin devredilmemesi (tedavül etmemesi)” iradesine sahip olmasıdır. Yani düzenleyenin senede yazdığı «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kayıtlarından “*senedin devredilmesinin istenmediği ve lehtar ile bu hususta anlaşıldığı*” anlamının çıkarılması gerekmekte; düzenleyen, senede bu kayıtları tam da söz konusu anlama gelmesi için yazmaktadır. Aşağıda değineceğimiz üzere, anılan kayıtların uygulamada kullanıldıkları hâller ve kullanılış biçimleri de bu neticeyi ayrıca teyit etmektedir.

Hâl böyle olunca, düzenleyen tarafından kambiyo senedine konulan «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» ibarelerine “*senedin ciro yoluyla değil, alacağın temlik yoluyla devredilebileceği ve dolayısıyla nama yazılı olduğu*” anlamı verilmesi, “*senedi nama yazmayı*” değil “*senedin tedavül etmemesini*” isteyen düzenleyenin (ve senedi tedavüle çıkarmamak hususunda düzenleyen ile anlaşan lehtarın) iradesine aykırı düşmektedir. Bu bakımdan kambiyo senedine «ciro edilemez» veya «cirosu

²⁵ Bu açıdan karşı. Öztan (n 3) 608, dph. 290; ayrıca bkz. «ciro edilemez» ibaresinin açık anlamlı bir menfi emre kaydı olduğu yönünde Tekil (n 3) 54.

²⁶ Nitekim bu yönden bkz. Teoman (n 3) 1218.

yasaktır» yazan düzenleyen, nama yazılı bir senet düzenlemek amacıyla olmadığı bizzet tereddütsüzdür²⁷.

3. İşte tam da burada, bir kambiyo senedini düzenleyen kişinin senede «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydını “*neden*” yazdığını biraz daha yakından incelemek icap eder.

Görüşümüzce “düzenleyen” konumundaki kişiler kambiyo senetlerine bu kayıtları “*senedin devredilmeyeceği hususunda lehtar ile anlaşıldığını belli etmek için*” yazmaktadır. Buna göre, düzenleyen ve lehtar, ilgili kambiyo senedinin düzenlenip lehtara teslimine sebep olan temel ilişki çerçevesinde, senedin devredilmeyip lehtarın elinde kalacağını kararlaştırmıştır. Düzenleyen senede bu nedenle «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» yazmakta ve lehtar da senedi yine aynı nedenle üzerinde «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kayıtlarını taşır biçimde kabul etmektedir. Yoksa burada kesinlikle senedin nama yazılı düzenlenmesi amaçlanmamaktadır. İlgili kayıt senedin “*devir şeklini belirlemeye ya da değiştirmeye*” değil, “*devredilmeyeceğine ilişkin anlaşmayı göstermeye*” matuftur.

Gerçekten de bazen senedin düzenlenmesine sebep teşkil eden temel ilişki, senedin tedavül etmemesini, yani lehtarın elinde kalmasını öngörebilir. Bunun en somut örnekleri, teminat senetleri ile tedavül gayesi olmayan hatır senetleridir²⁸. Nitekim «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kaydının, bilhassa teminat amacıyla verilen senetler üzerinde sıklıkla yer aldığı ve genellikle senedin teminat senedi olduğu kaydıyla beraber kullanıldığı, öğretide açıkça dile getirilmektedir²⁹.

Teminat için kambiyo senedi düzenlenmesinde amaç, teminatı olarak verildiği borç ifa edilene kadar senedin lehtarın elinde kalması ve borç ifa edildiğinde düzenleyene iadesi; ancak eğer borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse bu defa lehtarın senedi tahsil edebilmesidir. Tedavül gayesi bulunmayan hatır senetlerinde de taraflar, lehtarın mali durumunu olduğundan daha iyi gösterme ihtiyacı ortadan kalktığına, senedin düzenleyene geri verilmesini kararlaştırmıştır.

²⁷ Bir kez daha bkz. ve karşı. Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan) (n 11) 279.

²⁸ Tedavül gayesi olmayan hatır senedi, senedin tedavül etmeyip lehtarın elinde kalması, buna karşın hesaplarında senedin alacak olarak gösterilmesi suretiyle lehtarın mali durumunun olduğundan daha iyi gözükmesi için düzenlenir [Öztaş (n 3) 1010]. Bu tür senetlerde taraflar, hatır alacaklısının senede dayanarak hatır borçlusundan bir talepte bulunmayacağı ve senedi de başkasına devretmeyeceği hususunda anlaşmıştır [Nurkut İnan, *Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları* (1969) 116-117, 64-65]. Yani taraflar arasındaki ilişki, senedin başkasına devredilmeyeceği kararlaştırılmıştır [Numan Sabit Sönmez, *Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler* (2019) 76, dph. 112]. Öğretide, hatır anlaşması ile senedin düzenlenmesi arasında zıtlık bulunması sebebiyle, böylesi senetlerin muvazaalı ve dolayısıyla hükümsüz sayılmasının gerektiği ifade edilmektedir [İnan (n 28) 116-119; Öztaş (n 3) 1011, 1012; Sönmez (n 28) 80; ayrıca bkz. Öztaş (n 3) 1011, dph. 4 ve 5'te anılan yazarlar]. Buna karşın tedavül gayesi olan bir hatır senedi ile tedavül gayesi olmayan bir hatır senedi arasında, senedi iktisap eden üçüncü kişiler açısından hiçbir fark bulunmaz [Öztaş (n 3) 1011]. Hatır anlaşmasının tarafları arasındaki ilişki bakımından ise farklılık, tedavül gayesi bulunan hatır senetlerinde, hatır borçlusunun, senedi dava yoluyla geri alma hakkının olmamasında yatar [Öztaş (n 3) 1011]. Tedavül gayesi bulunmayan hatır senetlerinde ise hatır borçlusunu senedi geri isteyebilecektir [bu açıdan bkz. ve karşı. İnan (n 28) 133; Karayalçın (n 3) 148-149, dph. 46; Kınacıoğlu (n 3) 97; Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan) (n 11) 155; Sönmez (n 28) 79].

²⁹ Kendigölen (n 1) 154.

Buna göre, düzenleyenin bir kambiyo senedine «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kayıtlarını yazmasındaki temel sebepler, lehtar ile senedin devredilmeyeceği hususunda anlaşmalarını gösterebilmek, –aşağıda açıklayacağımız üzere hukuken bu netice doğmayacak olmakla birlikte– senedin tedavül etmemesini sağlamak ve nihayet temel ilişkideki şartlar gerçekleştiğinde senedin kendisine iadesini kolaylaştırabilmektir. Öyleyse bir kambiyo senedine –ve örneklerimiz üzerinden ilerleyecek olursak bir teminat senedine ya da tedavül gayesi olmayan bir hatır senedine– «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kaydının eklenmesinin sebebi senedin nama yazılı olarak düzenlenmek istenmesi değil, senedin devredilmeyeceğine ilişkin anlaşmaya işaret etme ve senedin tedavülünü engelleme arzudur. Yani düzenleyen, senede bu kaydı yazarak bir taraftan senedin devredilmeyeceğinin (tedavül etmeyeceğinin) kararlaştırıldığını üçüncü kişilere de göstermek, diğer taraftan ise eğer lehtar koşulları yerine geldiğinde senedi iade etmekten kaçınırsa, senedin geri alınmasını kolaylaştırabilmek istemektedir.

Fakat düzenleyen, «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydına kimi zaman senedin devredilmemesinin kararlaştırıldığı temel ilişkiye yönelik bir kayıtla beraber yer verirken (örneğin: «*teminat senedir, ciro edilemez*» gibi), kimi zaman ise bunu yapmaz ve sadece «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kaydını kullanır. Teminat senetlerinde genellikle birinci varsayım rastlanırken, tedavül gayesi olmayan hatır senetlerinde ise ikinci olasılıkla karşılaşılır.

Hâl böyle olunca görülmektedir ki, düzenleyenin senede «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydını yazmasındaki irade, kesinlikle senedi nama yazılı olarak düzenlemeye yönelik değildir. Burada yapılmak istenen, senedin devredilmeyeceği hususunda anlaşıldığını göstererek tedavülünü engellemek ve icabında senedin geri alınmasını kolaylaştırabilmektir. Dolayısıyla biz, düzenleyenin senede «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kaydını yazarken “şahsi defilerini sonraki hamillere karşı da ileri sürebilmeyi amaçladığı”³⁰ düşüncesinde değiliz. Kanaatimizce «ciro edilemez» ya da «cirosu yasaktır» ifadeleri bu şekilde yorumlanmaya müsait bulunmamaktadır. Şöyle ki:

a) Esasen yukarıda da açıkladığımız üzere «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kayıtları, böyle bir yoruma her şeyden önce lafız itibarıyla elvermemektedir. Zira anılan ibareler lafız bakımından “senedin yalnızca alacağın temlik yoluyla devredilebilmesinin arzulandığı” ya da “senedin nama yazılı olduğu” anlamını bünyesinde barındırmamaktadır ve alacağın temlik üzerinden şahsi defilerin ileri sürülebilmesi imkânı ile bağlantı kurulmasına olanak da vermemektedir. Söz konusu ifadelerden çıkarılabilecek ilk ve olağan anlam, kesinlikle bu değildir.

³⁰ Bu görüşte bkz. Teoman (n 3) 1218; Kendigelen (n 1) 154-155.

b) Emre yazılı kıymetli evrak –ilke olarak– ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devredilir (TK m. 647/1, 648/2). Buna göre ciro, emre yazılı senetlerin devri için yapılması gereken bir işlemdir (TK m. 647/2). Ancak düzenleyenin senede «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydını yazarken kast ettiği “ciro” ise “senedin devir şekline” yani “emre yazılı olup olmamasına” matuf değildir. Buradaki “ciro” sözcüğü, “*senedin devredilmesi için yapılacak olan somut ciro işlemine/işlemlerine*” yöneliktir. Yoksa kayıt konulurken, “*senedin devir usulünün, yani senedin devri için yapılması gereken işlemin değiştirilmesi (=senedin ciro değil de alacağın temlik yoluyla devredilebilir olması)*” amaçlanmamaktadır³¹. Dolayısıyla «ciro edilemez» ya da «cirosu yasaktır» kaydı, senede, “*emre yazılı olduğundan ilke olarak ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devredilebilecek olan bu senet üzerinde ‘ciro işlemi yapılmaması’, yani ‘senedin tedavül etmemesi’ için*” yazılmaktadır.

Şu durumda düzenleyen, «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydını senedi nama yazılı olarak düzenlemek için değil, tam tersine, “senet emre yazılı olduğu için” eklemektedir. Değişik bir söyleyişle, «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kaydının gerek lafız itibariyle sahip bulunduğu anlam, gerek kaydın senede yazılmasındaki irade, senedin “*ciro yerine alacağın temlik yoluyla devredilebilmesini öngörmeye*” yönelmemiştir. Buradaki irade, “*senedin (hiç) devredilmemesinin kararlaştırıldığını göstermeye ve (hiç) devredilmemesini sağlamaya*” yöneliktir. Yani bu kayıt senede, “*senedin ‘ciro yoluyla’ devredilmesini*” önlemeye matuf olarak konulmamaktadır. Bu bakımdan kaydın senede yazılması ile elde edilmek istenen netice de kesinlikle “*senedin alacağın temlik yoluyla serbestçe devredilebilmesi ve dolayısıyla senet üçüncü kişilere devredildiğinde düzenleyenin lehtara karşı sahip olduğu şahsi defileri senedi devralan üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilmesi*” değildir. Bilâkis, bu kayıt konulurken, açıkça, “*senedin hiç devredilmeyip lehtarın elinde tutulması*” istenmekte ve senedi söz konusu kayıtle teslim alan lehtar da düzenleyen ile aralarındaki temel ilişkiye uygun davranarak senedi devretmeyip elinde tutmayı kabul etmektedir.

Kısacası, bir kambiyo senedine «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» yazan düzenleyen, senedin yalnızca “ciro” işlemiyle değil, alacağın temlik yoluyla devredilmesine de razı gelmemektedir. O, senedin “*hiç devredilmemesini*” istemektedir ve «ciro edilemez» ya da «cirosu yasaktır» kaydını kullanırken bu neticeyi elde etmeyi amaçlamaktadır.

c) Eklemek isteriz ki, düzenleyenin senede yazdığı «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydının hukuki sonucunun ne olacağı belirlenirken, senede bu gibi bir kaydın “*ciranta*” tarafından yazılmasına yönelik olarak TK m. 685/2’de yer alan düzenlemeden yararlanılmasına veya anılan düzenleme ile bağlantı kurulmasına görüşümüzce ihtiyaç yoktur. Nitekim buraya kadarki açıklamalarımız da TK m.

³¹ Bir kez daha bkz. ve karşı. Saraç (Karahana/Arı/Bozgeyik/Ünal) (n 3) 209.

685/2'den faydalanılarak veya söz konusu hükümle bir ilişki kurularak yapılmış değildir. Buna karşın, TK m. 685/2 düzenlemesinin görüşümüzü ve vardığımız neticeleri değiştirir bir yönünün olmadığını da vurgulamak icap eder. Şöyle ki:

TK m. 685'in "(t)eminat işlevi" şeklindeki başlığından da açıkça anlaşılacağı üzere bu hüküm³², "cironun teminat işlevi" ve dolayısıyla "cirantanın sorumluluğu" ile ilgilidir. TK m. 685/1, cirantaya, cirosuna buna ilişkin bir kayıt yazarak, cirosunun teminat işlevini "tamamen" ortadan kaldırma imkânı verir. Cirosuna sorumsuzluk kaydı yazan bir ciranta, ilgili kambiyo senedindeki cirosu sebebiyle, senedi ciro ettiği kişi de dâhil, "hiç kimseye karşı" sorumlu olmaz. Yani senet ödenmezse, kendisine müracaat edilemez. Ciranta tarafından getirilecek bir "ciro yasağı" ise onun cirosunun teminat işlevini, "senet sonradan kendilerine ciro edilmiş olan kişilere karşı" ortadan kaldırır. Ancak cirosuna bu kaydı yazan ciranta, yaptığı ciro işlemi kapsamında, "senedi ciro ettiği kişiye karşı" sorumlu olmaya devam eder (TK m. 685/2).

Öyleyse TK m. 685, "temlik cirosunun teminat işlevinin ortadan kaldırılması" ile alakalı bir düzenlemedir³³. Buna göre ciranta cirosuna bir "sorumsuzluk kaydı" eklediğinde cirosunun teminat işlevi "herkese karşı" (TK m. 685/1), bir "ciro yasağı kaydı" eklediğinde ise "senet sonradan kendilerine ciro edilmiş olan kişilere karşı" (TK m. 685/2) bertaraf edilmiş olur³⁴. Bu yönüyle TK m. 685/2, cironun kayıtsız ve şartsız olması kuralının (TK m. 682/1) bir istisnasıdır³⁵. Zira TK m. 682/1'de cironun kayıtsız ve şartsız olmasının gerektiği, cironun bağlı tutulduğu her şartın yazılmamış sayılacağı hükme bağlanmakta iken, TK m. 685/2'de cirantanın, cirosuna, "senet sonradan kendilerine ciro edilmiş olan kişilere karşı sorumlu olmama" neticesini doğuran bir kayıt eklemesine müsaade edilmektedir.

Söz konusu ciro yasağı kaydı sebebiyle artık kaydı yazan cirantaya yalnızca senedi ciro ettiği kişinin başvurabileceği ve böyle bir başvuru hâlinde cirantanın bu kimseye karşı şahsi defilerini ileri sürebileceği kuşkusuzdur. Fakat kanaatimizce TK m. 685/1 (sorumsuzluk kaydı) ile TK m. 685/2 (ciro yasağı) arasındaki fark, "şahsi defilerin ileri sürülmesi" meselesinden kaynaklanmamaktadır³⁶. Zira cirantanın cirosuna

³² TK m. 685, tüm kambiyo senetlerine uygulanır [TK m. 778/1-(a), 818/1-(d)].

³³ Bkz. Karayalçın (n 3) 145; Öztan (n 3) 606; Oğuz İmregün, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2007) 76; Bilgili (n 3) 32-33.

³⁴ Nitekim bkz. cirantanın cirosunun teminat işlevini tahdit edebileceği gibi tamamen de ortadan kaldırılabileceğinden söz eden Kınacıoğlu (n 3) 149; yine bkz. TK m. 685/1'deki ([e]TK m. 597/1'deki) durumda (=sorumsuzluk kaydı) cironun teminat işlevinin "bertaraf edildiği", buna karşın TK m. 685/2'deki ([e]TK m. 597/2'deki) varsayımda (=ciro yasağı) ise "sınırlandırıldığı" yönünde Alışkan (n 3) 320, 324; ayrıca bu hususta genel olarak bkz. Alışkan (n 3) 319-329.

³⁵ Tekil (n 3) 59; Yılmaz (n 3) 143; Çeker (n 13) 506.

³⁶ Bu hususta bkz. İmregün (n 33) 68. Yazar konu hakkında aynen "[e]TTK. m. 597.1 inci fıkra ile 2.nci fıkra arasındaki fark, 1. inci fıkradaki hâlde, cirantanın poliçeden dolayı kimseye karşı sorumu söz konusu olmadığı hâlde, ikinci fıkrada, poliçeyi ciro ve teslim ettiği kişiye karşı sorumu olup, onun poliçeyi devir edeceği kişilere karşı sorumu olan[ayacağı değil, kanımca, o kişilere karşı da poliçeyi devir ettiği kişiye karşı haiz olduğu şahsi defileri dermeyer edebileceğidir. Zira, [e]TTK. m. 597.2'deki kayıtlı poliçeyi devralan kişi, bir üçüncü kişiye poliçeyi devretse ve hamil durumundaki bu kişi, muhata[p] poliçeyi kabul etmediği veya ödemediği cihetle gerekli protestoyu çekip rücu mekanizmasını işletse, poliçeyi kendisine devredene başvurup, poliçenin iadesi ile poliçe meblağını ve sair giderleri talep edebilir. Bu kişi de, poliçeyi kendisine [e]TTK. m. 597.2'deki yasakla devretmiş kişiye rücu edebilir. O hâlde [e]TTK. m. 597.2[']deki yasağı koyan kişinin bu yasağı koymakta yararı, ancak bu poliçe ile kendisine rücu edebilecek tek bir kişi (kendisinin poliçeyi

eklediği ciro yasağı kaydının “şahsi defilerin ileri sürülebileceği kişilerin çevresini genişletmek” şeklinde bir amacı olmadığı gibi, böyle bir sonucu da yoktur. Cirantanın cirosuna ciro yasağı kaydı yazmasındaki amaç ve söz konusu kaydın meydana getireceği hukuki netice, cirantanın sorumluluğunun çerçevesinin kişi yönünden daraltılmasıdır³⁷. Bu kayıt sayesinde ciranta sadece senedi ciro ettiği kimseye karşı sorumlu olacağından, cironun teminat işlevi ve dolayısıyla cirantanın sorumluluğu kişi bakımından “senedin ciro edildiği kimse” ile sınırlandırılmış olacaktır³⁸.

Şu durumda görülmektedir ki, cirantanın cirosuna eklediği ciro yasağının, “şahsi defilerin ileri sürülebileceği kişilerin çevresini genişletmek” veya “bu defilerin senedi sonradan devralan kişilere karşı da ileri sürülebilmesini sağlamak” şeklinde bir neticesi bulunmamaktadır. Bu bakımdan TK m. 685/1 ile TK m. 685/2 arasındaki farklılık da “şahsi defiler” ile ilgili değildir. Esasen ciranta, cirosuna ciro yasağı kaydı eklesin veya eklemesin, şahsi defilerini, senedi devrettiği kimseye karşı zaten ileri sürebilecektir. Dolayısıyla cirantanın cirosuna yazdığı ciro yasağı kaydı şahsi defileri senet sonradan kendilerine ciro edilmiş kimselere karşı da ileri sürülebilir hâle getirmemekte, bundan da öte, anılan kimselere karşı olan sorumluluğu tamamen ortadan kaldırmaktadır (TK m. 685/2).

Açıklamaya çalıştığımız nedenlerle biz, cirantanın cirosuna «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydını yazabilmesinin (TK m. 685/2) gerekçesinin, “*nama yazılı senetlerin devrinde devredenin defiler yönünden haiz olduğu imkânı kendisine tanımak*” olduğu görüşünde³⁹ değiliz. Hâl böyle olunca, aynı kaydın senede düzenleyen tarafından yazılmasının hukuki neticesinin de bu kabul üzerinden belirlenemeyeceğini düşünürüz⁴⁰.

4. Diğer taraftan dikkat çekilmesi kaçınılmazdır ki, «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kayıtları birer menfi emre kaydı niteliğinde olmadığından, «emre» kaydını içermeyen bir kambiyo senedine düzenleyen tarafından bu kayıtlardan birinin eklenmesi hâlinde anılan senet nama yazılı olarak düzenlenmiş olmaz. Örneğin senet metni “*İşbu bono mukabilinde (A) 'ya 150.000-TL ödeyeceğim. Ciro edilemez.*” şeklinde olan bir bono, kanaatimizce «nama» değil, «emre» yazılıdır.

ciro ve temlik ettiği kişi) bırakmak ve onun olası rücuunda ona karşı kişisel defilerini kullanabilmektir.” açıklamalarını yapmaktadır [İmregün (n 33) 68].

³⁷ Nitekim bkz. konu ile ilgili olarak aynen “*Böyle bir şart vazolunmuşsa, ciranta kendi cirosundan sonra icra edilecek ciro sahiplerine karşı mesul olmak istemediğini beyan etmiş olur. Lâkin kendi cirantasına yani senedi devrettiği şahsa karşı mesuliyeti bakidir. Esasen memnuiyet de bu şahsa müteveccihdir. Memnuiyet hilâfına senedi memnuiyeti koyan şahsın cirantasından iktisap eden kimse memnuiyeti vazeden cirantaya rücu edemez.*” açıklamalarını yapan Arslanlı (n 3) 111.

³⁸ Meier-Hayoz/von der Crone (n 15) 154. *Domaniç* bu durumu aynen “... Şayet, devir yasağına rağmen senet üçüncü şahıslara intikal etmişse, ciranta bunlara karşı sorumlu değildir. Başka bir ifade ile bu hâlde ciro kısmen teminat kudretin[e] sahiptir, kısmen değildir.” ifadeleriyle izah etmektedir [Domaniç (n 18) 135].

³⁹ Bu görüşte bkz. İmregün (n 33) 68 ve Kendigelen (n 1) 154.

⁴⁰ Bir kez daha bkz. ve karşı. Kendigelen (n 1) 154-155.

Öte yandan «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kayıtlarının kambiyo senedinde «emre» kaydı ile birlikte kullanılması durumunda ise artık söz konusu senedin nama yazılı bir senet olarak kabul edilemeyeceği tartışmasız olsa gerektir. Bu varsayıma özel olarak işaret etmemizin sebebi ise şudur:

Türk uygulamasında en sık kullanılan kambiyo senetleri bono ve çek tir. Ülkemizde bono, genellikle, belirli kısımları boş bırakılarak önceden matbu biçimde hazırlanmış olarak satılan senetlerdeki boşlukların doldurulması suretiyle düzenlenmektedir. Dolayısıyla bononun düzenleyen tarafından el yazısı veya bilgisayar ile baştan sona bizzat kaleme alınması hâline pek rastlanmamaktadır. Çek düzenlenirken ise, bankalarca bastırılan çek defterlerindeki (ÇekK m. 2/5) matbu çek yaprakları kullanılmaktadır.

Kambiyo senetleri ayrıca «emre» kaydını taşımaları dahi zaten kanunen emre yazılı olmalarına karşın gerek matbu bonolarda, gerek bankalarca bastırılan (hamiline olmayan) çek yapraklarında «emrühavalesine» veya «emre» kaydı da senet metninde açıkça yer almaktadır. İşte «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydı, senede, senedin bu matbu şekli olduğu gibi muhafaza edilerek, yani «emrühavalesine» veya «emre» ibaresi ile birlikte bulunacak şekilde eklendiğinde ise ortaya, senet metni örneğin “*İşbu bono mukabilinde sayın (A) veya emrühavalesine 150.000-TL ödeyeceğim. Giro edilemez.*” gibi olan bir bono yahut “*İşbu çek karşılığında sayın (A) emrine 150.000-TL ödeyiniz. Giro edilemez.*” biçiminde olan bir çek çıkmaktadır.

Dikkat edilirse bu varsayımlarda düzenleyenin üzerine «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» ibarelerini yazdığı senet, kanunen emre yazılı olması şöyle dursun, metninde açıkça «emre» kaydını barındıran bir senettir. «Ciro edilemez» ya da «cirosu yasaktır» kayıtları, kanunen emre yazılı olan ve metninde de açık bir «emre» kaydı taşıyan böyle bir senedin nama yazılı düzenlenmiş olması neticesini veremez. Anılan senetlerin emre yazılı oldukları hususunda en küçük bir tereddüt duyulmamalıdır⁴¹.

Öyleyse «ciro edilemez» ya da «cirosu yasaktır» kayıtlarını «emre» kaydı ile birlikte içerecek şekilde düzenlenen kambiyo senetleri, kanunen emre yazılı olmalarından da öte, açıkça «emre» kaydını içerdikleri için emre yazılıdır. «Emre» kaydı kullanılmaksızın veya içerdiği matbu «emre» kaydının üzeri çizilip «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» ibareleri eklenerek düzenlenen kambiyo senetleri ise, anılan ibareler birer menfi emre kaydı niteliğinde olmadıkları için (kanunen) emre yazılıdır.

⁴¹ Nitekim düzenleyenin kambiyo senedine eklediği «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kayıtlarını birer menfi emre kaydı olarak nitelendiren yazarlardan *Alışkan* da konu hakkında aynen “*Şu hâlde, keşideci veya tanzim eden, kambiyo senedinin ciroyla devri olanağını ortadan kaldırmak istediğinde senedi, emre kaydını içermeyen belirli bir kişi ismine (lehtar) keşide etmek veya düzenlemekten başka, ciroyu yasaklayan bir kaydı da senet metnine açıkça koymak zorundadır. Giro yasağı kaydı, «ciro edilemez», «ciro yasaktır», «emre yazılı değildir»[.] «namadır» gibi bir ibareden oluşur.*” açıklamalarını [bkz. *Alışkan* (n 3) 119-121] yapmaktadır.

5. Ekleyelim ki, «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kayıtlarının uygulamada nasıl kullanıldıklarına bakıldığında, düzenleyenin senede bu kayıtları senedi nama yazma iradesiyle ekmediği de aslında net biçimde görülmektedir. Örneklerle somutlaştıracak olursak:

Yukarıda değindiğimiz Yargıtay kararlarına⁴² konu olaylarda Yüksek Mahkemece menfi emre kaydı olarak nitelendirilen, «*Teminat senedir. Ciro edilemez.*», «3. şahıslara ciro edilemez», «çek cirosu kabil değildir sadece K. A. E. Sist. Ltd. Şti. ne geçerlidir.», «bu senet tahsil cirosu ile bankalara ibrazı hariç olmak üzere 3. şahıslara ciro edilemez», «işbu çek teminat çeki olup, cirolanamaz ve icra takibine konu edilemez», «teminat çekidir. 3. şahıslarda kullanılamaz.» ve «İşbu senet T. D. T. A.Ş. tarafından kendi işleri için üçüncü şahıslara ciro ve teminat olarak verilemez. Bu senedin verilmiş sebebi 2000 yılı ikinci dönemi Röyolty noksanlığının ikmali içindir.» şeklindeki ibarelerin –ve hiç kuşkusuz, senede düzenleyen tarafından yazılan aynı anlamdaki diğer kayıtların– tamamı oldukça belirgin bir biçimde “*senedin devredilmesini (tedavülünü) önlemeye ve düzenleyen ile lehtar arasındaki, senedin devredilmeyeceğine ilişkin anlaşmayı göstermeye*” matuftur. Görüşümüzce anılan kayıtların hiçbirinin altında “senedi nama yazılı olarak düzenleme” yahut “şahsi defilerin ileri sürülebileceği kişilerin çevresini genişletme” iradesi yatmamaktadır.

6. Düzenleyen tarafından senede yazılan «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» ibarelerinin birer menfi emre kaydı olmadığını ve uygulamada da bu kayıtların senede (“*her zaman*” olmasa da en azından “*çoğu zaman*”) senedi nama yazma iradesiyle eklenmediğini böylece saptadıktan sonra, anılan kayıtların senede konulmasının hukuki neticesinin ne olduğunu açıklamak icap eder.

a) Öncelikle şunu belirtmek gerekir: Senedin devredilmesini önlemeye ve düzenleyen ile lehtar arasında bu yönde anlaşıldığını belli etmeye yönelik olan «ciro edilemez» ve «cirosu yasaktır» kayıtları kambiyo senedini geçersiz hâle getirmez; senedin tedavül yeteneğini ortadan kaldırmaz; senedi kıymetli evrak olmaktan çıkarmaz⁴³. Yani söz konusu kayıtlar temelde “tedavülü engellemeye” matuf

⁴² Bkz. “*III. Yargıtay Uygulaması*” başlığı.

⁴³ Yukarıda (bkz. “*III. Yargıtay Uygulaması*” başlığı) işaret ettiklerimize ek olarak, «ciro edilemez» kaydının senedin kambiyo senedi niteliğini etkilemeyeceği yönünde ayrıca bkz. Yargıtay 12. HD’nin 27.01.1983 tarih ve 10079/378 [Kaçak, Bono (n 15) 215], 17.02.1983 tarih ve 147/1134 [Kaçak, Bono (n 15) 68], 27.03.1984 tarih ve 292/3634 [Kaçak, Bono (n 15) 68] ile 24.05.2007 tarih ve 7949/10754 [Eriş (n 3) 337] sayılı kararları ve Yargıtay 11. HD’nin 25.04.1989 tarih ve 5961/2595 sayılı kararı [Kaçak, Bono (n 15) 75].

Ekleyelim ki, öğretide *Karayalçın*, bir dönem, «ciro edilemez» kaydını taşıyan bir bononun kıymetli evrak niteliğini yitirerek adı soyut bir borç senedi hâline alacağı görüşünü savunmuşsa da, daha sonra bu görüşünü değiştirerek anılan kaydı içeren bir senedin nama yazılı olarak düzenlenmiş olacağı fikrini benimsemiştir [bu hususta bkz. *Karayalçın* (n 3) 26 ve 26-27, dpn. 50]. Konu hakkında ayrıca bkz. *Alışkan* (n 3) 121-122, dpn. 88 ve *Kinacıoğlu* (n 3) 36-37. Yargıtay 12. HD’nin 25.04.1977 tarih ve 3157/4114 sayılı kararında yer alan muhalefet şerhinde de [bkz. *Kaçak, Bono* (n 15) 216-217; *Kaçak, PBC* (n 15) 244-245], senet metninde yazılı olan «ciro edilemez» kaydının senedin bono vasfını yitirip adı senet hükmünde olmasına yol açacağı görüşü dile getirilmiştir. Bu yaklaşım, Yargıtay 11. HD’nin 30.03.1973 tarih ve 950/1415 sayılı kararında da “*Dava [k]onusu bono (iş bu senet ciro edilemez) kayıt ve açıklama[sını] kapsadığından, [bu kayıt] senedin el değiştirme yeteneğini tamamen ortadan kaldırdığından [e]T.T.K. nun 688/2. maddesine göre adi senet hükmindedir.*” ifadeleriyle benimsenmiştir [bkz. *Öğütçü/Altın* (n 3) 60; ayrıca bkz. *Alışkan* (n 3) 121-122, dpn. 88].

olmalarına rağmen bu sonucu doğuramaz ve senedin devredilmesini önleyemez. Böylesi kayıtlar taşıyan kambiyo senetleri emre yazılıdır.

b) Diğer taraftan düzenleyenin senede yazdığı «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» ibaresi “*sorumluluk*”tan ziyade “*senedin devredilmesi/tedavülü*” ile ilgili olduğu için, kanaatimizce bir “ödenmemeden sorumsuzluk kaydı” [TK 687, 778/2-(e), 818/1-(c)] niteliğinde de değildir. Dolayısıyla, anılan kayıtların “*senede yazılmamış sayılması*” söz konusu olmaz⁴⁴. Bu kayıtlar, düzenleyen ve lehtar arasındaki temel ilişki bakımından hukuki sonuç doğurur. Şöyle ki:

Düzenleyen «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kayıtlarını kambiyo senedine senedin devredilmeyip lehtarın elinde tutulacağı hususunda anlaşıldığını göstermeye ve –hemen yukarıda belirttiğimiz üzere bu neticeyi doğuramamakla beraber– senedin tedavülünü önlemeye matuf olarak yazdığına ve lehtar da senedi bu kayıtla birlikte kabul ettiğine göre, o (=lehtar), düzenleyene, senedi üçüncü kişilere devretmeyeceğini (tedavüle çıkarmayacağını) taahhüt etmiş durumdadır. Eğer lehtar düzenleyen ile aralarındaki anlaşmaya aykırı olarak senedi üçüncü kişilere devreder (tedavüle çıkarır) ve düzenleyen de bu nedenle bir zarara uğrarsa, lehtardan söz konusu zararın tazmin etmesini isteyebilir.

Örneğin lehtar «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydını taşıyan bir teminat senedini tedavüle çıkarır ve düzenleyen de lehtar ile arasındaki temel ilişkiye teminatın çözülme şartları gerçekleşmemesine rağmen senedi üçüncü kişiye ödemek zorunda kalırsa, bu sebeple uğradığı zararın lehtar tarafından tazmin edilmesini talep edebilir. Benzer şekilde, tedavül gayesi olmayan bir hatır senedi de üzerindeki «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kaydına rağmen tedavüle çıkarılır ve düzenleyen bu senedi üçüncü kişiye ödemek mecburiyetinde kalırsa, yine lehtardan zararının tazminini talep edebilir. Bu bakımdan düzenleyenin kambiyo senedine «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kayıtlarını yazması, ona, lehtar ile arasındaki “senedin devredilmeyeceğine” ilişkin anlaşmayı HMK m. 200-201 anlamında “senetle” ispat edebilme imkânı sağlar. Ancak şu iki hususu unutmamak icap eder:

Birincisi, düzenleyenin lehtardan hemen yukarıda işaret ettiğimiz biçimde tazminat isteyebilmesi için, senedin taraflar arasındaki anlaşmaya aykırı olarak tedavüle çıkarılmış bulunması tek başına yeterli değildir. Buna ek olarak, düzenleyenin, senedi, “lehtar ile arasındaki temel ilişki uyarınca aslında ödemesi gerekmemesine rağmen üçüncü kişiye ödemek zorunda kalması” da gerekir. Örneklerimiz üzerinden ilerlersek, lehtarın anlaşmaya aykırı biçimde tedavüle çıkardığı bir hatır senedinin üçüncü kişiye ödenmesi mecburiyetinde kalınması veya yine anlaşmaya aykırı olarak tedavüle çıkarılan bir teminat senedinin, teminatın çözülme şartları gerçekleşmemesine karşın üçüncü kişiye ödenmesi gibi hâllerde durum böyledir.

⁴⁴ Bu açıdan tekrar bkz. ve karşı. Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan) (n 11) 279.

İkincisi, «ciro edilemez» ya da «cirosu yasaktır» kayıtları, senedin düzenlenip lehtara teslimine sebep oluşturan temel ilişkinin ne olduğunu göstermez. Söz konusu kayıtlar tek başlarına yalnızca “senedin tedavüle çıkarılmayacağına ilişkin anlaşmayı” ispatlar. Dolayısıyla düzenleyen, lehtar ile arasındaki temel ilişkinin ne olduğunu [örneğin, üzerinde sadece «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kaydını taşıyan kambiyo senedinin bir teminat yahut hatır senedi olduğunu] ve anlaşmaya aykırı olarak tedavüle çıkarılan senedi bu temel ilişki çerçevesinde aslında ödememesi gerekmesine rağmen üçüncü kişiye ödemek zorunda kaldığını “ayrıca” –ve kural olarak “senetle” (HMK m. 200-201)– kanıtlamalıdır.

c) Nihayet belirtelim ki, düzenleyenin kambiyo senedine eklediği «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kayıtları senedi lehtardan ve/veya lehtarı takiben diğer bir yetkili hamilden edinen üçüncü kişileri bağlamaz. Bu kayıtlar, düzenleyene, lehtara karşı sahip olduğu şahsi defileri söz konusu üçüncü kişilere karşı da ileri sürme imkânı vermez; üçüncü kişilerin şahsi defiler karşısındaki durumunu değiştirmez⁴⁵.

Benzer şekilde, düzenleyenin «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kaydını eklediği bir senedi edinen üçüncü kişiler, sırf bu kaydı taşıyan bir senedi edinmiş olmaları sebebiyle iktisaplarında “kötüniyetli” sayılamaz. Yine, yalnızca senedin «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydını taşımasından yola çıkılarak bu senedi edinen üçüncü kişilerin bilerek borçlunun zararına hareket ettikleri de (TK m. 687/1) söylenemez. Lehtarın düzenleyen ile arasındaki anlaşmaya aykırı davranarak senedi tedavüle çıkarması, senedi lehtardan veya ondan sonraki yetkili hamillerden edinen üçüncü kişilerin bilerek borçlunun zararına hareket ettikleri neticesine varılabilmeleri bakımından tek başına kesinlikle yeterli değildir. Zira bilerek borçlunun zararına hareketten söz edilebilmesi için “şahsi definin⁴⁶ varlığının bilinmesi” kâfi gelmez; ayrıca “borçlunun zararına hareket” de aranır⁴⁷.

d) Tüm bu açıklamalarımız çerçevesinde, düzenleyen tarafından kambiyo senedine konulan «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kayıtlarının, öğretide “kambiyo senedine alınmış olmalarına rağmen senedin sıhhatini etkilemeyen, ancak

⁴⁵ Kambiyo senetlerinde üçüncü kişilere şahsi defiler karşısında sağlanan koruma ve bu korumanın ortadan kalktığı, yani şahsi defilerin üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebildiği hâller hakkında genel bilgi için bkz. Sönmez (n 28) 98-116.

⁴⁶ İncelediğimiz varsayımda bu şahsi defi, düzenleyen ile lehtar arasında yapılan ve «ciro edilemez» ya da «cirosu yasaktır» kaydı vasıtasıyla kambiyo senedi üzerinde de gösterilen, “senedin devredilmeyeceğine (tedavüle çıkarılmayacağına) ilişkin anlaşmaya aykırı hareket edilmiş olması”dır.

⁴⁷ Bu hususta bkz. Sönmez (n 28) 138. Öğretide Poroy/Tekinalp tarafından Yargıtay’ın 1968 tarihli bir kararına da atıf yapılarak verilen, aynen “Hamilin ‘bilerek borçlunun zararına hareket etmesi’ demek, hamilin, yani borçlunun, kambiyo alacağını talep eden kişinin, kendisine senedi devreden kişi senedi borçluya ibraz etseydi, borçlunun ona kişisel defi ileri sürceğini bile bile, eski hamili korumak amacıyla, başka bir ifadeyle borçlunun defilerine engel olmak, onu bu bakımdan zarara uğratmak kastı[yla] hareket etmesi demektir.” şeklindeki bilerek borçlunun zararına hareket tanımı [bkz. Poroy/Tekinalp (n 18) 109 ve orada dñn. 42’de anılan Yargıtay İİD’nin 13.12.1968 11633/11809 sayılı kararı], bu gerekliliği açıkça ortaya koymaktadır. Bilerek borçlunun zararına hareket kavramı hakkında güncel yargı kararlarını, öğretideki fikirleri ve Cenevre Anlaşması tutanaklarında dile getirilen delege görüşlerini toplu olarak yansıtan açıklamalar için ayrıca bkz. Sönmez (n 28) 126-139.

ilgililer açısından kambiyo hukuku yönünden bağlayıcı olmayan kayıtlar⁴⁸” olarak tanımlanan “etkisiz kayıtlar” [örneğin değer (valuta) kaydı, teminat kaydı, karşılık kaydı, provizyon ve ihbar kaydı gibi⁴⁹] arasında yer aldığı söylenebilir.

Sonuç

Öğretideki hâkim görüşün ve ona paralel olan yerleşik Yargıtay uygulamasının aksine, kambiyo senedine düzenleyen tarafından konulan «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kayıtları birer menfi emre kaydı niteliğinde değildir. Zira ilgili kayıtların kelime anlamları yönünden menfi emre kaydı olarak kabul edilmeleri mümkün bulunmadığı gibi, esasen düzenleyen, senede bu kayıtları nama yazılı bir kambiyo senedi düzenlemek iradesiyle de yazmamaktadır. Hâl böyle olunca, söz konusu kayıtlar kullanıldığında nama yazılı bir kambiyo senedi düzenlenmiş olmaz; ilgili kambiyo senedi yine emre yazılıdır.

Düzenleyenin kambiyo senedine «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kayıtlarını eklemesindeki amaç, lehtar ile senedin devredilmeyip lehtarın elinde tutulacağı hususunda anlaşıldığını göstermek ve senedin tedavülünü engellemektir. Bu bakımdan «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kayıtlarının senede konulmalarının altında, düzenleyen ve lehtar arasındaki temel ilişki yatar. Senede anılan kayıtları ekleyen düzenleyen, hem üçüncü kişilere senedin devredilmeyeceğinin (tedavüle çıkarılmayacağı) kararlaştırıldığını göstererek senedin tedavülüne mani olmak, hem de eğer lehtar zamanı geldiğinde senedi iade etmekten kaçınırsa senedin geri alınmasını kolaylaştırmak istemektedir.

«Ciro edilemez» ve «cirosu yasaktır» kayıtları kambiyo senedinin geçersizliğine yol açmaz. Esas itibariyle senede “tedavülü önleme” maksadıyla yazılmalarına rağmen, senedin tedavül yeteneğini de ortadan kaldırmaz. Ancak bu kayıtlar, düzenleyen ve lehtar arasındaki temel ilişki bakımından hukuki sonuç doğurur. Senedi «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydıyla birlikte kabul eden lehtar, senedi üçüncü kişilere devretmeyeceğini (tedavüle çıkarmayacağını) taahhüt etmiş olur. Lehtar söz konusu anlaşmaya aykırı olarak senedi üçüncü kişilere devreder (tedavüle çıkarır) ve düzenleyen de bu nedenle bir zarara uğrarsa, lehtardan zararı tazmin etmesini isteyebilir.

Buna karşın düzenleyenin kambiyo senedine eklediği «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kayıtları üçüncü kişileri bağlamaz. Bu kayıtlar düzenleyene, lehtara karşı sahip olduğu şahsi defileri senedi sonradan edinen üçüncü kişilere karşı da ileri sürme imkânı vermez ve üçüncü kişilerin şahsi defiler karşısındaki durumunu değiştirmez. Üçüncü kişiler, sırf senedi «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydını taşıy

⁴⁸ Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan) (n 11) 279.

⁴⁹ Bu örnekler hakkında bkz. Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan) (n 11) 279 vd.

hâlde edinmiş olmalarından ötürü iktisaplarında “kötüniyetli” sayılmayacakları gibi, yalnızca bu gerekçeden yola çıkılarak onların bilerek borçlunun zararına hareket ettikleri de söylenemez.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kısaltmalar

Art.	: Artikel
b.a.	: eserin bütününe atıf
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
ÇekK	: 5941 sayılı Çek Kanunu
dpn.	: dpn.
Ed.	: Editör
eTK / [e]TTK	: 6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİD	: İcra İflas Dairesi
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
karş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
No:	: numara
s.	: sayfa
S.	: sayı
TK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl

Kaynakça/References

- Alışkan M, *Kambiyo Senetlerinde Temlik Ciro* (1998)
- Arslan Ç, Kayañçiek M, *5941 Sayılı Çek Kanunu Şerhi* (2010)
- Arslanlı H, *Ticari Senetler Dersleri* (3. Bası 1954)
- Baumbach A, Hefermehl W, *Wechselgesetz und Scheckgesetz* (18. neubearbeitete und erweiterte Auflage 1993)
- Bilgili F, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Bonoda ‘Ciro Edilemez’ Kaydına İlişkin 2007/202 No’lu Kararı Üzerine Bir Değerlendirme” (2008) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S. 78, 29-36
- Bozer A, Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Bası 2018)
- Çeker M, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku* (8. Bası 2014)
- Domanıç H, *TTK Şerhi IV - Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması* (1990)
- Eriş G, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak Poliçe - Bono - Çek - Makbuz Senedi - Varant* (Güncellenmiş 2. Bası 2016)
- Göle C, *Çek Hukuku* (1989)
- Hacıömeroğlu A O, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Kıymetli Evrak Hukukunda Ciro* (2017)
- İmregün O, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2007)
- İnan N, *Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları* (1969)
- Kaçak N, *Açıklamalı - İctihatlı Tüm Yönleriyle Bono - Poliçe - Çek* (2006) (PBC)
- Kaçak N, *İctihatlarla Bono* (2001) (Bono)
- Karahan S, Arı Z, Bozgeyik H, Saraç T, Ünal M, *Kıymetli Evrak Hukuku* (3. Bası 2015)
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku III Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)* (4. Bası 1970)
- Kayar İ, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku* (Güncellenmiş 5. Bası 2018)
- Kendigelen A, *Çek Hukuku* (1. Bası 2004)
- Kendigelen A, *Çek Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Bası 2007)
- Kınacıoğlu N, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5. Bası 1999)
- Kocaimamoğlu S, *Ticari Senetler Tatbikatı ve Banka Muameleleri* (1959)
- Meier-Hayoz A, von der Crone H C, *Wertpapierrecht* (2. überarbeitete Auflage 2000)
- Memişoğlu S Ö, “5941 Sayılı Çek Kanunu Açısından Karşılıksız Çek” (2010) *Yargı Dünyası*, S. 176, 19-54
- Öğütçü A T, Altın M, *Ticari Senetler (Poliçe, Bono, Çek) ve Özel Takip Yolları* (1979)
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası 1997)
- Poroy R, Tekinalp Ü, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (Gözden Geçirilmiş ve Yeniden Yazılmış 22. Bası 2018)
- Pulaşlı H, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası 2012)
- Pulaşlı H, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası 2019)
- Reisoğlu S, *Çek Hukuku* (2011)
- Sönmez N S, *Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler* (2019)
- Şahin C, “Bir Kambiyo Senedi Olarak Çek ve Yargı Kararları Işığında Çekin Unsurları” (2012) *Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, 23-101

Şimşek E, *Hukukta ve Cezada Ticari Senetler* (2. Bası 1982)

Tekil F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası 1994)

Teoman Ö, *Yaşayan Ticaret Hukuku Hukuki Mütalâalar Cilt I: 1982-1991* (2. Yeniden ve Aynen Dizilmiş Bası 2011)

Ülgen H, Helvacı M, Kaya A, Nomer Ertan N F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 11. Bası 2019)

Wiedmer K, *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht - Art. 552-1186* (Kostkiewicz J K, Nobel P, Schwander I, Wolf S Ed., 2. Auflage 2009)

Yaman R, “Çekin Cirosu ve Hukuki Sonuçları” (2013) *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 85, 70-81

Yılmaz L, “Cirosu Yasaklanmış Çek” (1993) *Facultatis Decima Anniversaria 10. Yıl Armağanı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Marmara Üniversitesi Yayın No: 543, Hukuk Fakültesi Yayın No: 6, 131-144.

Çevrimiçi Kaynaklar

<<https://www.lexpera.com.tr>> erişim tarihi 5 Mayıs 2019



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 31.05.2019
Revizyon Talebi: 14.06.2019
Son Revizyon Tarihi: 02.07.2019
Kabul: 03.07.2019

Borcun İfasının, Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Bir Olgunun Gerçekleşmesinden İtibaren Belirli Bir Sürenin Geçmesiyle Muaccel Olacağına Kararlaştırıldığı Hallerde Borçlunun Temerrüde Düşmesi İçin İhtar Şart Mıdır? (Vadenin Sonradan Belirli Hale Gelebilirliği Üzerine)

Kürşad Yağcı

Öz

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 117.maddesinin ikinci fıkrasına göre, borcun ifa edileceği gün taraflarca birlikte belirlenmişse, bugünün geçmesiyle borçlu temerrüde düşmüş olur. Bununla birlikte, bazen, borcun, gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir olgunun gerçekleşmesinden itibaren belirli bir sürenin geçmesi üzerine muaccel olacağı kararlaştırılmış olabilir. Örneğin malın tesliminden itibaren on gün içinde ödeme yapılacağına kararlaştırılması. Öğretimde savunulan klasik görüşe göre, belirli vadeden söz edebilmek için, ifa zamanının sözleşmenin kurulduğu anda kesin olarak belirli bir tarih veya takvim günü olarak hesaplanabilir bir şekilde kararlaştırılmış olması gerekir. Aksi halde borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının borçluya yönelik bir temerrüt ihtarında bulunması gerekir. Buna karşılık öğretimde savunulan diğer bir görüşe göre, ifa zamanının sözleşme kurulduktan sonra ve ifa zamanı gelmeden önceki bir tarihte de belirli veya kesin olarak hesaplanabilir hale geldiği hallerde, vade sonradan belirli hale gelmektedir ve bu sebeptendir ki temerrüt ihtarı gerekmez. Yargıtay'ın ise farklı somut olaylara ilişkin ilişkili kararları çelişkili olmakla birlikte, içtihatlarının çoğunluğunun, klasik görüş doğrultusunda olduğu gözlemlenmektedir. Öte yandan, sözleşmede kararlaştırılan gelecekte gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmemiş olması halinde, ifa süresinin nasıl hesaplanması gerektiği ve bu hallerde temerrüt ihtarına gerek olup olmadığı, değerlendirilmesi gereken diğer bir hukuki problemidir. Bu çalışmada, öğretimdeki görüşler ve Yargıtay uygulaması çerçevesinde konu ele alınmakta ve konuya ilişkin kanaatlerimiz ifade edilmektedir.

Anahtar Kelimeler

İfa zamanı • Vade • Belirli vade • Sonradan belirli hale gelen vade • Muacceliyetin koşula bağlanması • İfa zamanının koşula bağlanması • Temerrüt • Temerrüt ihtarı gerekmeyen haller

Is It Necessary to Give Notice to the Debtor for Default, In Cases Where Parties Agreed that the Performance of the Obligation Shall Be Due by the End of a Certain Period after the Realization of an Event? (About Becoming Definite of Due Date after the Conclusion of the Contract)

Abstract

According to the second paragraph of Article 117/II of the Turkish Code of Obligations (TCO), where a date for performance of the obligation has been set by an agreement, the obligor is automatically in default as of this date. However, the parties

* Sorumlu Yazar: Kürşad Yağcı (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: k.yagci@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-9951-7215

Atf: Yağcı K, "Borcun İfasının, Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Bir Olgunun Gerçekleşmesinden İtibaren Belirli Bir Sürenin Geçmesiyle Muaccel Olacağına Kararlaştırıldığı Hallerde Borçlunun Temerrüde Düşmesi İçin İhtar Şart Mıdır? (Vadenin Sonradan Belirli Hale Gelebilirliği Üzerine)" (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 267

<https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0011>

sometimes may have agreed that the obligation will be due upon a definite period of time after occurrence of an event that is expected in the future. According to the classical view in doctrine, in order to be able to accept a definite maturity (*tempus certum*), in the contract, the due date must be determined as a fixed date or a date which is precisely foreseeable as a calendar day at the time of the conclusion of the contract. Otherwise, in order for the debtor to fall into default, the creditor must give notice for performance. However, according to the second view in the doctrine, if the due date becomes definite or definable at a date after the conclusion of the contract and before the time of performance, then the maturity of the debt also becomes definite and therefore no notice for performance is required. This is the case, for example, if the contract states, when payment is to be made within ten days of the delivery of the goods. The Turkish Court of Cassation gives contradictory decisions, but often its decisions are grounded in the classical view. On the other hand, if the expected future event in the contract is not realized, it is necessary to evaluate how the due date will be calculated and whether a notice for performance is required.

Keywords

Time of performance • Maturity • Definite maturity • Due date • Due date bound by condition • Performance time bound by condition • Default • Cases where no notice for performance is required

Extended Summary

According to the second paragraph of Article 117 of the Turkish Code of Obligations (TCO), where a date for performance of the obligation has been set by an agreement, the obligor is automatically in default as of this date. Accordingly, if the performance day of the contract is determined as a calendar day (eg 1 June 2019, the first day of the Feast of Sacrifice), there is a definite maturity (*tempus certum*). At this agreed date in the contract, the obligation falls due and upon the expiry of this date, the debtor will be in default without the need of a default notice.

However, in some cases, parties may agree that the obligation shall be due by the lapse of a certain time which will run after the occurrence of a future event. This is the case, for example, when the contract states that the payment is to be made within ten days after the delivery of the goods. If the due date is attributed to an event that is expected to occur in the future, it is certain that the obligation of the debtor shall take effect at the moment of the conclusion of the contract. However, this obligation is to be fulfilled upon the occurrence of a future event. In these cases, it is controversial whether or not it is necessary to give notice for performance to the debtor in order to put him in default.

According to the classical view in doctrine, in order to be able to accept a definite maturity (*tempus certum*), in the contract, the due date must be determined as a fixed date or a date which is precisely foreseeable as a calendar day at the time of the conclusion of the contract. Otherwise, in order for the debtor to fall into default, the creditor must give notice for performance.

We share, however, the second view in the doctrine which suggests that, in order to accept definite maturity, the due date does not necessarily have to be a fixed date or a date which is precisely foreseeable at the moment of the conclusion of the

contract. If the due date becomes definite or definable at a date after the conclusion of the contract and before the time of performance, then the maturity of the debt also becomes definite and therefore no notice for performance is required. However, in the case that the expected event occurs but the debtor is not aware thereof, it is not accepted that debtor will automatically fall into default upon occurrence of the event.

If the parties decide on such a time of performance with the idea that the obligation can be fulfilled on the same day that the event occurs or shortly thereafter, the parties' wills in this matter should be valued. It is clear, in our opinion, that in this case the parties did not act with the will to make a transaction without any fixed term or a transaction with indefinite maturity (eg the debt will be executed at harvest time); on the contrary, they have agreed on a determinable time for performance. Therefore, it is necessary to accept that, in principle, the default will occur on the date of the event as long as the debtor knows that the event has occurred and the obligation can be fulfilled even in such a short time.

The position of the Turkish Court of Cassation on this topic is rather inconsistent. However, it could be said that the majority of its decisions are grounded in the classical view.

On the other hand, if the expected event does not occur, the period agreed in the contract shall never begin and the duration of the contract is incalculable. For this reason, it is difficult in these cases to assume that the maturity is definite.

In the event that the nonoccurrence of the expected event is not attributable to the debtor, in our opinion, as a rule, the expected event should be deemed to have occurred at the time that it should have occurred according to the good faith principle. Therefore, it should be concluded that there is no need for a notice of default according to the good faith principle.

In the case that the creditor prevents the occurrence of the expected event, or the event does not occur for a reason attributable to the creditor, the debtor may avoid the performance of the obligation in cases where he is entitled to avoid (for example if there is an order of performance between the debtor and creditor). In such cases, the fact that the creditor plays a role in the failure of occurrence of the event, may prevent the maturity of the debt.

If the nonoccurrence of the event is not attributable to the parties, the due date shall be determined taking into account the reasonable time in which the event should have occurred according to the good faith principle. In such cases, the specific time period in which the event should occur is not a definite or precisely foreseeable time, therefore there is no definite maturity (*tempus certum*). In order for the debtor go into default, this time, as a rule, a notice shall be required.

On the other hand, if the event is to occur in the dominance area of the debtor, it may not be possible for the creditor to find out whether the event has occurred unless the debtor gives this information. In this case, in order to be able to put the debtor into default, according to the good faith principle, a default notice should be required. However, in such cases, if the creditor sends the default notice to the debtor before the debt becomes mature because the creditor has no precise knowledge of the time of maturity, this also must be regarded as a valid notice according to the good faith principle.

I. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun 90.maddesi uyarınca “*ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur*”. Bununla birlikte borcun ifası için bir zaman belirlenmişse, borç kararlaştırılan zamanın gelmesi ile muaccel olur. TBK m 117/I gereğince, “*muaccel bir borcun borçlusuna, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer*”. Buna karşılık “*borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle (...) borçlu temerrüde düşmüş olur (...)*” (TBK m 117/II, c 1). Şu halde, taraflar borcun ifa edileceği tarihi kararlaştırmamışlarsa, borç doğar doğmaz muaccel hale gelecek, ancak borçlunun temerrüde düşürülmesi için temerrüt ihtarı gerekecektir. Temerrüt ihtarı, ifa zamanının belirli ya da belirlenebilir olmadığı hallerde, borçlunun doğrudan doğruya temerrüdün ağır sonuçları ile karşı karşıya kalmasını engellemek amacıyla hizmet eder¹. Dolayısıyla ifa zamanının belirli ya da belirlenebilir olduğu hallerde, borçluyu daha fazla korumaya gerek yoktur.

Taraflar borcun ifa edileceği günü muayyen (belirli) bir tarih olarak belirlemişlerse, borç kararlaştırılan günün gelmesi üzerine muaccel hale gelir ki, bu durum “belirli vade” (*dies certus quando; bestimmte Verfalltag*) olarak adlandırılır. Belirli vade terimi ile, vadenin, borçlunun borcunu ne zaman ifa edeceğini yeterli açıklıkta bilebilecek şekilde kararlaştırılması anlatılmak istenir². Borçlunun ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşmesi bakımından vadedeki belirlilik unsuru, borçluyu koruma amacıyla hizmet eder; böylece borçlu ne zamana dek borcunu ifa etmesi gerektiğinin ve ne zamandan itibaren yapacağı ifanın sözleşmeye aykırılık oluşturacağını bilgisine sahip olur³. Borç kararlaştırılan muayyen süre içerisinde ödenmediği takdirde, vadenin veya ifa süresinin sona ermesi üzerine, temerrüt ihtarında bulunmaya gerek olmaksızın borçlu temerrüde düşecektir (TBK 117/II)⁴. “1 Mart 2019” ya da “sözleşmenin imzalanmasından itibaren altı ay sonra” şeklinde kararlaştırılan vadeler, “belirli vade”⁵ niteliğindedir. Kanun koyucu, borçlunun borcunu ne zaman ifa

¹ Andreas von Tuhr and Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band II (mit Supplement) (3th edn, Schulthess 1984, §72), II 136; Kenan Tunçoğlu, *Türk Borçlar Hukuku, C I, Genel Hükümler* (6th edn, Sermet Matbaası 1976) 905; Nami Barlas, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı 1992) 34; Halil Akkanat, “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, *Prof. Dr. Kemal Öğuzman'ın Anısına Armağan* (Beta 2000) 21; Mahmut Kizir, *Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi* (Adalet 2012) 75.

² Franz Schenker, *Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht* (Universitätsverlag Freiburg Schweiz 1988) N 137; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C III* (Legal 2017) 424.

³ Schenker, *Schuldnerverzug* (n.2) N 181; Raniero Addoriso De Feo, *Die Fälligkeit von Vertragsforderungen: eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertragsrecht* (Schulthess 2001) N 129.

⁴ Vadenin belirli olduğu hallerde temerrüde düşürmek için ayrıca ihtarda bulunmaya gerek olmaması, Roma Hukukundan gelen “*dies interpellat pro homine*” (tarih insan yerine ihtarda bulunur) varsayımının bir sonucudur.

⁵ Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu çalışmamızda incelenen kararlarda (Bkz § III.A.3.), Yargıtay, “belirli vade” (*bestimmte Verfalltag*) ile “kesin vade” (*Fixgeschäft; Stichtag*) ayrımının farkında değildir. Aşağıda örneklerini vereceğimiz kararlarda (Bkz §III.A.3.), Yargıtay ya da istinaf mahkemesi tarafından “kesin vade” olarak nitelenen vadelerin hemen hemen hepsi aslında “belirli vade” niteliğindedir. Bilineceği üzere, taraflarca ifa zamanının belirli bir zaman dilimi olarak tayin edildiği hallerde, “belirli vade” söz konusudur. Belirli vadeli işlemlerde borçluyu temerrüde düşürmek için temerrüt ihtarına gerek bulunmamakta, ancak temerrüde bağlı seçimlik haklardan olumlu zarar tazmini veya sözleşmeden dönme seçeneklerinden

edeceğini açık ve kesin bir şekilde bilebileceği hallerde, onun temerrüt konusunda ayrıca uyarılmasına gerek olmadığı faraziyesiyle hareket etmektedir^{6/7}. Yine, TBK m 117/II, c 1'de hüküm altına alındığı üzere, ifa zamanının belirlenmesi konusunda sözleşmeyle taraflardan birine yetki verilmiş olabilir ki, bu durumda kendisine yetki verilen taraf, “muacceliyet ihbarında” (*Fälligkeitskündigung*) bulunmak suretiyle ifa zamanını (vadeyi) belirli hale getirebilir. Taraflardan birisinin, kendisine verilen muacceliyet ihbarı yetkisini kullanarak vadeyi belirlediği hallerde, ayrıca temerrüt ihtarına gerek bulunmamaktadır⁸.

Belirli vadenin sözleşmenin kurulduğu an itibarıyla saptanmasının zorunlu olup olmadığı; diğer bir deyişle sözleşme kurulduktan sonra ve ifadan önce borcun ne

birisinin seçilebilmesi için öncelikle borçluya uygun bir mehil (önel) verilmesi gerekmektedir. Buna karşılık “kesin vade” ise, “belirli vadenin” bir türüdür; bütün kesin vadeler aslında aynı zamanda belirli vadedir, ancak her belirli vade, kesin vade niteliğinde olmayabilir. Borcun belirli bir vadede veya belirli bir süre içinde ifa edilmesinin ve bu tarihten ya da sürenin dolmasından sonra yapılacak ifanın mutlak surette kabul edilmeyeceğinin kesin olarak kararlaştırıldığı vade türüne “kesin vade” adı verilir. Kesin vade, işin niteliğinden kaynaklanmakta ise objektif kesin vadeden, taraf iradelerinden kaynaklanmakta ise subjektif kesin vadeden söz edilir. Kesin vadeli işlemlerde hem ihtarda bulunmaya hem de seçimler haklardan yararlanmak için mehil (önel) vermeye gerek yoktur. Bkz Dilşat Keskin, ‘Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt Ve İmkânsızlık’ (2007) 11(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 211 vd; Melek Bilgin Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı* (Vedat 2015) 67 vd.

Temerrüt ihtarına gerek olmayan vade türlerinin, “kesin vade”, “belirli vade” ve “belirlenebilir vade” olarak üç grup olduğu yönünde: Yüce (n.5) 64 vd.

⁶ Suat Sarı, ‘Belirli Vadenin Sözleşmenin Kurulduğu Anda Belirlenebilir Olması Zorunlu Mudur?’, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, C II, (Onikilevha 2010) 1579.

⁷ Ekleyelim ki, vadenin bir kanun hükmü ya da bir mahkeme kararı ile tespit edildiği hallerde -TBK m.117/II, c 1' in ifadesiyle- taraflarca “borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş” durumda olmadığı için, borçlunun temerrüde düşürülmesi için ihtar gerekir: von Tuhr/Escher (1) §72, III, 139; Hugo Oser and Wilhelm Schönerberger, (Çeviren: Recai Seçkin) *Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911 (İsviçre Medeni Kanun Şerhi: Borçlar Hukuku)* (Adalet Bakanlığı Yayınları 1950) OR Art 102, N 20; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu and Refet Özdemir, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)* (Yargıtay Yayınları 1987) (19) 237; Selahattin S. Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu and Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Filiz 1993) 916; Feysi N. Fezyioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C II (2nd edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1987) 236; Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku-Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet* (Vedat 2010) 475; M. Kemal Oğuzman and Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C I (16th edn, Vedat 2018) N 1520; Peter Gauch, Walter R. Schlupe, Jörg Schmid and Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band II (10th edn, Schulthess 2014) OR AT, N 2711; Wolfgang Wiegand, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art 1-529)*, (Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Wolfgang Wiegand) (6th edn, Helbing Lichtenhahn 2015) OR Art 102 N 10; Barlas (1) 57; De Feo (3) N 709; Ayşe Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleven Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zaranın Tazimini* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1995) 29; Andreas Furrer and Rainer Wey, *Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art 1-183 OR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3rd edn, Schulthess 2016) Art 102, N 36; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16th edn, Beta 2018) N 186.7; Sarı (6) 1579; Kızır (1) 97; Mustafa Göktürk Yıldız, *Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2017) 40; Gizem Kılıç Öztürk, *Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü* (Seçkin 2016) 68.

⁸ von Tuhr/Escher (1) §72, III, 139; Oser/Schönerberger (7) OR Art 102, N 26; Hermann Becker, *Berner Kommentar Band/ Nr. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art 1-183 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht* (Stämpfli 1945) N 34; Schenker, *Schuldnerverzug* (n.2) N 216; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (7) OR AT, N 2717; Fezyioğlu (7) C II, 237; Tandoğan (7) 476-477; Oğuzman/Öz (7) C I, N 1521; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (7) 918; Tunçoğlu (1) C I, 909; Fikret Eren, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23rd edn, Yetkin 2018) 1124; Barlas (1) 58 vd; Antalya (2) C III, 426; Sarı (6) 1583; Furrer/Wey (7) Art 102, N 35, 39; Ali Naim İnan and Özge Yücel, *İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4th edn, Seçkin 2014) 619; Yıldız, Temerrüt (7) 41.

Muacceliyet ihbarında bulunma yetkisinin borçluya bırakıldığı hallerde, borçlu bu yetkisini kullanmaktan kaçınır ve borcun muaccel olmasını engellerse, bir eksik borç söz konusu olmadıkça yani sözleşmede borcun ifasının mutlak olduğu hallerde, muacceliyetin düstürlük kuralı gereğince, “borcun ifa edilmesi gereken an” olarak belirlenmesi gerekir. Türk ve İsviçre Borçlar Kanununda bu konuda açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte Alman Medeni Kanununda ifanın belirlenmesinin sözleşme tarafına bırakıldığı hallerde, şüphe halinde, ifanın hakkaniyete uygun bir şekilde takdir edileceği düzenlenmiştir (BGB §315). Bu hüküm ifa zamanının belirlenmesinde de rol oynar. İfa zamanının hakkaniyete uygun şekilde belirlenmesi ile ilgili Alman Hukukundaki bu çözüm, İsviçre ve Türk Hukuklarında da kabul görmüştür: von Tuhr/Escher (1) §62, II, 46-47; Oser/Schönerberger (7) Art 75, N 19; Becker (8), BK OR Art 18, N 23, Art 75, N 2; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (7) 802; Fezyioğlu (7) C II, 111; Oğuzman/Öz (7) C I, N 1015; Barlas (1) 30; Akkanat (1) 14.

zaman ifa edileceğinin kesin olarak tespit edilebildiği hallerde belirli vadenin söz konusu olup olmadığı tartışmalıdır. Örneğin “teslimden itibaren 10 gün içinde ödeme yapılacağı”, “faturanın kesilmesinden itibaren 10 gün içinde ödeme yapılacağı”, “hakedişin onaylanmasından itibaren 30 gün içinde inşaat bedelinin ödeneceği”, veya “inşaat ruhsatının alınmasından itibaren 18 ay içinde inşaatın tamamlanacağı” kararlaştırıldığında, sözleşme kurulduğu sırada borcun ifasının ne zaman yapılacağı belirli değildir; ancak gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmesi üzerine süre hesap edilebilir hale gelmektedir.

Şayet taraflar, borcun ifa edileceği zamanını gerçekleştireceği muhakkak olan, fakat ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen bir olayın gerçekleşmesine bağlamışlarsa, “belirsiz vade”den (*dies incertus quando*) söz edilir. Belirsiz vadede, tarafların kararlaştırdığı tarih mutlaka gelecek ise de ne zaman geleceği tam olarak belirli değildir. Örneğin turizm sezonu kapandığında veya hasat zamanı ya da bağ bozumunda borcun ifa edileceğinin kararlaştırıldığı hallerde, belirsiz vade söz konusudur. Belirsiz vadeli sözleşmelerde ifa zamanı dürüstlük kuralına göre tayin edilir; taraflar anlaşamazsa, ifa zamanını hâkim tayin eder⁹. Belirsiz vadenin söz konusu olduğu hallerde, borcun ifa edileceği zaman, muayyen (belirli) halde olmadığı için, TBK m 117 gereğince borçluyu temerrüde düşürmek için temerrüt ihtarında bulunulmalıdır¹⁰.

Hem belirli vade hem de belirsiz vadede, gelecekte geleceği kesin bir zaman dilimi söz konusudur. Buna karşılık borcun doğumunun koşula (şarta) bağlandığı hallerde, borcun ifa zamanı (vade) belirli olmadığı gibi, daha da önemlisi borcun hükümlerinin doğması veya hükümlerini doğuran borcun sona ermesinin ne zaman gerçekleşeceği belirli değildir. Diğer bir deyişle koşulun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olarak önceden bilinemez. Konumuz açısından önem taşıyan geciktirici koşul (taliki şart) bakımından, borcun hükümlerini doğurması koşulun gerçekleşmesi ile mümkün olur. Örneğin dört katlı bir bina inşa edileceği, şayet imar izni alınırsa bir kat daha ilave olunacağı hükmünü içeren bir inşaat sözleşmesinde, imar izinin alınması geciktirici koşul niteliğindedir.

Öte yandan borcun hükümlerini doğurmasının değil, ifa zamanının (muacceliyetinin) koşula bağlanmasının mümkün olup olmadığı ise, tartışılması gereken ayrı bir konu olup, aşağıda ayrıca ele alınacaktır. İfa zamanının (muacceliyetin) koşula bağlanacağı kabul edilecek olur ise, borcun hükümlerini doğurması kesindir ve fakat

⁹ Tunçomağ (1) C I, 686; İnan/Yücel (8) 593.

¹⁰ Schenker, Schuldnerverzug (n.2) N 89 ve özellikle 186 vd; H. Rolf Weber, *Berner Kommentar, Bd. VI/1/5, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art 97-109 OR* (Stämpfli 2000) Art 102, N 114, 116; Feyzioğlu (7) C II, 236; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (7) 801, 917; Oğuzman/Öz (7) C I, N 1519; Antalya (2) C III, 425; Yüce (n.5) 145 vd; Kızır (1) 63; Yıldız, Temerrüt (7) 39. Belirli vade, ifa zamanının “mutlak” olarak belirlenmesi, belirsiz vade ise ifa zamanının “nispi” olarak belirlenmesi şeklinde de nitelenebilir. Bkz Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (7) OR AT, N 2166 vd; Eren (8) 975-976; Antalya (2) C III, 46-47.

borcun ne zaman ifa edileceği sözleşme ile kararlaştırılan bir olgunun gerçekleşip gerçekleşmemesine göre tayin edilecektir.

Bazen hem geciktirici koşul hem de vade bir arada bulunabilir¹¹. A parselinde bir blok inşaat yapılmasının kararlaştırıldığı bir sözleşmede B parselinin maliklerince tevhide rıza gösterilmesi halinde B parseline de ikinci bloğun tevhitte itibaren 12 ay içerisinde yapılacağı kararlaştırılmışsa, hem geciktirici koşul hem de vade söz konusudur. Bu örnekte borcun, parselin tevhit edilmesi, B parseline ikinci blok inşaatın yapılması borcunun doğumu (hüküm doğurma) bakımından bir geciktirici koşuldur.

Bu çalışmamızda, öncelikle, sözleşmedeki ifa zamanının sonradan gerçekleşmesi beklenen ama gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olmayan bir olguya bağlandığı hallerde, bu olgunun hukuki niteliğinin ne olduğu (ifa zamanının koşula bağlanmasının mı yoksa vadenin hesaplanması açısından bir zamansal başlangıç noktasının mı söz konusu olduğu) konusunu ele alacağız. Daha sonra sözleşmede öngörülen olgunun gerçekleştiği anda ya da olgunun gerçekleşmesinden itibaren belirsiz veya belirli bir süre sonra ifanın gerçekleştirileceği tarzındaki sözleşme hükümleri bakımından ortada bir vadenin söz konusu olup olmadığı veya varsa vadenin belirli ya da belirsiz nitelikte olup olmadığı değerlendirilecektir. Ayrıca, konuya ilişkin Yargıtay uygulamasından örnekler verilecektir.

II. İfa Zamanının Sonradan Gerçekleşmesi Beklenen Bir Olguya Bağlanmasının Hukuki Niteliği

İfa zamanının sonradan gerçekleşmesi beklenen bir olguya bağlanması durumunda, borcun hükümlerini doğurduğu kesindir, ancak bu borcun ne zaman ifa edileceği hususu, gelecekteki bir olguya bağlanmıştır. İfa zamanının olguya bağlanması, borçların hüküm doğurmasının gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sözleşme kurulduğu anda kesin olarak bilinmeyen bir olguya (geciktirici koşula) bağlanmasından farklı bir durumdur. Bir sözleşmede borçların hüküm doğurması, geciktirici bir koşula bağlanmış olabilir. Bir arsada dört katlı bir bina inşa edileceği, şayet imar izni alınırsa bir kat daha ilave olunacağı hükmünü içeren bir inşaat sözleşmesinde, söz konusu imar izinin alınıp alınmayacağı sözleşme kurulduğu sırada belirli değildir ve gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olarak bilinmeyen bir olgudur. Dolayısıyla burada ilave kat yapma borcunun hükümlerini doğurması, geciktirici bir koşula bağlanmış durumdadır. Yine, A parselinde inşaat yapmayı borçlanan yüklenicinin, B parselinin satın alınması halinde B parseli üzerinde havuz yapmayı borçlanması halinde, havuz yapma borcunun doğumu koşula bağlanmıştır. Hemen belirtelim ki, Türk Borçlar Kanununda düzenlenen koşula ilişkin hükümlerde (TBK m 170 vd), esas itibariyle borcun hükümlerini doğurması koşula bağlanmaktadır.

¹¹ Oğuzman/Öz (7) C I, N 1011.

Borcun ifa zamanının gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir olguya bağlanması halinde, borcun doğumunun koşula bağlanmadığı açık ise de, acaba bu noktada ifa zamanının (muacceliyetin) koşula bağlanmış olduğundan söz edilebilir mi? Diğer bir deyişle borcun ifa zamanının gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir olguya bağlanması durumunda, bu olgu, koşul olarak mı nitelenecektir, yoksa ifa zamanının tayinine yarayan bir başlangıç anı olarak vadenin bir unsuru şeklinde mi ele alınmak gerekecektir? Örneğin inşaat bedelinin, hakedişin onaylanması tarihinden itibaren ödeneceği şeklindeki bir sözleşme hükmü bakımından hakedişin onaylanması bir koşul mudur yoksa ifa zamanının gösteren bir unsur mudur? Bu örnekte sözleşme kurulduğu sırada hakedişin onaylanıp onaylanmayacağı belirli değildir. Zira hakedişin onaylanması, yüklenicini üstlendiği yapma borcunu gereği gibi yerine getirmesine bağlıdır. Yüklenicinin, bu borcu gereği gibi yerine getirip getirmeyeceği ise kesin olarak önceden bilinen bir durum değildir. Ancak taraflar, yüklenicinin borcunu gereği gibi ifa edeceği ve buna bağlı olarak da hakedişin onaylanacağı beklentisi, varsayımı ya da öngörüsü ile hareket etmektedirler. Şurası kesindir ki, sözleşmede geçen “hakedişin onaylanması” olgusu, bedel ödeme borcunun **doğumu** açısından “koşul” (şart) niteliğinde değildir. Zira taraflar bedel ödeme borcunun ifasının muhakkak olduğu konusunda irade uyuşması içindedirler. Yoksa örneğin hakedişin düzenlenip düzenlenmeyeceğinin belirsiz olduğu bir olguya göre belki de bedel ödemesinin yapılmayabileceği iradesi ve ön kabulüyle hareket etmemektedirler¹².

Örnekleri çoğaltmak mümkündür: İnşaat ruhsatının alınmasından itibaren 18 ayda inşaatın tamamlanacağına kararlaştırıldığı bir sözleşmede, taraf iradeleri aksi yönde olmadıkça, inşaat yapma borcu, sözleşmenin kurulması anında doğmuştur. Ancak borcun ifa zamanının başlaması, inşaat ruhsatının alınması olgusuna bağlanmıştır. Fatura kesildiği tarihten itibaren 10 gün içinde ödeme yapılacağına kararlaştırıldığı bir örnekte, taraf iradeleri aksi yönde olmamak kaydıyla, bedel borcu sözleşmenin kurulduğu anda doğmuştur, ancak borcun ifa süresi, faturanın kesilmesi olgusuna göre hesaplanacaktır. Teslimden itibaren 10 gün içinde ödeme yapılacağına kararlaştırıldığı bir örnekte, taraf iradeleri aksi yönde olmadıkça, teslim borcu, sözleşmenin kurulması anında doğmuştur, ancak ifa zamanı teslim olgusuna bağlanmıştır.

Yukarıdaki örneklerde, ifanın; hakedişin onaylanması, inşaat ruhsatının alınması, faturanın kesilmesi, teslimin gerçekleşmesi olgularına bağlanmasının hukuken anlamı nedir?

¹² İş sahibi ile yüklenici arasındaki inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin alacağı, hakedişin onaylanmasına bağlanmışsa, yüklenici, kendi üzerine düşen yapma borcunu yerine getirmedikçe, iş sahibinin bedel ödeme borcu muaccel olmayacağına göre, bir ifa sırası söz konusudur ve iş sahibi, yapma borcu gereği gibi yerine getirilmediği sürece hakedişi onaylamaktan ve dolayısıyla bedel ödemekten kaçınabilir.

Öte yandan, tedarikçinin (satıcının) yükleniciye inşaat malzemeleri sattığı bir örnekte, tedarikçinin bedel alacağı, yüklenicinin iş sahibinden olan hakediş alacağına bağlanmışsa, tedarikçinin alacağı bakımından ifa zamanı, tedarik sözleşmesi dışındaki bir olguya bağlanmış durumdadır. Bu örnekte, hakediş onaylanmadıkça yüklenicinin satın aldığı malzemelerin bedelini tedarikçiye ödemekten ilanihaye kaçınabileceği söylenemez. Bu konuyu aşağıda ayrıca ele alacağız (Bkz §III.B).

TBK m 170 vd hükümlerindeki kanunun sistematik yapısı; borcun hükümlerini doğurmasının, hükümlerini devam ettirmesinin ya da hükümden düşmesinin koşula bağlanabileceği yönündedir¹³. İfa zamanının koşula bağlanıp bağlanamayacağı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Bununla birlikte bir görüşe¹⁴ göre, borçların ifa zamanının koşula bağlanması da mümkündür¹⁵. Hakedişin onaylanması, inşaat ruhsatının alınması, faturanın kesilmesi, teslimin gerçekleşmesi gibi olgular, borcun doğumu açısından değil ama ifa zamanı (muacceliyet) açısından birer koşul niteliğindedir.

Kanaatimizce, borcun ifa zamanının (muacceliyetin) gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir olguya bağlandığı hallerde, söz konusu olgunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sözleşme kurulduğu sırada kesin olarak bilinen bir durum olmadığından, bu hallerin koşul olarak nitelenmesi mümkündür. Ancak buradaki koşul, asla Türk Borçlar Kanununun 170 vd maddelerinde düzenlenen anlamda **borcun hükümlerini doğurması açısından bir koşul niteliğinde değildir**. Aksine, hükümlerini doğurduğu kesin olan bir borcun ifa zamanının tayin edilmesinin, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği önceden kesin olarak bilinmeyen ama gerçekleşmesi beklenen bir olguya bağlanması söz konusudur. Bu sebeptir ki, TBK m 170 vd hükümlerden **kıyasen** yararlanılabilir. Bizatihi bu olgunun belirsiz vade olarak nitelenmesi de, -belirsiz vadenin özelliği dikkate alındığında- tam olarak yerli yerine oturmamaktadır. Çünkü belirsiz vade olan hallerde olgunun gerçekleşeceği kesindir, sadece ne zaman gerçekleşeceği tam olarak bilinmemektedir. Örneğin hasat zamanı ya da bağ bozumu kesin olarak gerçekleşeceği beklenen olgulardır; ama mevsimsel şartlara göre bu olguların tam olarak hangi tarihte gerçekleşeceği konusunda kesin bir tarih verilemez. Oysa hakedişin onaylanması, inşaat ruhsatının alınması, faturanın kesilmesi, malın teslim edilmesi gibi olgular bakımından, bu olguların gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olarak sözleşme kurulduğu sırada bilinen bir durum değildir.

İfa zamanının koşula bağlanmasının yanı sıra ayrıca öngörülen olgudan itibaren belirsiz bir zaman diliminin geçmesi veya belirli bir sürenin geçmesi de kararlaştırılmış olabilir. Örneğin hakedişin onaylanmasından sonra en kısa süre içerisinde ödeme yapılacağı tarzındaki bir sözleşme kaydı bakımından, ifa zamanı (muacceliyet)

¹³ Lale Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart* (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını 1992) 30, ayrıca bkz 87 vd; Hasan Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları* (Dayınlarlı 1989) 8.

¹⁴ Yüce (n.5) 155. Açık olmamakla birlikte Tunçomağ (1), “borçlunun ilk satılacak gayrimenkullerinden tediye edilmek üzere” bir miktar paranın ödünç verildiği Yargıtay kararına konu bir örnek olayı, “iradi koşul” olarak nitelemiştir. Buradan hareketle, yazarın iradi koşulu yalnızca borcun doğumu açısından değil; borcun ifası açısından da kabul ettiği sonucuna varılabilir (C I, 998-999). Yazar borçlunun iradesine bağlı koşulda, borçlu borcunu ifa etmediği takdirde, borcun ifa zamanının dürüstlük kuralına göre tayin edileceğini belirtir.

¹⁵ Nitekim TBK m.170 vd hükümlerde düzenlenmemesine rağmen, -alacağın devri, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satım gibi örneklerde olduğu üzere- tasarruf işlemlerin de koşula bağlanabileceği kabul edilmektedir: Sirmen (13) 172 vd; Pulaşlı (13) 166 vd. Bu da hukuken koşul kavramının, TBK m.170 vd hükümlerinden daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğunu gösterir (Pulaşlı (13) 117). O halde, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, ifa zamanının (muacceliyetin) koşula bağlanmasına da bir engel olmadığı sonucuna varılabilir.

koşula bağlanmış ancak öngörülen bu olgudan itibaren belirsiz bir süre sonra borcun ifa edileceği kararlaştırılmış olur ki bu halde süre belirsiz olduğu için, bir vadeden söz etmek mümkün değildir¹⁶. Bu halde öngörülen olgunun gerçekleşmesinden itibaren borç muaccel olmakta ise de, borçlunun temerrüde düşmesi temerrüt ihtarına bağlıdır (TBK m 117/I). Buna karşılık öngörülen olgunun gerçekleşmesinden itibaren belirli (hesaplanabilir) bir süre sonra borcun ifa edileceği kararlaştırılmışsa, bu durumda ifa zamanının (muacceliyetin) koşula bağlanmasının yanı sıra belirli bir süre de söz konusudur. Örneğin; hakedişin onaylanmasından itibaren veya fatura kesildiği tarihten itibaren 30 gün içinde ödeme yapılacağı ya da inşaat ruhsatının alınması tarihinden itibaren 18 ay içinde inşaatın tamamlanacağı tarzındaki bir sözleşme kaydı bakımından durum böyledir. Bu hallerde, muacceliyetin koşula bağlanması söz konusu ise de, işleyecek olan 30 günlük veya 18 aylık süreler bakımından ortada bir belirli vadenin mi yoksa belirsiz vadenin mi söz konusu olduğu tartışmalıdır. Bu konuyu aşağıda ele almaktayız¹⁷.

III. Gelecekte Gerçekleşmesi Beklenen Olgunun Gerçekleşmesinden İtibaren Belirli Bir Süre Sonra Borcun İfa Edileceği Tarzındaki Sözleşme Hükümlerinin Belirli Vade Niteliğinde Olup Olmadığı

Gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir olgunun gerçekleşmesinden itibaren belirli bir süre sonra borcun ifa edileceği tarzındaki sözleşme hükümleri bakımından ortada bir belirli vadenin söz konusu olup olmadığını saptayabilmemiz için, öncelikle, sözleşmede gerçekleşmesi beklenen olgunun “gerçekleşmiş” ve “gerçekleşmemiş” olması ihtimallerine göre konuyu ayrı ayrı ele almakta fayda vardır. Örneğin hakediş onaylandıktan itibaren, inşaat ruhsatı alındıktan itibaren, teslimden itibaren veya fatura kesildikten itibaren belirli bir süre sonra borcun ifa edileceği tarzındaki sözleşme hükümleri bakımından, belirli vade nitelemesinin yapıp yapılamayacağı, bu örneklerde, öncelikle hakedişin onaylanmış olması veya onaylanmamış olması, inşaat ruhsatının alınmış veya alınmamış olması, teslimin gerçekleşmiş olması veya olmaması, faturanın kesilmiş olması veya olmaması ihtimallerine göre ayrı ayrı değerlendirilmek gerekir.

A. Beklenen Olgu Gerçekleşmiş İse

Gelecekte gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmesinden itibaren belirli bir süre sonra borcun ifa edileceğinin kararlaştırıldığı hallerde, öngörülen olgu gerçekleşmişse, sözleşmede kararlaştırılmış olan geçmesi gerekli süre, bu olgunun

¹⁶ Yargıtay 23HD E 2011/202 K 2011/619, 26.09.2011 tarihli kararında; “ayrılan kooperatif ortağının yerine yeni ortak alınması halinde, eski ortağın yapmış olduğu ödemelerin derhal kendisine iade edileceği” şeklindeki bir sözleşme hükmü bakımından, ifa gününün belli olduğu ve temerrüt ihtarına gerek olmadığı sonucuna varmış ise de, burada belirli vadenin söz konusu olmadığı yönünde bu karar eleştirilmiştir: Yüce (n.5) 136, dn 333.

¹⁷ Bkz § III.

gerçekleşmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Örneğin faturanın kesilmesinden itibaren 10 gün, hakedişin onaylanmasından itibaren 30 gün veya inşaat ruhsatının alınmasından itibaren 18 ay içinde borcun ifa edileceği tarzındaki sözleşme hükümlerinde; fatura kesilmişse, hakediş onaylanmışsa ya da inşaat ruhsatı alınmışsa; bu tarihten itibaren borç muaccel hale gelecek ve kararlaştırılan süreler bu olguların gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak ve bu süre boyunca borç ifa edilebilir durumda olacaktır. Sözgelimi, yukarıdaki örnekte hakediş 2 Mayıs 2019 tarihinde onaylanmışsa, borçlu en geç bu tarihten 30 gün sonra (yani 1 Haziran 2019 günü mesai bitimine dek) borcu ifa edecektir.

Hemen belirtelim ki İsviçre Borçlar Kanununun 102.maddesinde (Obligationenrecht (OR) Art 102) ve Türk Borçlar Kanununda 117.maddesinde (TBK m 117), ifa zamanının sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşecek bir olaydan itibaren belirli bir süre sonra olarak kararlaştırılması halinin, belirli vade niteliğinde olup olmadığı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık Alman Medeni Kanununda (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) §286 Abs II-2)¹⁸, ifanın bir olgunun meydana gelmesinden sonra gerçekleşmesi gerekiyorsa ve ifa için gereken makul zaman, bu olayın gerçekleşmesinden başlayarak takvime göre hesaplanabilecek bir biçimde kararlaştırılmışsa, borçlunun temerrüde düşmesi için temerrüt ihtarına gerek olmadığı düzenlenmiştir¹⁹. Dolayısıyla ifa zamanının anılan şekilde tayin edildiği hallerin belirli vade niteliğinde olduğu konusunda Alman Hukukunda bir tartışma olmayıp²⁰; tartışma Türk ve İsviçre Hukukları yönündendir.

Ekleyelim ki, TBK m 117/I hükmü karşısında özel hüküm olduğunu söyleyebileceğimiz bir düzenleme olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) 1530.maddesinde, mal ve hizmet tedarikine ilişkin ticari işletmeler arasındaki sözleşmelerde para borçlarının ifası bakımından özel hüküm getirilmek suretiyle ihtarsız temerrüt hali öngörülmüştür. TTK m 1530/II gereğince, “*Ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, alacaklı, kanundan*

¹⁸ BGB § 286 Abs II-2 hükmünün Almanca metni aynen şöyledir: “*Der Mahnung bedarf es nicht, wenn (...) der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt*”.

¹⁹ Aynı düzenlemenin Türk Hukukunda da yapılması halinde TBK m.117 ile TTK m.1530 arasındaki uyumsuzluğun giderilmiş olacağı yönünde: Pınar Çağlayan, ‘Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukukundaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları (TTK Md. 1530)’ (2011) 27(2) BATİDER 221.

²⁰ Alman Hukukundaki bu düzenleme ile ilgili detaylı bilgi için bkz Wolfgang Ernst, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht - Allgemeiner Teil* (9th edn, C H Beck 2018) BGB § 286, Rn 60-67; J. von Staudinger, Manfred Löwisch, and Cornelia Feldmann, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I)* (Sellier/de Gruyter oHG 2014) BGB § 286, Rn 78-85; Othmar Jauernig and Astrid Stadler, in *Othmar Jauernig BGB Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO* (17th edn, C H Beck 2018) BGB § 286 Rn 28; Stephan Lorenz, in *Beck'scher Online Kommentar*, (Herausgegeben von Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth, Wolfgang Hau and Roman Poseck) (50th edn, C H Beck 2019) BGB § 286, N 35-36; Reiner Schulze, *Nomos Kommentar BGB Handkommentar*, (Reiner Schulze, Heinrich Dörner, Ina Ebert) (10th edn, Nomos 2019) BGB § 286 Rn 1-33; Christian Grüneberg, *§§ 241-432 BGB, in Otto Palandt (Herausgeber), Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kurzkommentar, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, Titel: 1. Verpflichtung zur Leistung* (78th edn, C H Beck 2019) BGB § 286, Rn 23; Çağlayan (19) 200; ayrıca bkz Serkan Ayan, ‘6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530.maddesi Gereğince Borçlunun Temerrütü’, C II, (2010), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan Özel Sayısı) 755-756 dn 90’da anılan eserler.

veya sözleşmeden doğan tedarik borcunu yerine getirmiş olmasına rağmen, borçlu, gecikmeden sorumlu tutulamayacağı hâller hariç, sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde borcunu ödemezse, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer”.

TBK m 117 gereğince belirli vadenin söz konusu olması halinde borçluyu temerrüde düşürmek için temerrüt ihtarına gerek bulunmaz iken; belirsiz vade söz konusu olan hallerde (bağ bozumunda ödeme yapılacağı örneğinde) temerrüt ihtarına gerek vardır. Sonradan belirli hale gelen vadenin kararlaştırıldığı hallerde (örneğin satılan malın tesliminden itibaren 10 gün içinde ödeme yapılacağına kararlaştırıldığı bir sözleşmede), TBK m 117/II, c 1 anlamında belirli vadenin söz konusu olup olmadığı ise, aşağıda görüleceği üzere, tartışmalıdır. Oysa TTK 1530 hükmü ile, gerek belirli vade gerekse sonradan belirli hale gelen vade halleri bakımından ihtara gerek olmaksızın temerrüdün gerçekleşeceği hükme bağlanmaktadır^{21,22}.

²¹ TTK m.1530 hükmünün kapsamına giren bir olayda, belirsiz vade söz konusu ise (bağ bozumunda ödeme yapılacağı kararlaştırılmışsa), temerrüt ihtarının gerekip gerekmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, TBK m.117/II gereğince temerrüt için ihtara gerek olmayan hallerde, TTK m 1530/II için de ihtar şartı aranmaz; TTK m 1530 hükmü, Türk Borçlar Kanunundaki temerrüdün ihtarsız olarak gerçekleştiği haller bakımından bir istisna getirmemiştir (Ayan, TTK m.1530 (20) 756).

İkinci bir görüşe göre, TTK m.1530/II'de yer alan “sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde” ifadesinden, vadenin belirli olmadığı hallerde de temerrüdün ihtarsız olarak gerçekleşeceği anlaşılmaktadır (Çağlayan (19) 219). Buna karşılık bu ikinci görüş, belirli vade kararlaştırılmış olmasa da, en azından ifa zamanının bir belirlilik taşıması gerektiği, örneğin “havaların ısınması”, “en kısa zamanda” şeklinde tayin edilen ifa zamanlarının ihtar şartını ortadan kaldırmayacağı yönünde eleştirilmiştir (Eleştiri için bkz Ayan, TTK m 1530 (20) 757-758). Fakat bu görüşe göre de, “faturanın teslimi anında ödeme” şeklinde bir sözleşme kaydı için ise aksi sonuç kabul edilebilir.

Üçüncü bir görüşe göre belirsiz vade söz konusu olduğu takdirde kural olarak ihtar gerekirse de, bazı hallerde TTK m 1530/IV kıyasen uygulanması sonucunda ihtarın gerekli olmayacaktır (Yeşim M Atamer and Gül Okutan-Nilsson, ‘Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK m. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı’ (2013) 29(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 47, 54). Bu görüşe göre, örneğin, “aracılık faaliyeti sonucu sözleşme kurulursa ödemenin yapılacağı” şeklindeki bir sözleşme hükmü bakımından, fatura düzenlenip borçluya yollanmışsa bu andan itibaren otuz gün içinde; fatura düzenlenmemişse hizmetin alındığı yani sözleşmenin kurulduğu andan itibaren otuz gün içinde temerrüt kendiliğinden gerçekleşir.

Dördüncü bir görüşe göre, TTK m 1530/II hükmü, Türk Borçlar Kanunu’ndan farklı bir ihtarsız temerrüt hali öngörmemekle birlikte, “(...) temerrüt hükmünde belirtilen hallerden biri sebebiyle değil de, örneğin ihtar sonucunda veya dürüstlük kuralı uyarınca ihtarsız gerçekleşiyorsa, TTK m 1530/f 7 uygulanamaz. Şüphe yok ki borçlu bu durumu kötüye kullanmış ve meselâ sözleşmede belirli bir vade öngörülmesini engellemişse, korunmayı hak etmez. Bu takdirde temerrüdün gerçekleşmesiyle birlikte TTK m 1530/f 7’deki temerrüt faizi oranının uygulanması istenebilecektir” (Yıldız, Temerrüt (7) 49, dn 299). Yazara göre, hükmün amacı şudur: “Borçlu hükmünde belirtilen hallerde, yani “sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde borcunu ödemezse”, TTK m 1530/f 7’nin ve orada düzenlenen faiz oranının uygulanabilmesi mümkündür” (ibid 49, dn 299).

Öte yandan belirsiz vade kararlaştırılan hallerde, belirsiz vadenin mevcudiyetine rağmen TTK m.1530/IV hükmü uygulanmak suretiyle; faturanın veya eş değer ödeme talebinin borçlu tarafından alınmasından itibaren veya malın tesliminden veya hizmetin görülmesinden itibaren ya da kanunda veya sözleşmede, mal veya hizmetin kabul veya gözden geçirme usulünün öngörüldüğü hallerde, borçlu, faturayı veya eş değer ödeme talebini, kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştiği tarihte veya bu tarihten daha önce almışsa, bu tarihten itibaren ihtara gerek olmaksızın temerrüt gerçekleşecektir (Mustafa Göktürk Yıldız, ‘TBK.m.117 ile Karşılaştırmalı Olarak TTK.m.1530 Uyarınca Borçlu Temerrüdünün İhtarsız Gerçekleşmesi’ (2018) 76(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 371).

²² Yıldız’a göre, “bu hüküm uyarınca otuz gün sonra temerrüdün oluşması, bu süreden önce (...) genel nitelikteki prensiplere göre temerrüdün oluşmasına engel değildir. Bununla birlikte temerrüt TTK m 1530/f 2, f 3 ve f 4’de öngörülenler durumlar neticesinde kendiliğinden değil de, örneğin ihtar sonucunda gerçekleşmişse, TTK m 1530/f 7’deki faiz oranı uygulanamayacaktır. Ancak temerrüt faizinin, TTK m 1530’daki koşulların gerçekleşmesi anına kadar genel prensiplere göre, TTK m 1530’daki koşulların gerçekleşmesinden itibaren TTK m 1530/f 7’ye göre hesaplanması mümkündür” (Temerrüt (7) 50).

Çağlayan’a (19) göre de, “(...) alacaklı, borcun muaccel olmasından sonra, borçlunun faturayı almasından itibaren otuz günlük sürenin geçmesini beklemeden de ihtar çekerek borçluyu temerrüde düşürebilmelidir. Esas itibarıyla (Alman Hukukunda) bedel alacaklarında temerrüdü düzenleyen §286/f 3 BGB’de, borçlunun en geç faturayı almasından otuz gün sonra ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşeceği belirtilmiştir (...). Zira borcun muaccel olmasına rağmen borçluya zorunlu bir otuz günlük ödeme süresi tanınması, alacaklının korunması amacıyla ters düşmektedir” (228-229).

Öte yandan TTK m 1530/IV'te, sözleşmede ödeme gününün veya süresinin belirtilmediği ya da belirtilen sürenin aynı maddenin beşinci fıkrasına aykırı olduğu hâllerde, borçlunun ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşeceği düzenlenmektedir. TTK m 1530/IV gereğince: “Sözleşmede ödeme günü veya süresi belirtilmemişse veya belirtilen süre beşinci fıkraya aykırı ise, borçlu aşağıdaki sürelerin sonunda ihtara gerek kalmaksızın mütemerit sayılır ve alacaklı faize hak kazanır:

a) Faturanın veya eş değer ödeme talebinin borçlu tarafından alınmasını takip eden otuz günlük sürenin sonunda.

b) Faturanın veya eş değer ödeme talebinin alınma tarihi belirsizse mal veya hizmetin teslim alınmasını takip eden otuz günlük sürenin sonunda.

c) Borçlu faturayı veya eş değer ödeme talebini mal veya hizmetin tesliminden önce almışsa, mal veya hizmetin teslim tarihini takip eden otuz günlük sürenin sonunda.

d) Kanunda veya sözleşmede, mal veya hizmetin kabul veya gözden geçirme usulünün öngörüldüğü hâllerde, borçlu, faturayı veya eş değer ödeme talebini, kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştiği tarihte veya bu tarihten daha önce almışsa, bu tarihten sonraki otuz günlük sürenin sonunda; şu kadar ki, kabul veya gözden geçirme için sözleşmede öngörülen süre, mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz günü aşılıyor ve bu durum alacaklının aleyhine ağır bir haksızlık oluşturuyorsa, kabul veya gözden geçirme süresi mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz gün olarak kabul edilir”. Söz konusu hükümde, gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir olgunun (fatura kesilmesi veya malın teslim edilmesi olgusunun) gerçekleşmesinden itibaren belirli bir süre sonra temerrüt ihtarı gerekmeksizin borçlunun kendiliğinden temerrüde düşeceği hüküm altına alınmıştır²³. TTK m 1530/V ve IV hükümlerinde yer alan “faturanın veya eş değer ödeme talebinin borçlu tarafından alınması” ya da “mal veya hizmetin teslim alınması” anından itibaren kanunda öngörülen süre sonunda temerrüdün kendiliğinden gerçekleşeceği yönündeki düzenleme ile kanun koyucunun anılan maddede belirtilen büyük işletmeler ile küçük işletmeler arasındaki tedarik sözleşmeleri bakımından, “belirli vade”nin varlığını kabul ettiği açıkça görülmektedir²⁴.

TTK m 1530'daki bu hükümler bir kenara bırakılacak olur ise, borçlar hukukunda genel olarak, sözleşmede gerçekleşmesi beklenen bir olgunun gerçekleşmesinden

²³ TTK m.1530/V gereğince ise: “Sözleşmede öngörülen ödeme süresi, faturanın veya eş değer ödeme talebinin veya mal veya hizmetin alındığı veya mal veya hizmetin gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren en fazla almış gün olabilir. Şu kadar ki, alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum yaratmamak koşuluyla ve açıkça anlaşmak suretiyle taraflar daha uzun bir süre öngörebilirler. Ancak alacaklının küçük yahut orta ölçekli işletme (KOBİ) veya tarımsal ya da hayvansal üretici olduğu veya borçlunun büyük ölçekli işletme sıfatını taşıdığı hâllerde, ödeme süresi, almış günü aşamaz”. TTK m.1530 hükmü ile getirilen ihtarsız temerrüt halleri bakımından detaylı bilgi için bkz Atamer/Okutan-Nilsson (21) 37 vd; Oğuzman/Öz (7) C I, N 1525a vd; Saibe Oktay-Özdemir, ‘Türk Borçlar Kanunundaki Temerrüt Ve Faiz Hükümleri Karşısında Türk Ticaret Kanunu m. 1530’da Getirilen İfa Zamanına İlişkin Düzenlemelerin Uygulama Alanı’, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan (Der 2015) 691; Yıldız, TTK m 1530 (21) 369 vd; Nurdan Orbay Ortaç, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz’ (2014) (2) Ankara Barosu Dergisi 129; Yasemin Yücesoy Yılmaz, ‘Ticari İşlerde Faiz Ve Yargıtay Uygulaması’ (2019) (140) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 324.

TTK m.1530’da, vadenin kanun tarafından belirlendiği bir hal söz konusu olmakla birlikte, vadenin kanun tarafından belirlenmesi sebebiyle temerrüt ihtarının gerekeceği şeklinde bir yorum yapılamaz. Zira kanun hükmü, açıkça ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşüleceğini hüküm altına almıştır (TTK m.1530/II ve IV).

²⁴ Aynı yönde Atamer/Okutan-Nilsson (21) 47.

İtibaren takvim günü olarak hesaplanabilen bir süre sonunda borcun ifa edileceği tarzındaki sözleşme hükümleri bakımından belirli vade nitelmesi yapılabilir mi? Ki belirli vade nitelmesi yapılabilirse, borçluyu temerrüde düşürmek için temerrüt ihtarına gerek olmayacak, aksi halde borçlu ancak temerrüt ihtarının kendisine tebliğ üzerine temerrüde düşecektir. Bu soruya verilecek cevap, belirli vadenin söz konusu olup olmadığı, sözleşmenin kuruluş anına göre mi tayin edilmesinin zorunlu mu olduğu, yoksa vadenin, sözleşme kurulduktan sonraki bir tarihte belirli hale gelmesinin (belirlenebilir olmasının) yeterli mi kabul edileceği konusundaki tartışmada benimsenecek görüşe göre değişecektir:

1. Belirli Vadenin Sözleşmenin Kuruluşu Anında Tayin Edilmiş Olması Gerektiği Görüşü

Öğretide savunulan klasik görüşe göre²⁵, belirli vade, sözleşmenin kuruluş anına göre tayin edilir; vade sözleşme kurulduğu anda belirli veya kesin olarak hesaplanabilir bir tarih ise, belirli vade söz konusu olacaktır. Çünkü ihtar gereğinin ortadan kalkması için, borçlunun daha işin başında, sözleşme kurulduğu anda ifa zamanını açık ve kesin olarak tayin edebiliyor olması gerekir. Vadenin belirlenmesi için bir olgunun gerçekleşmesinden ya da taraflarca kararlaştırılan bir başlangıç anından itibaren bir süre hesabının yapılmasının gerekli olduğu hallerde, borçlu sözleşme kurulduğu anda ne zaman ifada bulunacağını kesin olarak belirleyebilir durumda olmalıdır. Örneğin “sözleşmenin imzalanmasından itibaren 45 gün içinde ödeme yapılacağı” şeklindeki bir sözleşme kaydında, ifa zamanı, sözleşme kurulduğu an itibarıyla hesaplanıp belirlenebilir bir durumda olduğundan, borçlu ihtara gerek olmaksızın belirlenen ifa zamanının sona ermesi üzerine temerrüde düşer.

²⁵ Becker (8) BK OR Art 102, N 28; Weber (10) BK OR Art 102, N 112; Theodor Bühler, *ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2d, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art 1-529 OR), Der Werkvertrag, Art 363-379 OR* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1998) Art 366, N 5; Schenker, *Schuldnerverzug* (n.2) N 186; Franz Schenker, ‘Die rechtzeitige und die verspätete Erfüllung von Verbindlichkeiten’, (1989) 7(2) *Recht* 51; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, (2nd edn, Schulthess 1988) 358-359; De Feo (3) N 129; Barlas (1) 55- 56 ve orada dn 157; Turgut Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, (3rd edn, Vedat 2016) 87, 152 (Yazar, sonradan belirlenen vade bakımından temerrüt ihtarını gerekli görmele birlikte sözleşmede aksinin kararlaştırılabileceğini ifade etmektedir, bkz 87); Oser/Schönenberger (7) OR Art 102, N 21; Oğuzman/Öz (7) C I, N 1525c; Furrer/Wey (7) Art 102, N 37; Tarkan Göksu, *Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)*, (9th edn, Schulthess 2016) Art 102, N 3; Doruk Gönen, *İnşaat Sözleşmesinde Bedel*, (On İki Levha 2016) 268-269; açık olmamakla birlikte Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, (4th edn, Vedat 2017) §26, N 60; açık olmamakla birlikte Çağlayan (19) 219-220; BGE 11 II 426; BGer 4A_70/2008 (12.08.2009) E 6.2.4.

Serozan’a göre, “ 30 gün içinde ödenmesi gerekir ’ kaydını içeren fatura yeterli kesinlikte sayılamaz ve ihtarsız temerrüde yetmez” (Rona Serozan, *(Kocayusuşpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, -Ek Uygulama Çalışmaları-* (7th edn, Filiz 2016) §17, N 5, a). Aynı yönde Bucher (25) 358-359; Schenker, *Schuldnerverzug* (n.2) N 186 (ancak yazar, fatura yoluyla alacaklının borçludan sözleşme kaydında belirtilen zaman içinde (30 gün içinde) ödeme yapmasını **talep etmesi** halinde, faturanın belirli bir süre zarfında ödeme talebini içeren bir muacceliyet ihbarı teşkil edeceğini ifade etmektedir. Bkz *Schuldnerverzug*, N 203). “30 gün içinde ödeyiniz” yazılı bir faturanın, süreli bir temerrüt ihtarını niteliğinde olduğu yönünde: Wiegand (7) BSK OR, Art 102 N 9; Hans Giger, *Hafpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Hafpflichtbestimmungen*, (Dike 2016) Art 102, N 4. Gönen’e (25) göre, “ödememin temel üstü ruhsatının alındığı tarihte veya bankadan kredi alınmasından itibaren 10 gün içinde yapılacağına kararlaştırılması örneklerinde olduğu gibi, vade gününün sözleşmenin kurulmasından sonra tespit edilebilir hale geldiği ve yüklenicinin bu konudaki bildirim olmaksızın iş sahibinin haberdar olamayacağı durumlarda, iş sahibinin temerrüde düşmesi için yüklenicinin ihtarında bulunması aranır” (268-269).

Buna karşılık ifa zamanı sözleşmenin kurulduğu an itibariyle belirlenebilir halde olmayıp da sonradan ortaya çıkacak olan olguya göre belirlenebilecek ise, borçluyu temerrüde düşürmek için temerrüt ihtarı gerekir²⁶. Örneğin “fatura düzenlendiği tarihten itibaren 30 gün içinde hakedişin ödeneceğinin”, “teslimden itibaren 10 gün içinde ödeme yapılacağı”, “inşaat ruhsatının alınmasından itibaren 18 ay içerisinde inşaatın teslim edileceğinin” kararlaştırıldığı hallerde, sözleşme kurulduğu anda, ifanın ne zaman yapılacağı belirli değildir. Bu örneklerde, ancak, fatura düzenlendiği, teslimatın yapıldığı veya inşaat ruhsatının alındığı tarihten itibaren (yani sözleşmenin kurulmasından daha sonra) ifa zamanı hesaplanabilir hale gelmektedir. Kanun koyucunun TBK m 117/I hükmü gereğince “temerrüt ihtarı” ile korumak istediği amaç dikkate alındığında, vadenin sözleşme kurulduğu anda belirli/belirlenebilir halde olmadığı, sonradan belirli hale geldiği bu durumlarda da temerrüt ihtarı gerekir²⁷.

Öğretide²⁸ belirsiz vadeye konu (ne zaman gerçekleşeceği bilinmemekle birlikte gerçekleşeceği kesin olan) olgunun gerçekleşmesi üzerinden belirli bir süre sonra ifanın kararlaştırıldığı hallerde de yine temerrüt ihtarının gerekli olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, örneğin bir kimsenin ölümünden 3 ay sonra borcun ifa edileceği kararlaştırılmışsa, borçluyu temerrüde düşürmek için yine de temerrüt ihtarı gerekecektir.

2. Belirli Vadenin Sözleşmenin Kuruluşundan Sonra da Tayin Edilebileceği Görüşü

Bizim de katıldığımız bu görüşe göre²⁹, vadenin sözleşme kurulduğu anda belirli

²⁶ Becker (8) BK OR Art 102, N 28, 29; Weber (10) BK OR Art 102, N 113; Barlas (1) 55-56 ve orada dn 157; Öz, İnşaat (25) 87, 152.

²⁷ Weber (10) BK OR Art 102, N 116; Barlas (1) 57.

²⁸ Feyzioğlu (7) C II, 236. Söz konusu örnek bakımından aksi yönde olmak üzere vadenin belirli olduğunun kabul edildiği bir karar için bkz BGE 11 II 426.

²⁹ Alfred Koller, *BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/3/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art 363-366 OR, Art 366 / 2. Abschnitt: Art 366 Abs 1 OR / II. Der Tatbestand des Herstellungsverzugs*, (Stämpfli 1998) N 120-122; Alfred Koller, ‘Die Verbindung von teleologischer Reduktion und Analogie, dargestellt am Beispiel von Art 102 Abs 1 und 2 OR’, *Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer*, (Helbing & Lichtenhahn 2004) 526; Nomer (7) N 186.9; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (4th edn, Stämpfli 2017) N 32; Sarı (6) 1582 vd; Ayan, TTK m.1530 (20) 754; Atamer/Okutan-Nilsson (21) 36, ayrıca bkz 47; Antalya (2) C III, 49 ve 424; Serkan Ayan, *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, (Seçkin 2008) 164-165; Yüce (n.5) 66-67 ve 119 vd; Hasan Seçkin Ozanoğlu, ‘İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenecek Ceza Şart Kayıtları’, (1999) 3(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71-72; Gökhan Dirican, *Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Ceza Şart ve Yargıtay Uygulaması*, (Vedat 2007) 44; İbrahim Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, (Yetkin 2013) 219-220, 222-223; Kılıç Öztürk (7) 69.

“Satış parasının malın tesliminden sonraki onuncu günde ödenmesi” şeklindeki bir sözleşme hükmü bakımından belirli vadenin söz konusu olduğu görüşünde Eren (8) 1123-1124.

Antalya’ya (2) göre, “satım bedelinin malın tesliminden sonraki 10.günde ödeneceği” şeklindeki bir sözleşme kaydı bakımından temerrüt ihtarı gerekmez (C III, 424). Yazara göre, “sözleşme içeriğinden hareketle yapılacak yorumla kesinlikle hesaplama imkânı verebilecek objektif kriterlere göre” belirlenebilir bir vadenin varlığı yeterlidir.

“Fatura alınınca derhal” veya “fatura tarihinden itibaren 30 gün içinde” gibi kayıtları belirli vade niteliğinde olduğu yönünde: Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (7) OR AT, N 2713; Koller, *Verbindung* (29) 526; Koller OR AT (29) N 32; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, (7th edn, Stämpfli 2016) § 7.19.

“Sözleşmenin yapılmasından itibaren 36 ay içinde”, “inşaat izninin alınmasından itibaren 24 ay içinde” gibi sözleşme hükümleri bakımından TBK m.117/2 gereğince, borcun ifa edileceği gün taraflarca birlikte belirlenmiş olduğundan yüklenici

olmasa bile sözleşmenin kurulmasından sonraki süreçte kesin ve açık bir şekilde belirli hale gelmesi, belirli vadenin varlığı için gerekli ve yeterlidir. Diğer bir deyişle, “sonradan “belirli hale gelen vade” de, belirli vade niteliğindedir. Önemli olan da, sözleşmenin kurulduğu anda değil, ifanın gerçekleşeceği tarihten önceki herhangi bir zamanda vadenin kesin ve açık olarak hesaplanabiliyor olmasıdır³⁰. Buna göre, “hakedişin onaylanmasından itibaren 45 gün içinde yükleniciye/taşeronu inşaat bedelinin ödeneceği ya da tedarikçiye malzeme bedelinin ödeneceği” tarzındaki sözleşme hükümleri, öngörülen olgunun gerçekleşmesi yani **hakedişin onaylanması halinde**, belirli vade niteliğinde kabul edilecek ve borçluyu temerrüde düşürmek için temerrüt ihtarına gerek olmayacaktır. Zira her ne kadar sözleşme kurulduğu tarihte hakedişin onaylanacağı tarih henüz belirli değil ise de hakediş onaylandığı tarihte, bu tarihe 45 gün ilave edilerek ifa zamanının ne zaman olacağı kesin ve açık bir şekilde tespit edilebilecek haldedir. Bu örneklerde “ifa zamanının başlangıç anının gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmesine bağlanması (teknik anlamda olmayan koşul)” + belirli vade söz konusudur.

Nitekim kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 102. maddesinin Almanca metninde de “belirli bir vade günü kararlaştırılmışsa” ifadesine yer verilmiştir ki, madde metninde, bu belirlemenin mutlaka sözleşmenin kurulduğu tarihte yapılması gerektiği yönünde bir sınırlama da yer almamaktadır. Ayrıca yukarıda ifade edildiği üzere Alman Hukukuna bakıldığında da “sonradan belirli hale gelen vade” nin kabul edildiği ve ifa zamanının, ifadan önce gerçekleşecek bir olaydan itibaren belirli bir süre sonra şeklinde kararlaştırılması halinde temerrüt ihtarına gerek olmadığına hükme bağlandığı görülmektedir (BGB §286/II-2).

Öte yandan, yukarıda da belirtildiği üzere, TTK m 1530/V ve IV hükümlerinde, büyük işletmeler ile tedarikçi küçük işletmeler arasındaki tedarik sözleşmeleri bakımından, tedarikçilerin alacakları yönünden, kanun koyucu “sonradan belirli hale gelen vadenin” de belirli vade niteliğinde olduğunu açıkça kabul etmekte ve borçlunun temerrüde düşmesi için temerrüt ihtarına gerek görmemektedir. Söz konusu yasal düzenlemenin sonucu olarak büyük işletmeler ile küçük işletmeler arasındaki

bu sürenin sonunda ihtar gerek olmaksızın temerrüde düşeceği yönünde: Numan Tekelioğlu, ‘İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart Ve Götürü Tazminat’, (2017) (2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 164.

İnşaat sözleşmelerinde hakediş alacaklarının ifa zamanı için belirli bir vade kararlaştırılmayan hallerde, ara hakedişteki –düzeltilmeler de dâhil olmak üzere- tüm imzaların tamamlanması üzerine, hakediş borcu iş sahibi tarafından bilinen hale geldiğinden, ihtar gerek olmaksızın, iş sahibinin temerrüde düşeceği kabul edilmektedir:

İbrahim Kaplan, ‘İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları’, *İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, 18-29 Mart 1996, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını 1996) 167; Kaplan, İnşaat (29) 219-220 ve 222-223; Köksal Kocağa, *İnşaat Sözleşmesi* (Yetkin 2014) 220.

Ard arda teslimli satış sözleşmesinde, bu türden sonradan belirli hale gelen vadeler öngörülmüşse, temerrüt ihtarının aranması halinde, çekilmez bir durum ortaya çıkacağı yönünde Yüce (n.5) 127. Yazarın verdiği örneğe göre her ayın ilk haftası 20.000 ton süt gönderileceği, alıcının da sütün tesliminden sonra 15 gün içinde ödeme yapacağı hükmünü içeren bir çerçeve sözleşmede, temerrüt ihtarına gerek görülecek olursa, alıcının her bedel ödeme borcunu yerine getirmediği münferit satış sözleşmeleri bakımından ayrı ayrı temerrüt ihtarında bulunulması gerekecektir.

³⁰ Sarı (6) 1583.

tedarik sözleşmelerinde, faturanın veya mal ve hizmetin alınmasından itibaren otuz gün sonunda temerrüdün kendiliğinden gerçekleşeceği kabul edilirken; diğer tarafta, söz konusu tedarik sözleşmelerinin dışında kalan sözleşme ilişkileri bakımından faturanın veya mal ve hizmetin alınmasından itibaren belirli süre sonra borcun ifa edileceğinin kararlaştırıldığı hallerde TBK m 117/II gereğince belirli vade söz konusu olmadığından bahisle temerrüt ihtarı aramak, benzer olaylar için farklı yasal sonuçların varlığını kabul etmek olur. Ki benzer olaylar için farklı sonuçların kabul edilmesi ise, çelişkili ve adalet duygusunu sarsan bir durum ortaya çıkaracaktır. Oysa, katıldığımız görüş doğrultusunda, sonradan belirli hale gelen vade bakımından temerrüt ihtarına gerek olmadığı sonucuna varılırsa, bu çelişkili sonuç engellenmiş olur.

Bu görüşün haklı olarak dayandığı diğer bir gerekçe de, sözleşmenin taraflarından birine muacceliyet ihbarında bulunarak borcu muaccel hale getirme yetkisinin verildiği hallerde, muacceliyet ihbarında bulunulması halinde temerrüt ihtarına gerek olmaksızın borçlunun temerrüde düşeceğine dair bizatihi TBK m 117/II, c 1 hükmünde yer alan düzenlemedir. TBK m 117/II, c 1 gereğince, “*borcun ifa edileceği gün, (...) sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle (...) borçlu temerrüde düşmüş olur*”. Oysa muacceliyet ihbarında bulunmak suretiyle borcun ifa zamanının belirlendiği hallerde, sözleşme kurulduğu sırada borcun ne zaman ifa edileceği açık ve kesin bir şekilde belirlenebilir halde değildir. Ancak muacceliyet ihbarında bulunulması üzerine borcun ifa zamanı gelmekte ve bu tarihin geçmesi üzerine, -temerrüt ihtarında bulunmaya gerek olmaksızın (!)- kendiliğinden temerrüt oluşmaktadır. Diğer bir deyişle, muacceliyet ihbarı üzerine belirli hale gelen bu ifa zamanı, esas itibarıyla bir belirli vade niteliğinde olup, yalnızca vadenin belirlenmiş tarzı özellik arz etmektedir³¹. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, ifa zamanının belirlenmesinin sözleşmenin kurulduğu tarihten daha sonraki bir tarihte mümkün olması halinde de, belirli vadenin söz konusu olacağını kabul etmektedir. O halde, ifa zamanının gerçekleşmesi beklenen bir olgunun gerçekleşmesinden itibaren belirli bir süre sonra geleceğinin (örneğin inşaat bedelinin, hakedişin onaylanmasından itibaren 30 gün içinde ödeneceğinin) kararlaştırıldığı bir sözleşmede, öngörülen olgunun gerçekleşmesi (hakedişin onaylanması) üzerine, ifanın ne zaman yapılacağı açık ve kesin bir şekilde belirlenebilmektedir. İfa zamanı gelmeden önce ifa zamanının bilinebilir olması gerekli ve yeterli kabul edilmelidir³².

Bununla birlikte, ayrıca belirtelim ki, sözleşmede gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleştiğinin bilgisine yalnızca alacaklının sahip olduğu ve alacaklının olgunun gerçekleştiği konusunda borçluya bilgi vermediği hallerde, borçlu olgunun gerçekleştiğini öğrenememişse, bu durumda belirli vade ile öngörülen amaç (yani

³¹ ibid 1583, dn 27.

³² ibid 1584; Yüce (n.5) 124; Kılıç Öztürk (7) 69.

borçlunun borcunu ifa edeceği günü bilmesi ve böylece temerrüdün ağır sonuçlarından kurtulma imkânına sahip olmasının sağlanması amacı) gerçekleşmez. Buna göre, ifa gününü bilemez halde olan borçlunun, her şeye rağmen olgunun gerçekleşmesinden itibaren sözleşmede öngörülen sürenin sonunda kendiliğinden temerrüde düşerek, temerrüdün sonuçlarından sorumlu tutulması dürüstlük kuralına uygun düşen bir yorum olmaz³³. Bu sebeple, borçlunun ifa zamanının bağlandığı olgunun gerçekleştiğini öğrenemediği hallerde, temerrüdün kendiliğinden oluştuğu kabul edilemez; zira ödeme gününü bilmeyen borçlunun, TBK m 117 hükmünün *ratio legis*'i dikkate alınarak yapılacak bir yorumla, temerrüde düşmesi için ihtar edilmesi gerekliliğini aramak gerekir³⁴. Dolayısıyla bu durumda borçlunun, en erken, alacaklının temerrüt ihtarına üzerine temerrüde düşeceği kabul edilmelidir³⁵. Örneğin inşaat ruhsatı alma yükümlülüğünün yükleniciye bırakıldığı bir inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin ilk hakediş alacağının ruhsatın alınmasından itibaren 30 gün içinde ödeneceği kararlaştırılmışsa, yüklenici, inşaat ruhsatının alındığını iş sahibine bildirmemişse ve iş sahibi de ruhsatın alındığı bilgisine sahip değilse, iş sahibinin ruhsatın alındığı tarihten itibaren 30 gün sonra kendiliğinden temerrüde düşeceği kabul edilemez.

Acaba, gelecekte gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmesinden itibaren belirli bir süre sonra değil de, olgunun gerçekleştiği tarihte ifanın yapılacağı kararlaştırılmışsa (örneğin “malın teslim edildiği gün”, “hakedişin onaylandığı gün” ya da “faturanın kesildiği gün” ödeme yapılacağı kararlaştırılmış ise), bu durumda da yine belirli vadeden söz edilebilir mi? Türk ve İsviçre Hukuklarında bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Alman Hukukunda, genel olarak bu soruya olumsuz cevap verilmektedir³⁶. Çünkü BGB §286/II-2’de, olgunun gerçekleşmesinden itibaren takvim gününe göre hesap edilebilen “makul bir sürenin” (*angemessene Zeit*) geçmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Ne kadar bir zamanın makul süre olacağı, her bir somut olaydaki sözleşmeye, ifanın türüne ve kapsamına göre değişir³⁷. Buradan yola çıkan Alman yazarlar, olgudan itibaren belirli bir sürenin geçmesi gerekliliğini

³³ Aynı yönde Haluk Nami Nomer, ‘Haksız Fiil ile Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borçlunun Temerrüdü İçin İhtar Gerekir Mi?’, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, C II, (Onikilevha 2010) 1305-1306; farklı gerekçeyle benzer yönde bkz ve karşı Gönen (25) 268-269.

İnşaat sözleşmeleri bakımından bedel borcunun iş sahibi tarafından bilinmeyeceği haller ile ilgili bir değerlendirme için bkz Kocaağa (29) 220. Yazara göre, “*bedel alacağının muacceliyeti, yüklenicinin inşaatın tesliminden önce veya teslimi sırasında iş sahibine bir fatura ibraz etmesine bağlı değildir. Ancak, kendisine fatura ibraz edilmeden iş sahibinin bedelin miktarını bilmeyeceği hallerde, örneğin bedelin birim fiyatları veya TBK m.481 gereğince gidere göre hesaplanacağı hallerde, bedel muaccel olduğu ve zamanaşımı süresi işlemeye başladığı halde, yüklenici söz konusu miktarı gösteren bir fatura ibraz etmedikçe, iş sahibini ihtarla temerrüde düşüremez*”.

³⁴ Nitekim Nomer’in de belirttiği üzere, “*kanun koyucu ifa zamanının belirli olmadığı veya borçlu tarafından bilinmediği durumlarda borçluyu korumak istemiştir. İhtar yoluyla, ifa zamanının belirsiz veya borçlu tarafından bilinmiyor olmasının borçlu için yaratacağı sert sonuçlardan kaçınılmış olur*” (İhtar (33) 1305-1306). [Vurgu, tarafımızca yapılmıştır].

³⁵ Hatırlatalım ki, belirli vadenin sözleşmenin kurulması anında tayin edilebilir bir tarih olması gerektiğini savunan görüş açısından (bkz yukarıda §III.A.1), buradaki yoruma ihtiyaç yoktur. Zira bu görüş kabul edilecek olursa, zaten sözleşme kurulduğu anda belirlenebilir halde olmayan hiçbir vade, belirli vade olarak görülmeceği için, borçlunun sonradan gerçekleşen olguyu öğrenemediği hallerde de otomatik olarak aynı sonuca varılacak ve temerrüt için yine ihtar gerekecektir.

³⁶ Ernst, MüKo (20) BGB § 286 Rn 62-65; Jauernig/Stadler (20) BGB § 286 Rn 28; Staudinger/Löwisch/Feldmann (20) BGB § 286, Rn 81; Grüneberg, Palandt (20) BGB § 286, Rn 23.

³⁷ Staudinger/Löwisch/Feldmann (20) BGB § 286, Rn 81; Lorenz, BeckOK (20) BGB § 286 Rn 36.

ve bu sürenin de makul bir süre olması gerekliliğini koşul olarak aramaktadırlar³⁸. Bu durumda bu sürenin sifra indirilmiş olması halinde (yani olgunun gerçekleştiği gün ifanın yapılacağına kararlaştırıldığı hallerde) temerrüt ihtarının yine de gerekeceği kabul edilmektedir³⁹. Bu görüş kabul edilecek olursa, malın tesliminde (aynı gün) ödeme yapılacağına kararlaştırıldığı bir örnekte temerrüt ihtarı gerekir. Öte yandan paranın ödenmesinden itibaren 2 gün gibi kısa bir süre (ifa için yetersiz bir süre) içinde malın teslim edileceğinin kararlaştırıldığı bir örnekte teslim için öngörülen süre makul değilse, bir görüşe⁴⁰ göre yine temerrüt ihtarı aranacaktır, diğer görüşe⁴¹ göre ise temerrüt makul sürenin geçmesi üzerine oluşacaktır. Kanımızca, taraflar ister olgunun gerçekleştiği gün ifanın yapılacağını, isterse olgunun gerçekleşmesinden itibaren kısa bir zamanda (ertesi gün veya 2 gün içinde) ifanın yapılacağını kararlaştırmış olsunlar fark etmeksizin, taraf iradelerine değer verilmesi gerekir. Demek ki taraflar olgunun gerçekleşmesinden itibaren aynı gün veya kısa zamanda ifanın mümkün olduğu kabulü ile böyle bir ifa zamanı kararlaştırmışlardır. Daha açık bir deyişle, taraflar vadesiz bir işlem yapmak ya da belirsiz vadeli bir işlem yapmak iradesi ile hareket etmemişler; tam aksine ifa için belirlenebilir bir zaman tayin etmişlerdir. O halde tarafların bu yöndeki iradelerine değer verilmek gerekir. Bu sebeple, Alman Hukukunda savunulan bu görüşün, kendi içinde çelişki barındırması gerekçesiyle isabetli olmadığı görüşündeyiz. Kanaatimizce, sözleşmede olgunun gerçekleştiği gün ifanın yapılacağına kararlaştırıldığı hallerde, olgunun gerçekleştiği günün mesai bitimine kadar borcun ifa edileceği kararlaştırılmış demektir ki bu halde de ifa zamanı tarafların kendi iradesiyle belirlenmiş durumdadır ve temerrüt ihtarı gerekli değildir. Olgunun gerçekleştiği günün ertesi günü ya da olgunun gerçekleşmesinden itibaren 2 gün (yetersiz zaman) içinde ifanın kararlaştırıldığı hallerde de durum aynıdır. Ancak kanımızca kural böyle olmakla birlikte bir takım istisnaların varlığına da değinmek gerekir: Şöyle ki, eğer öngörülen olgunun gerçekleştiği hususunda borçlu bilgi sahibi olamamışsa, bu durumda vade onun için bilinebilir olmayacağından, bu durumda olgunun borçluya bildirilmesinden itibaren sözleşmede geçmesi gereken sürenin sonunda temerrütün oluşacağı kabul edilmelidir. Öte yandan olgunun gerçekleştiği gün ya da gerçekleşmesinden itibaren kısa sürede ifanın yapılacağına kararlaştırıldığı hallerde, olgunun gerçekleştiği günden itibaren hesaplanacak zaman diliminde borcun ifası mümkün değilse ya da borcun ifası için yeterli zaman yok ise (tepki süresi (*Reaktionzeit*) yeterli değil ise), bu durumda ifanın mümkün olduğu ilk andan itibaren temerrütün oluştuğu kabul edilmelidir⁴².

³⁸ Ernst, MüKo (20) BGB § 286 Rn 62-65; Jauernig/Stadler (20) BGB § 286 Rn 28; Lorenz, BeckOK (20) BGB § 286 Rn 36; Schulze, HK (20) BGB § 286 Rn 14.

³⁹ Ernst, MüKo (20) BGB § 286 Rn 65; Grüneberg, Palandt (20) BGB § 286, Rn 23; Schulze, HK (20) BGB § 286 Rn 14. Farklı görüşte Lorenz' e göre, somut olay koşullarına göre, saatler de makul süreyi oluşturabilir (BeckOK (20) BGB § 286 Rn 36).

⁴⁰ Ernst, MüKo (20) BGB § 286 Rn 63 Yazara göre, öngörülen süre makul değil ise, sürenin sonunda muacceliyet oluşur ise de temerrüt için ihtar gerekir.

⁴¹ Jauernig/Stadler (20) BGB § 286 Rn 28; Staudinger/Löwisch/Feldmann (20) BGB § 286, Rn 82.

⁴² Karşı görüşte bkz Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (21st edn, Turhankitabevi 2017) 695. Yazara göre,

Öte yandan, yeri gelmişken değinelim ki, “malın tesliminden sonra / hakedişin onaylanmasından sonra / faturanın kesilmesinden sonra ödeme yapılacağı” ya da “inşaat ruhsatının alınmasından itibaren en kısa sürede inşaatın tamamlanacağı” tarzındaki sözleşme hükümlerinde, öngörülen olgunun gerçekleşmesinden (malın tesliminden, hakedişin onaylanmasından, faturanın kesilmesinden, inşaat ruhsatının alınmasından) sonra ne kadar bir süre içerisinde ya da hangi gün ifanın gerçekleşeceği belli değildir⁴³. Bu tarzdaki sözleşme hükümleri bakımından belirli vadenin söz konusu olmadığı ve temerrüt ihtarının gerekli olduğu kabul edilmek gerekir.

Diğer bir durum olarak, belirsiz vadenin sonradan belirli vade haline dönüşmesinin mümkün olup olmayacağı konusuna da değinmemiz gerekir. Kanımızca bu durum için genel bir kural vermek isabetli olmaz. Bunun yerine her somut olay açısından vadenin önceden yeterli kesinlik ve belirlilikte hesaplanıp bilinebilir halde olmasının mümkün olup olmamasına göre karar vermek gerekir: Örneğin, “A’nın ölümünden itibaren 3 ay içinde ödemenin yapılacağı” tarzındaki sözleşme hükümleri bakımından belirsiz vade mi söz konusudur yoksa vade sonradan belirli hale mi gelmektedir? “A’nın ölümü” ifa zamanının hesaplanmasına yarayan başlangıç anı olup, belirsiz vade niteliğinde iken, sonradan belirli hale gelmektedir. Bu sebeple de kanımızca bu örnekte kural olarak temerrüt ihtarına gerek yoktur. Buna karşılık, şayet borçlu, A’nın ölümünü, bu 3 aylık süre içinde öğrenememiş ise, bu ihtimalde, temerrüdün 3 ayın sonunda kendiliğinden oluşmayacağı sonucuna varmak gerekir. Zira A’nın ölümünü bilmeyen borçlu için vade belirlenebilir halde değildir. Bu hallerde borçlunun, olgunun gerçekleştiğini öğrendiği tarihten itibaren temerrüde düşebileceği kabul edilmelidir. Elbette alacaklının daha öncesinde temerrüt ihtarında bulunmak suretiyle borçluyu temerrüde düşürmesi mümkündür. Zira borçlu, temerrüt ihtarı üzerine olgunun gerçekleştiğini öğrenmiş olur.

Yukarıda vardığımız sonucu, ifa zamanının başlangıç anının belirsiz vadeye bağlandığı her türlü olgu açısından söylemek güçtür. Şöyle ki, şayet sürenin başlangıcının dayandığı olgunun gerçekleştiği tarihin objektif olarak tespit edilmesi mümkün değilse, artık ifa zamanı belirlenebilir bir halde olamayacağından, belirli

“ithalatçı firmanın, satış bedelini, malın gümrükten çekildiği gün ödeyeceği öngörülmüşse, vade vardır fakat kesin değildir; zira malların gümrükten ne zaman çekileceği belli değildir”. Yine karşı yönde olmak üzere bkz Hatemi/Gökayla (25) §26, N 60 (Yazarlara göre, “geminin vardığı gün” borcun ifa edileceğinin kararlaştırılması halinde belirli vade söz konusu olmayacaktır). Kanımızca ithalatçı firma, malın gümrükten çekildiği anda, mesai bitimine dek kalan süre ifaya yeterli ise, o gün mesai bitimi ile birlikte temerrüde düşer; zira bu örnekte vade, malın gümrükten çekilmesi üzerine sonradan belirli hale gelmiştir. Öte yandan geminin limana vardığı gün, vade sonradan belirli hale gelmiş olur ve kanımızca bu halde temerrüt ihtarı gerekmemelidir; meğerki ifa için yeterli süre (teпки süresi) bulunmasın.

⁴³ Aynı yönde Tunçomağ (1) C I, 908. “Fabrika üretime geçer geçmez” borcun ifa edileceği tarzındaki bir sözleşme hükmü bakımından, vadenin belirli olmadığı yönünde: Kılıçoğlu (42) 866. Kanımızca da böyle bir sözleşme hükmünü kararlaştıran tarafların iradeleri, fabrikanın üretime başlamasından sonra en kısa süre içerisinde borcun ifa edileceği yönündedir. Diğer bir deyişle bu kısa sürenin ne kadar olduğu belli olmadığından, bu örnekte vade belirli değildir. Benzer yönde BGR 14.5.2001, 5C 57/2001.

Alman Hukukunda, “belgelerin alınmasından sonraki 8 iş günü içinde” şeklinde kararlaştırılan vade bakımından, somut olarak hangi belgenin alınmasının kast edildiği anlaşılmadığından, takvim günü olarak belirlenebilir bir sürenin olmadığı yönünde: Staudinger/Löwisch/Feldmann (20) BGB § 286, Rn 80; Oberlandsgericht Koblenz, 25. 09.2008 – 5 U 552/08 (juris).

vade söz konusu olmaz. Bu hallerde ifa zamanı gelerek borç muaccel olsa dahi, temerrüt için ihtar gerekir. Çünkü hesaplamının belirsiz bir olguya dayanması halinde borçlunun ifada bulunabileceği son günü net bir şekilde tespit edebilmesi mümkün değildir⁴⁴. Örneğin “hasat zamanının başladığı tarihten itibaren 1 ay içinde ödeme yapılacağı”, “turizm sezonundan sonra on ay içinde yükleniciye kesin hakedişin ödeneceği”, “inşaata, yüklenicinin inşaata tam kapasiteyle başladığı tarihten itibaren 18 ay içinde tamamlanacağı” şeklindeki sözleşme kayıtlarında vadenin sonradan belirli hale geldiği sonucuna varılamaz. Çünkü “hasat zamanının başlangıcı”, “turizm sezonunun sona ermesi” ya da “inşaata tam kapasiteyle başlama” olguları, ifa zamanının hesaplanmasına yarayan başlangıç anı niteliğinde iseler de, bu olguların tam olarak ne zaman gerçekleşeceği (hasat zamanının tam olarak ne zaman başlayacağı ya da turizm sezonunun tam olarak hangi sona ereceği veya inşaata tam kapasiteyle hangi gün başlanmış olacağı), net bir takvim günü olarak söylenemez. Bu örneklerde sözleşmeye göre işlemesi kararlaştırılan sürelerin ne zaman kesin olarak başlayacağı söylenemeyeceğinden, bu sürelerin ne zaman sona ereceği de kesin bir bilgi olarak önceden saptanamaz haldedir. Bu sebeple de bu örneklerde, belirsiz vadenin sonradan belirli vade niteliğine dönüşmediğini kabul etmek ve temerrüt ihtarının varlığını aramak uygun olacaktır.

Ekleyelim ki, belirsiz vadenin kararlaştırılmış olduğu sözleşmelerde, borçluyu temerrüde düşürmek için kural olarak temerrüt ihtarı gerekli ise de, bazen, dürüstlük kuralı gereğince temerrüt ihtarına gerek olmayan belirsiz vade örnekleri ile de karşılaşılabilir. “Hasat zamanından itibaren 10 gün içinde borcun ödeneceğinin” kararlaştırıldığı bir örnekte, sonbahar mevsimi sona ermiş, kışa gelinmiş olduğu halde borç hâlâ ödenmemiş durumda olsun. Kanımızca, hasat zamanının çoktan bittiği, kış mevsiminin başladığı böyle bir durumda, borçluyu temerrüde düşürmek için temerrüt ihtarının şart olduğunu savunmak, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder (TMK m 2/II). Bu örnekte dürüstlük kuralı gereğince, hasat zamanının başlangıç anı farazi olarak saptanmalı ve bu süreden itibaren işleyecek on günün sonunda borçlunun temerrüde düştüğü kabul edilmelidir.

3. Yargıtay Uygulaması

Belirli vadenin sözleşmenin kurulduğu ana göre tespit edilip edilemeyeceği hususunda Yargıtay’ın genel olarak çelişkili kararlar verdiği gözlemlenmektedir:

a. Teslim ya da faturanın kesilmesi olgusuna dayanan ifa zamanı hakkındaki kararlar

Yargıtay’ın bazı kararlarında, malın tesliminden itibaren belirli bir süre içinde borcun ifa edileceğinin kararlaştırıldığı bir sözleşme hükmü bakımından, temerrüt

⁴⁴ Yüce (n.5) 129-130; Ayan, Temerrüt (29) 165.

ihtarı gerekmediği sonucuna varılmıştır⁴⁵. Bir başka kararda yer tesliminden itibaren belirli bir süre sonra inşaatın tamamlanacağı tarzındaki sözleşme hükmü, belirli vade olarak görülmüştür⁴⁶.

Faturanın kesilmesi tarihinden itibaren belirli bir süre sonra bedelin ödeneceği tarzındaki sözleşme hükümleri ile ilgili bazı Yargıtay kararlarında, sözleşmenin kurulduğu sırada faturanın ne zaman kesileceği belirli olmadığından, belirsiz vadenin söz konusu olduğu ve borçlunun temerrüde düşürülmesi için temerrüt ihtarının gerektiği sonucuna varılmıştır⁴⁷:

“Sözleşmenin 4. maddesinde “...işlerin tesliminde yüklenici fark faturasını tanzim ederek fark bakiyesini en geç fatura kesim tarihini takip eden 30. günün sonuna dek almaya hak kazanacaktır.” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu hükmünde fark faturasının hangi tarihte kesileceği açıkça belirtilmediğinden yani 30 günlük sürenin başlangıcı belirsiz bir tarih olduğundan bu hüküm (...) kesin vade olarak kabul edilemez”⁴⁸.

Buna karşılık diğer bazı kararlarda ise, faturanın kesildiği tarihten itibaren belirli bir süre sonra borcun ödeneceğine dair sözleşme kayıtlarının bu kere belirli vade -Yargıtay’ın hatalı ifadesiyle- “kesin vade”- olarak nitelendiği görülmektedir:

“(...) Sözleşmenin 26/A-İ. maddesi gereğince fatura karşılığında 15 gün içinde ödeme yapılacağına dair düzenleme kararlaştırılan kesin vade niteliğinde olduğundan (...)”⁴⁹.

⁴⁵ Yargıtay 11HD E 1975/3361 K 1975/1357, 27.2.1975, (Kazancı); aynı yönde: Yargıtay 15HD E 2009/758 K 2010/590, 08.02.2010 (Legalbank).

Kooperatiften ayrılan bir ortağa, ayrıldığı yılın bilançosunun genel kurulca kabulü suretiyle kesinleşmesinden itibaren bir ayın sonunda ödeme yapılacağı şeklindeki sözleşme hükmü bakımından vade gününü belli olduğu ve temerrüt ihtarına gerek bulunmadığı yönünde: Yargıtay 23HD E 2011/928 K 2011/242, 13.09.2011.

⁴⁶ Yargıtay 15HD E 2018/4023 K 2019/110, 10.1.2019: *“Sözleşmenin 8. maddesine göre işin süresi 320 takvim günüdür. (...) (Sözleşmenin) 10. maddesinde de sözleşmenin imzalanmasını müteakip iki gün içinde yer teslimi yapıp işe başlanacağı kararlaştırılmıştır. Buna göre işin 23.05.2006 +2 gün +320 takvim günü=10.04.2007 tarihine kadar anahtar teslimi tamamlanması gerekmektedir. (...) Somut olayda sözleşmede kararlaştırılan kesin vade bulunduğu ve kesin vade geçmesine rağmen davacı taşeron üstlendiği edimini tamamlayarak teslim etmemek suretiyle temerrüde düştüğünden (...)” (Lexpera).*

⁴⁷ Yargıtay 1HD E 2003/14094 K 2004/74, 12.01.2004: *“Marka kullanım ücretinin fatura edilmesini izleyen en geç bir ay içerisinde ödeme yükümlülüğü getirilmiş ise de, bu hüküm kesin vadeyi ifade etmemektedir” (Lexpera); Yargıtay 13HD E 2015/16117 K 2017/4767, 19.4.2017: “Mahkemece bilirkişi raporu üzerinde kısmi düzeltme yapılarak davalı kurumun faturanın muayene kabul tarihinden itibaren 30 gün sonra temerrüde düştüğü kabul edilerek asıl alacak üzerinden işlemiş faize hükmedilmiş ise de, işlemiş faize hükmedilebilmesi için davalının TBK 117 (eski BK 101) maddesi uyarınca temerrüt ihtarnamesi ile temerrüde düşürülmesi gerekir. Somut olayda davacı faturaları davalı kuruma ibraz etmiş, ancak ödemenin yapılmaması üzerine ihtarname göndererek davalıyı temerrüde düşürmemiştir. Bu husus tarafların ve mahkemenin de kabulindedir. Taraflar arasındaki sözleşmede de borcun ödeneceği tarih kesin vade ile kararlaştırılmamıştır. Bu durumda borçlu davalının temerrüde düştüğünden bahsedilemez” (Lexpera).*

“Malzemenin şartnamesine uygun olarak teslim alınmasından sonra, düzenlenecek gerçekleştirme belgesinin ilgili muhasebesine tesliminden sonra 30 gün içinde malzeme bedeli ödenir” şeklindeki sözleşmesel düzenlemeye ilişkin uyumsuzlukta, 30 günlük ödeme süresine başlangıç sayılan malın tesliminden sonra “düzenlenecek gerçekleştirme belgesinin ilgili muhasebeye verilme günü”nün kesin, hemen belirlenebilir bir gün olarak kabul edilemeyeceği ve dolayısıyla temerrüt için ihtar gerek olduğu yönünde: Yargıtay 19HD 5875/ 8741, 20.12.1993, (Kazancı); Yargıtay 13HD E 2005/1334 K 2008/2753, 21.04.2005 (Legalbank).

⁴⁸ Yargıtay 15HD E 2012/4466 K 2013/2950, 06.05.2013 (Lexpera); aynı yönde Yargıtay 19HD 2642/8549, 18.9.2008, (Kazancı).

⁴⁹ Yargıtay 15HD E 2013/1945 K 2014/1115, 19.2.2014 (Lexpera).

Aynı yönde, Yargıtay 19HD E 2014/743 K 2014/3713, 25.2.2014: *“Mahkemece (...) taraflar arasındaki sözleşmenin 3. maddesinde alıcının fatura bedelini fatura kesim tarihinden itibaren 15 gün içinde ödeyeceğinin, (...) belirtildiği, (...) bu maddede borcun hangi tarihte ödeneceğinin duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmediği, hangi tarihte fatura kesildiğinin davalı tarafından bilinmesi mümkün olmadığından kesin vade olmadığı” (sonucuna varılmıştır). / (...) Taraflar*

b. Hakedişin onaylanması olgusuna dayanan ifa zamanı hakkındaki kararlar

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, inşaat sözleşmelerinde inşaat bedelinin ödenmesi borcu, “hakedişin iş sahibi tarafından düzenlenmesi” veya “yüklenici tarafından düzenlenen hakedişin iş sahibi tarafından onaylanması” olgusuna bağlandığı sözleşmelerde, bu olgunun gerçekleşmesinden itibaren belirli bir süre sonra bedel borcunun ödeneceği tarzındaki sözleşme hükümleri, belirli vade niteliğinde görülmemekte ve temerrüt ihtarinin varlığı koşul olarak aranmaktadır. Zira Yargıtay'a göre, sözleşmenin kurulduğu tarihte hakedişin ne zaman onaylanacağı belirli olmadığından, ortada belirli bir vade yoktur. Bu sebeple borçlu ancak temerrüt ihtarı ile temerrüde düşürülebilir ve dolayısıyla temerrüt ihtarından önce, ödenmeyen hakediş alacağı sebebiyle temerrüt faizi işletilemez. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin hakedişe bağlanan alacaklarla ilgili bu yöndeki kararları, yerleşik içtihat halini almıştır:

“Taraflar arasında imzalanan 09.10.2006 tarihli sözleşmenin 12. maddesinde, sözleşmenin eki Yapım İşleri Genel Şartnamesinde düzenlenen esaslar çerçevesinde 30 günde bir hakediş raporu düzenlenir, 30 gün içinde tahakkuka bağlanarak 15 gün içinde ödenir, hükmüne dayanılarak takipte işlemiş faiz alacağının da ödenmesi istenmiş, mahkemece bu istem kısmen kabul edilmiştir. Oysa bu düzenleme BK'nın 101. (Yeni TBK 117.) maddesine kesin vade niteliğinde olmayıp, hakediş alacağının muacceliyetine ilişkin olduğundan davalının hakediş bedeli istenilmek suretiyle usulen temerrüde düşürülmesi zorunludur. Dairemizin yerleşik uygulaması da bu yöndedir. Bu nedenle takipten önce temerrüdün varlığı kanıplanmadığından davalı temerrüdü takip tarihinde gerçekleştirmiştir. O halde davacının işlemiş faiz istemi reddedilmelidir”⁵⁰.

“ (...) (Sözleşmede) hakedişlerin onayından sonra 20 gün içerisinde bedelin idare tarafından ödeneceğine ilişkin hüküm, kararlaştırılmış kesin vade olmayıp Daire'mizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre alacağın muaccel olduğu tarihi belirleyen bir düzenlemedir”⁵¹.

arasındaki sözleşmenin 3. ve 4. maddelerine göre, fatura düzenleme tarihleri açıkça belirtilmiş olup, bu tarihten itibaren borcun 15 gün içinde ödeneceği kararlaştırıldığına göre, temerrüt tarihinin bu hükümler gözetilerek belirlenmesi ve sözleşmedeki bu hükümlerde belirtilen vadelerinin kesin vade olduğunun kabulü gerekir (...)” (Lexpera).

Yargıtay 15HD E 2006/7800 K 2007/8179, 25.12.2007: “Ödeme istemi içermeyen fatura tebliği temerrüde esas alınmaz ise de; Dairemizce tahakkuk müzakeresi ve verile emrinde asıl alacağın uygun bulunması ve ödenmesi gerektiğinin davalı yanca kabul edilmiş olması halinde temerrüdün o tarihte gerçekleştiği kabul edilmektedir. Somut olayda 31.12.2001 tarih ve 008189 seri nolu 38.952.474.097 TL'lik fatura bedeli aynı tarihte tahakkuk müzakeresi ve verile emrine bağlanarak onanmış olmakla temerrüt belirtilen tarihte gerçekleşmiştir” (Lexpera).

Yargıtay 15HD E 2015/280 K 2015/4887, 8.10.2015: Davaya konu bir olayda, sözleşmede borcun ifa tarihleri şöyle tespit edilmiştir: “...Peşinat %20 :38.000 YTL, avan proje onayında %20 :38.000 YTL, 1/50-1/100 ölçekli uygulama projelerinin tesliminde %20 :38.000 YTL, İmalat detay projelerinin tesliminde %20 :38.000 YTL, ihale dosyasının tesliminde %20 :38.000 YTL...”. Yerel Mahkeme anılan tarihlere temerrüdün gerçekleştiğine hükmetmiş ve karar Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından çoğunlukla onanmıştır. Ancak karşı oy yazısına göre: “(...) İfa gününün muayyen (belirli) sayılabilmesi için sözleşme tarihi itibarıyla takvime bakıldığında ifanın en geç hangi tarihte yapılacağına her türlü tereddüden uzak bir şekilde açık seçik belli olması veya borçlunun bu tarihi kat'ı bir şekilde hesaplayabilir olması gerekir. Örneğin sözleşme tarihini izleyen 20 nci günde borç ifa edilecek gibi. Bu örnekte sözleşme tarihi belli olduğundan bu tarihte 20 günün ilavesiyle ifa günü kesin olarak hesaplanabilecektir. Şayet hesaplamaya esas alınan tarih sözleşme tarihi itibarıyla belli değilse, örneğin, ödemenin faturanın düzenlenmesini takip eden 20 nci günde yapılacağı kararlaştırılmış, ancak faturanın hangi tarihte kesileceği belirtilmemişse kesin vadenin varlığından söz edilemeyecektir. / (...) (Somut olayda) (p)rojelerin teslim edileceği tarihler sözleşmede açıkça belirtilmediğinden, projelerin hangi tarihte teslim edildiği dosyada mevcut deliller incelenmek suretiyle bilirkişilerce belirlendiğinden kesin vadenin bulunduğu kabul edilemez ve proje teslim tarihi faize başlangıç yapılamaz. (...) Açıklanan nedenlerle kararın bozulması gerektiğinden sayın çoğunluğun onama yönündeki görüşlerine iştirak etmiyorum” (Lexpera) .

⁵⁰ Yargıtay 15HD E 2010/2259 K 2011/2498, 25.04.2011 (Lexpera).

⁵¹ Yargıtay 15HD E 2010/5619 K 2011/567, 07.02.2011 (Lexpera).

“(S)özleşmenin 12. maddesinde **hakedişler düzenlendikten sonra 30 gün içinde ödeme yapılacağı belirtilmiş ise de, hakedişlerin ne zaman düzenleneceği konusunda kesin bir tarih belirtilmemiştir. Bu durumda kesin vadeden söz etmek mümkün değildir. Mahkemece, fatura tarihlerinden 30 gün sonra temerrüdün oluştuğu kabul edilerek bu doğrultuda hesaplama yapılan bilirkişi raporuna itibar edilerek karar verilmesi doğru olmamıştır**”⁵².

“Temerrüt faizi başlangıç tarihi yönünden; muaccel bir borcun borçlusunu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş (kesin vade bulunması) veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlenmişse, bu günün geçmesiyle; borçlu temerrüde düşmüş olur. (eBK 101. TBK 117. madde) Kesin vadeden söz edebilmek için tarihin açıkça belirlenmiş veya belirlenebilir olması gerekir. Ne zaman düzenleneceği ve hangi tarih olduğu kesin olarak belirlenemeyen **hakedişin idarece onaylanmasından sonra 30 gün içinde tahakkuka bağlanıp 15 gün içinde ödeme yapılacağına dair olan sözleşme hükmü kesin vade niteliğinde değildir. Kesin vade olmadığı gibi temerrüde düşüren ihtarname de çekilmeden icra takibi yapılmış ise takip tarihinde temerrüt gerçekleşir (11.12.1957 tarih 17/29 sayılı İBK). Sözleşmede kesin vade bulunmadığı halde 09.08.2010 tarihli ihtarname ile davalının temerrüde düşürüldüğü gözetilmeksizin, kesin vade varmış gibi faiz hesabı yapan rapora itibar edilerek faiz alacağına hükmedilmesi de yerinde değildir**”⁵³.

“Taraflar arasındaki sözleşmenin “Ödeme yeri ve şartları” başlıklı 11.2. maddesinde; hazırlanan **hakedişlerin idarece onaylandıktan sonra otuz gün içinde tahakkuka bağlanarak on beş gün içinde “ödeneceği”** belirtilmiştir. (...) Sözleşmede hakedişlerin hangi aylarda ve tarihlerde düzenleneceği açıkça belirtilmediğinden, belirli olmayan hakediş tanzim tarihleri başlangıç alınarak belirlenen ödeme süresi de **kesin vade sayılmaz. Sözleşmenin 11.2. maddesinde kararlaştırılan süre borcun, ifa edileceği günü (kesin vadeyi) değil, borcun muaccel (istenebilir) hale geldiğini göstermektedir**”⁵⁴.

“Taraflar arasındaki sözleşmenin “Hakedişler ve Hakediş Ödemeleri” başlıklı 2.5.2 maddesinde”... **hakedişin yüklenici onayını takip eden 45 gün sonrasında tedarikçiye ödenecektir.” hükmüne yer verilmiştir. Bu şekilde belirlenen ödeme tarihi kesin vadeyi içermediğinden ve alacağın ödenebilir hale geldiği zamanı belirlediğinden TBK 117 maddesi gereğince davalıyı temerrüde düşürücü nitelikte değildir**”⁵⁵.

“Sözleşmenin hakedişler ve ödeme başlıklı 10-A maddesine göre, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi’ nin 39. maddesi uyarınca, hakediş raporu düzenlenerek tahakkuka bağlanıp ödeneceği düzenlenmiş olup, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi’ nin 39 ve 40. maddelerindeki **tahakkuka bağlama tarihinden itibaren 30 gün içinde ödeme yapılacağına dair hüküm kesin vade olmayıp, alacağın istenebilir olduğu tarihi gösterdiğinden, şartnamenin 39 ve 40. maddelerine göre hesaplanacak sürelerden faiz uygulanması mümkün değildir**”⁵⁶.

⁵² Yargıtay 15HD E 2015/3351 K 2015/5954, 23.11.2015 (Lexpera).

⁵³ Yargıtay 15HD E 2016/1286 K 2016/4315, 19.10.2016 (Lexpera).

⁵⁴ Yargıtay 15HD E 2017/625 K 2017/4484, 19.12.2017 (Lexpera).

⁵⁵ Ankara BAM, 27HD E 2017/267 K 2018/44, 19.1.2018 (Lexpera).

⁵⁶ Yargıtay 15HD E 2017/101 K 2018/2898, 4.7.2018 (Lexpera); aynı yönde: Yargıtay 15HD E 2006/7770 K 2007/692, 07.02.2007; Yargıtay 15HD E 2015/3906 K 2016/2596, 5.5.2016 [Lexpera].

Yargıtay'ın yerleşik içtihatları incelendiğinde; “geçici hakedişlerin, kuruluşça (iş sahibi tarafından) onaylandığı günden başlayarak 45 gün içinde ödeneceği”⁵⁷, “hakedişlerin aylık olarak düzenlenip mühendise verildiği tarihten itibaren 56 gün içinde ödeneceği”⁵⁸, “işverence işin geçici kabulünün onaylanmasını müteakip 30 gün içerisinde kesin teminatın ve nakit teminatın ödeneceği”⁵⁹, “işverenin (asıl yüklenicinin) hakedişinin, DSİ (asıl işsahibi) tarafından işverene (asıl yükleniciye) ödenmesinden sonra taşeronun hakedişinin 15 gün içinde ödeneceği”⁶⁰, “davalının hakedişlere dâhil iş kalemlerinin bedelini iş sahibinden tahsil ettikten sonraki 3 gün içinde avans kesintisi yaparak davacıya ödeme yapacağı”⁶¹, “hakediş raporlarının sözleşmenin eki olan yapıım işleri genel şartnamesinde düzenlenen esaslar çerçevesinde kanuni kesintiler de yapılarak her ayın ilk 5 günü içinde düzenleneceği, hazırlanan hakediş raporları İdarece onaylandıktan sonra 30 gün içinde tahakkuka bağlanarak 15 gün içinde ödeneceği”⁶², “ödemelerin hakedişin işveren tarafından 10 gün içinde onayını müteakiben yüklenici tarafından kesilecek fatura karşılığı yüklenicinin banka hesabına yapılacağı”⁶³ şeklindeki sözleşme hükümleri, sözleşmenin kurulduğu tarihte hakedişin ne zaman onaylanacağını belirli olmaması sebebiyle belirli vade niteliğinde görülmemekte ve hakediş borçlusunun temerrüde düşmesi için temerrüt ihtarinin varlığı veya bu ihtar yerine geçen icra takibinin varlığı koşulu aranmakta; aksi halde temerrüt faizinin dava tarihinden itibaren işletilmesi gerekeceğine hükmedilmektedir⁶⁴.

Bununla birlikte hakediş olgusuna bağlanan alacaklarla ilgili yukarıda açıkladığımız Yargıtay 15.Hukuk Dairesinin yerleşik uygulamasına aykırı düşen yine aynı daireye ait nadir de olsa bazı kararlar bulunmaktadır:

“Yanlar arasında imzalanan 30.04.2004 tarihli sözleşmenin birim fiyat ve ödemeler başlıklı 23. maddesinin (b) bendinde, işin sözleşmeye uygun tamamlanmasını takiben BİGŞ.'nde öngörülen sürede kesin hakedişin düzenleneceği, kesin hakedişin düzenlenmesini takiben

⁵⁷ Yargıtay 15. HD E 2007/5298 K 2008/5938, 13.10.2008; aynı yönde: Yargıtay 15HD E 2007/2453 K 2007/4969, 18.07.2007; Yargıtay 15HD E 2007/4238 K 2008/3117, 09.05.2008; Yargıtay 15HD E 2007/1286 K 2008/2753, 25.04.2008; Yargıtay 15HD E 2010/370 K 2010/2504, 29.04.2010; Yargıtay 15HD E 2010/5859 K 2011/2382, 19.04.2011; Yargıtay 15HD E 2010/7087 K 2011/642, 08.02.2011; Yargıtay 15HD E 2015/725 K 2015/3930, 3.7.2015; Yargıtay 15HD E 2017/476 K 2017/3819, 6.11.2017 [Lexpera].

⁵⁸ Yargıtay 15HD E 2006/4558 K 2006/7174, 07.12.2006; aynı yönde: Yargıtay 15HD E 2008/2764 K 2009/4498, 22.07.2009 [Lexpera].

⁵⁹ Yargıtay 15HD E 2014/208 K 2014/5336, 22.9.2014 (Lexpera).

⁶⁰ Yargıtay 15HD E 2014/3880 K 2014/7043, 04.12.2014 (Lexpera).

⁶¹ Yargıtay 15HD E 2015/5668 K 2016/2040, 31.3.2016 (Lexpera).

⁶² Yargıtay 15HD E 2016/2450 K 2016/4691, 14.11.2016; aynı yönde: Yargıtay 15HD E 2016/4327 K 2017/594, 14.2.2017 [Lexpera].

⁶³ Yargıtay 15HD E 2017/2176 K 2018/333, 1.2.2018 (Lexpera).

⁶⁴ Ayrıca bkz Yargıtay 15HD E 2007/4232 K 2008/2929, 02.05.2008; Yargıtay 15HD E 2006/2227 K 2007/4721, 11.07.2007; Yargıtay 15HD E 2008/2513 K 2009/2854, 14.05.2009; Yargıtay 15HD E 2008/4771 K 2008/7000, 24.11.2008; Yargıtay 15HD E 2009/2501 K 2010/3063, 31.05.2010; Yargıtay 15HD E 2012/2190 K 2013/1401, 28.02.2013; Yargıtay 15HD E 2014/2750 K 2015/1815, 9.4.2015; Yargıtay 15HD E 2015/1424 K 2015/4902, 8.10.2015; Yargıtay 15HD E 2016/3206 K 2016/4702, 16.11.2016; Yargıtay 15HD E 2016/3575 K 2016/4743, 21.11.2016; Yargıtay 15HD E 2016/3971 K 2018/980, 15.3.2018; Yargıtay 15HD E 2017/280 K 2018/3229, 17.9.2018 [Lexpera].

*taşeron alacaklı çıktığı takdirde en geç 20 gün içerisinde ödeme yapılarak kesin teminatın iade edileceği kararlaştırılmıştır. Yanlar arasında kesin hakediş düzenlenmiş olup ödeme tarihinin saptanması mümkün olduğundan söz konusu hüküm kesin vade niteliğindedir. Kararlaştırılan kesin vadede ödeme yapılmadığı sabit olduğuna göre davalı yüklenici kesin hakediş tarihine göre belirlenecek tarihten itibaren temerrüt faizi istemekte haklıdır*⁶⁵.

*“Mahkemece davacının takip öncesi döneme ait işlemiş faiz alacakları takipten önce davalı borçlunun ihtarla temerrüde düşürülmediğinden ve sözleşmenin 6. maddesindeki düzenleme kesin vade niteliğinde görülmediğinden reddedilmiştir. Yanlar arasındaki sözleşmenin 6. maddesinde “sözleşme ve eklerinde belirtildiği şekilde aşama işler yüklenici tarafından Belediye’ye teslim edildiği tarihten itibaren 30 gün içinde hakediş raporları düzenlenir, idarelerince onanır ve tahakkuka bağlanır. Yapılan hakedişler Belediyece 30 gün içinde ödenir. Bu süreler içinde hakedişler yapılmaz ya da yapılan hakedişler ödenmez ise bu 30. gün kesin süre kabul edilip, bu günden itibaren hiçbir ihtara gerek kalmadan temerrüde düşüldüğü taraflarca kabul edilir...” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenleme ile taraflar hakedişlerin Belediye’ye tesliminden itibaren geçecek 30+30=60uncu günü kesin vade olarak kabul etmişler, temerrüt için ihtara gerek olmadığını kararlaştırmışlardır. Taraf iradelerine göre sözleşmedeki düzenlemenin kesin vade niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Takip konusu hakedişler 22.05.2006 tarihinde düzenlenmiş ve 30.05.2006 tarihinde onaylanmış olduğuna göre onaydan itibaren 30 günün sonunda 30.06.2006 tarihinde temerrüt gerçekleşmiştir. Bu nedenle davacı yüklenicinin sözleşmenin 6. maddesi uyarınca 30.06.2006 kesin vade tarihi ile 29.06.2007 icra takip tarihi arasındaki dönem için işlemiş faize hak kazandığının kabulü gerekir*⁶⁶

c. İnşaat ruhsatının alınması olgusuna dayanan ifa zamanı hakkındaki kararlar

Yargıtay’ın inşaat ruhsatının alınmasından itibaren belirli süre sonra inşaatın tamamlanacağı tarzındaki sözleşme hükümleri bakımından da çelişkili kararlar verdiği görülmektedir⁶⁷. Bazı kararlarda, bu tarz sözleşme hükümleri belirli vade olarak görülmemiş ve temerrüt ihtarinin gerekli olduğuna hükmedilmiştir:

“Mahkemece, (...) davacı arsa maliki ile davalı kooperatif arasındaki 13.12.1999 tarihli sözleşmeye göre davacıya verilecek üç adet dairenin inşaat devam ruhsatından itibaren 36 ay sonra anahtar teslimi ve eksiksiz olarak teslim edileceği, (...) teslim tarihi kesin vade

⁶⁵ Yargıtay 15HD E 2007/5699 K 2008/5415, 18.09.2008 (Lexpera).

⁶⁶ Yargıtay 15HD E 2014/2689 K 2015/1781, 08.04.2015 (Lexpera).

⁶⁷ Sözleşmede inşaat ruhsatının alınması gereken bir süre tayin edilmiş olabileceği gibi, edilmemiş de olabilir. Örneğin, “inşaat ruhsatının, sözleşmenin imzalanmasından itibaren 3 ay içinde alınacağı ve ruhsat alınmasından itibaren inşaatın 18 ay içinde tamamlanacağı” şeklindeki bir sözleşme hükmü bakımından, sözleşme kurulduğu sırada inşaat ruhsatının üç ay içerisinde alınıp alınmayacağı baştan belli değildir. Ancak sözleşme kurulduğu anda belirli olan durum, inşaat ruhsatı alınmamış olsa bile, en geç sözleşmenin imza tarihinden itibaren 3 ay sonra 18 aylık sürenin başlayacağıdır ki, üç ay içinde ruhsat alınmadığı takdirde 3 ay + 18 aylık süre baştan hesap edilebileceğinden, bu noktada vadenin belirli olduğu söylenebilir. Bkz ve karşı Yüce (n.5) 130.

Ancak yukarıdaki örnekte, 3 aydan daha kısa bir zamanda ruhsat alınmışsa veya inşaat ruhsatının alınması için ister sözleşmede bir süre tayin edilmiş olsun ister olmasın, inşaat ruhsatının alınıp alınmayacağı sözleşme kurulduğu sırada henüz bilinmeyen bir olgudur. İnşaat ruhsatının alınca, 18 aylık süre hesaplanabilir hale gelir. Bu durumda, eğer vadenin sözleşmenin başlangıcında belli olması görüşü kabul edilecek olursa, temerrüt ihtarı gerekli olacak; bizim de katıldığımız üzere vadenin sözleşmenin kuruluşundan sonra ama ifadan önce de belirlenebileceği görüşü kabul edilecek olursa, temerrüt ihtarına gerek olmayacaktır.

niteliğinde olup bu tarihin geçmesiyle davalı tarafın temerrüde düştüğü, (...) gerekçesiyle, davanın kabulü(ne) (...) karar verilmiştir. (...) Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borçlarda, yanlar arasında kesin bir vade kararlaştırılmamış ise, borçlunun BK'nın 101. (TBK'nın 117.) madde hükmüne uygun şekilde temerrüde düşüldüğü tarihten itibaren temerrüt faizi yürütülebilir. Bu tür bir alacağa temerrüt faizi yürütülebilmesi için muaccel olması yeterli olmayıp, karşı tarafın ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekir. (...) Davacı tarafta davalının işbu davadan önce işbu dava konusu döneme ilişkin gecikme tazminatı miktarı gösterilerle, ödeme talebi içeren bir ihtar ile temerrüde düşürüldüğü iddia ve ispat edilememiştir"⁶⁸.

Buna karşılık diğer bazı kararlarda ise bu tarz sözleşme hükümleri, belirli vade olarak görülmüştür:

“Yanlar arasında imzalanan sözleşmeye göre inşaatın ruhsat tarihinden itibaren 2 yıl sonra yani 24.12.1998’de tamamlanması gerekirken, kararlaştırılan bu kesin vade geçmesine rağmen inşaat %44 seviyesinde yarım bırakılmak suretiyle yüklenici tarafından terk edilmiştir. Bu durumda akdin geriyeye doğru etkili feshi kararı yerindedir”⁶⁹.

⁶⁸ Yargıtay 23HD E 2014/436 K 2014/3779, 14.5.2014 (Lexpera). Aynı yönde, Yargıtay 23HD E 2014/9104 K 2015/3603, 13.5.2015: “Mahkemece, (...) arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi (...) uyarınca arsa sahibinin yapı ruhsatı alınarak hafriyata başlanmasından itibaren 50.000,00 Euro ödemesi halinde 1,5 daire daha alacağı, maddede kesin vade kararlaştırılmadığından arsa sahibinin usulüne uygun ihtarla temerrüde düşürülmesi gerektiği, yüklenici şirketçe keşide edilen 04.08.2010 tarihli ihtarin usulüne uygun şekilde tebliğ edilmediğinden arsa sahibinin temerrüde düşürülmediği (...)” sonucuna varılmıştır. Yargıtay tarafından bu karar onanmıştır (Lexpera). Yargıtay 23HD E 2015/453 K 2016/1784, 22.3.2016: “Mahkemece, davanın reddine dair verilen karar, davacılar vekilinin temyiz istemi üzerine Dairemizin 18.01.2013 tarih ve 2012/5804 E, 2013/234 K sayılı ilamıyla, taraflar arasındaki sözleşmenin “Özel Şartlar” bölümünde; “...taraflar arasında inşaat sözleşmesi yapıldığı tarihten itibaren 3 ay içerisinde bitirilip temel ruhsatı tarihinden itibaren 18 ay içerisinde arsa sahibinin daireleri teslim edilecektir...Temel üstü ruhsatı alındığında müteahhite 13 nolu daire, 14 nolu daire, 9 nolu daire ve 10 nolu dairenin tapuları serbest bırakılacaktır. İnşaatın kabası bittiğinde ise 5 nolu daire ve 3 nolu dairenin tapuları serbest bırakılacaktır. İnşaatın ince işleri bittiğinde ise 2 nolu daire, mal sahibinin daireleri teslim edildiğinde ise 1 nolu dairenin tapuları serbest bırakılacaktır.” düzenlemesine, (...) yer verildiği, (...) sözleşmede ferağ aşamaları kesin vade olarak kararlaştırılmayıp, tamamlanacak işlere göre kademeli olarak düzenlendiği, davalı yüklenici tarafından ferağ aşamalarının her biri tamamlandığında durumu bildirerek tapu devri yönünde arsa sahiplerinin BK'nın 101. maddesine göre temerrüde düşürülmediği, (...) doğrultusunda (...) bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle dayalı yanlış gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulmasının doğru olmadığı gerekçesiyle, davacılar yararına bozulmuştur. (...) Mahkemece uyulan bozma kararı doğrultusunda inceleme yapıp hüküm verilmiş olmasına (...) göre, (...) uygun bulunan hükmün onanmasına (...)” (Lexpera). Yargıtay 15HD E 2010/7083 K 2011/6577, 15.11.2011: “Somut olaya bakıldığında; sözleşme üçüncü şahsın iradesiyle tevhit yapılması ve inşaatın yapılmasına üçüncü şahsın rıza ve muvafakatının alınması şartlarına “erteleyici şart” bağlanmıştır. Tevhit işlemi 12.08.2004 tarihinde tapuya tescil edilmiş, diğer paydaşla sözleşme de 18.01.2005 tarihinde imzalanmıştır. Bu durumda erteleyici şartın en son 18.01.2005 tarihinde gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Sözleşmede yapı ruhsatının alınması için yaklaşık 6,5 aylık bir süre öngörülmüştür. Şartın gerçekleşmesinden itibaren bu miktarda bir süre geçmeden 28.03.2005 tarihinde yapı ruhsatı alınmıştır. Yapı ruhsatının alınmasında davalı kooperatifin bir gecikmesi bulunmamaktadır. Sözleşmede yapım süresi 54 ay olarak kararlaştırılmış ve bu süre yapı ruhsat tarihinden başlatılmıştır. Yapı ruhsatının alındığı 28.03.2005 tarihine 54 aylık yapım süresi eklendiğinde inşaatın bitmesi ve bağımsız bölümlerin teslim edilmesi gereken tarih bilirkişi raporunda da açıklandığı gibi 28.09.2009 olmaktadır. Dava henüz sözleşmede kararlaştırılan teslim süresi dolmadan önce 07.11.2008 tarihinde açıldığından ve dava tarihi itibarıyla teslimde gecikme bulunmadığından mahkemece davanın tümden reddi gerekirken, borcun erteleyici şarta bağlı olduğu dikkate alınmadan, sözleşmede kesin vadenin kararlaştırıldığından bahisle bilirkişi raporunun aksine davanın kısmen kabulü doğru olmaması, kararın bozulması gerekmiştir” (Lexpera).

⁶⁹ Yargıtay 15HD E 2010/646 K 2011/1336, 07.03.2011 (Lexpera). Aynı yönde, Yargıtay 23HD E 2015/4089 K 2016/2139, 5.4.2016: “Birleşen davada davacı vekili, taraflar arasındaki sözleşmede, imar durumunun alınmasından itibaren 6 ay içerisinde inşaat ruhsatının alınması, inşaat ruhsatının alınmasından itibaren de 24 ay içerisinde işin teslim edilmesi gerektiğinin kararlaştırıldığını, ancak davalının imar durumu ve ruhsat alınması için ilgili belediyeye başvuruda bulunmadığını, sözleşmenin tanziminden itibaren 3 yıl geçmiş olmasına rağmen henüz işe başlanmadığını ileri sürerek, taraflar arasındaki 23.06.2008 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriyeye etkili olarak feshini ve fesih nedeniyle doğan menfi zararları tespit edilerek, davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Birleşen davada davalı vekili, sözleşmede kesin vade öngörülmediğini, uygun bir mehil verilmeden sözleşmenin feshi yoluna gidilemeyeceğini, müvekkilinin davacı arsa sahibinin talimatı ile yeni imar planı alınmasını beklediğini, ancak yeni imar

Bir başka kararda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde inşaat aşamaları tamamlandıkça yükleniciye hak ettiği arsa paylarının mülkiyetinin, her bir aşamanın tamamlanması üzerine devredileceği tarzındaki sözleşme hükmü belirli vade olarak görülmemiştir⁷⁰.

d. Diğer çeşitli olgulara bağlanan ifa zamanı hakkındaki kararlar

Yargıtay’a göre bedel ödeme borcunun, ödenek olduğu takdirde bu tarihten itibaren belirli bir süre sonra ifa edileceği tarzındaki sözleşme hükümleri, belirli vade niteliğinde değildir⁷¹.

planı çıkar çıkmaz, davacı arsa sahibi bu planının iptali istemiyle idari yargıda dava açtığından, müvekkili yüklenicinin ruhsat işlemlerini başlatmadığı, davacının daha sonra, ayrıca müvekkilini sözleşme ile birlikte verdiği vekaletnameden azlettğini ve sözleşmeyi feshettiğini bildirdiğini, feshin geçersiz olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, (...); davacı arsa sahibinin sözleşme ile birlikte yükleniciye gerekli tüm iş ve işlemleri yapma yetkisini içeren vekaletname verdiği, davalı yüklenicinin işbu vekaletname dayalı olarak, arsa sahibince imar planının iptali istemiyle idari yargıda açılan davadan önce, gerekli tüm iş ve işlemleri yapabileceği ve imar durumu ile inşaat ruhsatını alarak inşaatı başlatması mümkün iken, makul sürede gerekli başvuruları yapmadığı, sözleşmenin imzalanmasından itibaren vekaletnameden azil tarihine kadar yaklaşık 34 aylık sürede inşaatı başlatmadığı, imar durumu ve ruhsat için gerekli başvuruların yapılmamasında davacı arsa sahibinin herhangi bir kusurunun bulunmadığı, bu hususta kusurlu olduğu tespit edilen davalı yüklenicinin ayrıca temerrüde düşürülmesine de gerek bulunmadığı, bu halyle, davacı arsa sahibinin sözleşmenin feshinde haklı olduğu, ancak feshin nedeniyle uğradığı ileri sürdüğü zararlarını ispat edemediği, asıl dava yönünden; birleşen davada sözleşmenin feshi talebi yerinde görüldüğünden, artık davacı yüklenicinin sözleşmenin tapuya şerhi isteminin kabulünün mümkün olmadığı gerekçesiyle, asıl davanın reddine, birleşen davanın kısmen kabulü ile, taraflar arasındaki 23.06.2008 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine, tazminat isteminin reddine karar verilmiştir. / (...) (U)sul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına, karar verilmiştir” (Lexpera).

İzmir BAM, 14HD E 2017/744 K 2018/25, 10.1.2018: “Sözleşme koşullarına göre, (...) inşaatların teslim tarihi, ruhsat tarihinden itibaren 24 ay olarak öngörülmüş ve teslim şartı iskan ruhsatının alınmasına bağlanmıştır. (...) (Yanlar arasındaki sözleşme ve bilirkişi raporlarına göre, eserin ve bu kapsamda inşaatların teslim tarihinin en geç 15/01/2011 tarihi olduğu ve davalı yüklenici tarafından teslim borcunun kesin vade olan bu tarihte yerine getirilmesi gerekirken borcun ifa edilmeyerek temerrüde düşüldüğü anlaşılmaktadır” (Lexpera).

Yargıtay 15HD E 2004/576 K 2004/5254, 20.10.2004: “Yanlar arasındaki sözleşmeye göre (...) 36 aylık ifa süresi temel üstü ruhsat tarihinden (subasmandan) sonra başlayacağı, inşaat süresi içinde bitirmediği takdirde günün rayçine göre arsa sahiplerine kira bedelleri yüklenici tarafından ödenecektir. Mahallinde yapılan keşif sonucu alınan bilirkişi raporlarından taşınmaz üzerinde bodrum, zemin ve 6 normal katlı binanın yapılmış olduğu anlaşılmaktadır. Bilirkişilere inşaatın subasmanın altıldığı tarihin belirlenmediği, bu nedenle 36 aylık ifa süresinin sona erdiği tarihin tespit edilemeyeceği gerekçesiyle kira tazminatı ile ilgili hesaplama yapılmamıştır. /Bu durumda, mahkemece yapılacak iş; öncelikle davacı arsa sahibine gecikme karşılığı talep ettiği kira bedelinin açıklattırılması, ilgili belediyeden inşaatı temellüsti ruhsatın alındığı tarihin sorulması, temellüsti ruhsatın alındığı tarih bu şekilde belirlenemezse, sözleşme tarihinden itibaren temellüsti ruhsatının alınabileceği makul süre bilirkişilerden alınacak ek raporla saptanarak temellüsti ruhsatın alınabileceği tarihin belirlenmesi, bu tarihe 36 aylık ifa süresi eklenmek suretiyle inşaatı gecikme olup olmadığının saptanması ve -varsayıcıkilen süre karşılığı kira tazminatına hükmedilmesinden ibarettir” (Kazancı).

Ayrıca bkz Yargıtay 15HD E 2003/1739 K 2003/5138, 31.10.2003 (Kazancı).

⁷⁰ Yargıtay 23HD E 2014/10958 K 2016/3398, 2.6.2016: “(...) Sözleşmenin 4. maddesinde, “her bir blok için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, karkas inşaatın tamamlanması (%30) 3 tapu; iç, dış duvarların yapılması, elektrik ve tesisat ankastre hatlarının çekilmesi (%20) 2 tapu; iç, dış sıvalarının yapılması, taban şaplarının atılması, ıslak hacimlerin fayans ve seramiklerinin kaylanması, iç mekanların kaba alçı sıvalarının yapılması (%20) 2 tapu;... dış doğramalarının ve camların takılması, ince saten alçı sıvalarının yapılması, daire giriş kapılarının takılması, ortak merdiven alanlarının zemin ve duvar kaplamalarının yapılması, iç ve dış boyaların yapılması ve merdiven balkon küpeşmelerinin takılması (%10) 1 tapu; daire içi zemin kaplamalarının yapılması, mutfak dolaplarının yapılması, iç kapılar; yüzme havuzu seramik kaplamalarının yapılması, bahçe düzeni, gezinti yolları, araç yolları, otopark alanlarının zemin kaplamalarının tamamlanması ve peyzaj örtüsünün tamamlanması, elektrik ve sıhhi tesisat, siva üstü armatür ve batarya montajlarının yapılması 1 tapu, genel iskanın alınması 1 tapu olarak, müteahhide tapular verilecektir.” hükmüne yer vermişlerdir. Sözleşmede kararlaştırılan kademeli fereğ aşamalarını taraflar kesin vade olarak belirlemediğinden, her bir aşama bitiminde davacı yüklenicinin tapu fereği için arsa sahiplerine ihtar göndererek onları temerrüde düşürmesi gerekir” (Lexpera). Aynı yönde: Yargıtay 23HD E 2015/453 K 2016/1784, 22.3.2016 (Lexpera).

⁷¹ “Yüklenicinin hakedişinin ödenek olduğu takdirde 31.12.2006 tarihine kadar ödeneceği, iş tamamlandığında ödenek durumuna göre ödeme yapılacağı kararlaştırılmıştır. (...) / (S)özleşmenin 11. maddesinde ödenek durumuna göre ödeme yapılacağı belirtilmekle kesin vade bulunmadığından (...)” (Yargıtay 15HD E 2014/4449 K 2014/6023, 23.10.2014 (Lexpera). Aynı yönde: “Muayene ve kabulünden sonra komisyonca düzenlenecek tutanak tarihinden sonra hastanemizin nakit durumuna göre 120 gün içinde veya hastanemizin nakit durumu müsait olmadığı durumlarda, hastanenin nakit

Bir diğer kararında Yargıtay, “(sözleşmede) koşulları olduğu takdirde cezaî şartın 3 gün içinde ödenmesi gerektiği öngörüldüğüne göre, (...) cezaî şart için de dava tarihinden değil fesih tarihini takip eden 3 günün hitamından itibaren faiz yürütülmelidir” sonucuna vararak anılan sözleşme hükmünün belirli vade niteliğinde olduğunu kabul etmiştir⁷².

Başka bir kararda ise, “(s)özleşme hükümlerine göre en geç tedbirin kalktığının tapuya bildirildiği tarihten itibaren 20 gün içinde kat irtifakının kurulması ve davacılara isabet eden bağımsız bölüm tapularının devri gerek(irken), (...) (d)avalı kooperatif(in); (anılan süre içinde bu borcunu yerine getirmeyerek) kat irtifakı tesisi ve bağımsız bölümlerin devri konusunda kendiliğinden temerrüde düştüğü (...)” kabul edilmiştir⁷³.

e. Kararların değerlendirilmesi

Sonuç olarak diyebiliriz ki, borcun malın tesliminden veya faturanın kesilmesinden yahut inşaat ruhsatının alınmasından itibaren belirli bir süre sonra ifa edileceği tarzındaki sözleşme hükümleri ile bedel borcunun ifasının hakedişin onaylanmasından itibaren belirli bir süre sonra ifa edileceği tarzındaki bir sözleşme hükmü arasında hukuki nitelik bakımından, kural olarak, bir farklılık bulunmamaktadır. Buna rağmen, Yargıtay’ın anılan olgular bakımından ortaya koyduğu farklı yöndeki içtihatları, adalet duygusunu sarsacak niteliktedir.

Kanaatimizce Yargıtay’ın tüm bu olgular bakımından yeknesak bir niteleme yapması gerekir ve katıldığımız görüş çerçevesinde, sözleşmede öngörülen olguların **gerçekleşmesi durumunda**, bu olgunun gerçekleşmesinden itibaren hesaplanacak olan sözleşmeyle kararlaştırılmış süre sonunda, borçlunun kendiliğinden temerrüde düşeceği ve temerrüt ihtarinin gerekli olmayacağı kabul edilmesi gerekir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, örneğin, hakedişin onaylandığı, faturanın kesildiği, malın teslim edildiği, yer tesliminin yapıldığı, kesin hesabın tebliğ edildiği, inşaat ruhsatının alındığı vs hallerde, bu olguların gerçekleşmesinden itibaren belirli bir süre sonra (mesela 30 gün içinde) ödemenin yapılacağına kararlaştırılması durumunda, söz konusu süre kesin ve açık bir şekilde belirlenebilir durumdadır. Bu belirlemenin, mutlaka sözleşmenin kurulduğu anda yapılması gerektiği konusunda ise, TBK m 117’de bir hüküm bulunmamaktadır. Mühim olan, ifa zamanı geldiğinde, bu zamanın kesin olarak bilinebilir olmasıdır ki, bu bilgiye sözleşmenin kurulmasından daha sonra ulaşılmasında bir sakınca yoktur.

durumunun müsaait olduğu zaman, hastanenin ödeme planı dahilinde ödeme yapılacaktır” şeklindeki sözleşme hükmünün belirli vade içermediği hakkında: Yargıtay 13HD E 2013/14507 K 2013/27423, 06.11.2013 (Lexpera).

⁷² Yargıtay 9HD E 2001/20816 K 2002/6572, 25.4.2002 (Kazancı).

⁷³ Yargıtay 9HD E 2006/5362 K 2007/6083, 8.10.2007 (Kazancı).

B. Beklenen Olgu Gerçekleşmemiş İse

Sözleşmede gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmesinden itibaren belirli bir süre sonra borcun ifa edileceğinin kararlaştırıldığı hallerde, beklenen olgu gerçekleşmemiş ise, bu aşamada vadenin belirli olduğunu kabul etmek güçtür. Çünkü gerçekleşmesi beklenen olgunun (malın teslimi, faturanın kesilmesi, hakedişin onaylanması veya inşaat ruhsatının alınması olgularının) gerçekleşmemiş olması sebebiyle, sözleşmede belirlenen sürenin başlangıç anı saptanamaz ve sözleşme süresi hesaplanamaz bir haldedir.

Öğretide⁷⁴ konuya temas eden bazı görüşler bakımından sözleşmede öngörülen olgunun en geç ne zamana dek gerçekleşeceği konusunda taraflarca bir zaman belirlenmemişse, sürenin, olgunun gerçekleşmesi için gerekli olan makul bir sürenin sonunda başlatılması gerektiği savunulmuştur⁷⁵. Bu süre farazi bir süredir. Bu konuda verilen örnek, “inşaat ruhsatının alınmasından itibaren 18 ay içinde inşaatın tamamlanacağı kararlaştırılmış” olması halidir. Öğretideki anılan görüşe göre, bu örnekte inşaat ruhsatının ne kadar bir süre içerisinde alınması gerektiğine dair sözleşmeye bir hüküm konulmadığı için, farazi olarak bir belirleme yapılmalı ve “ruhsatın alınması için gereken makul bir sürenin sonundan itibaren” 18 aylık inşaatın yapım süresi başlatılmalıdır. Kanımızca, sözleşmede öngörülen olgunun gerçekleşmesi ya da gerçekleşmemiş olması bakımından bir ayırım yapılmaksızın otomatik olarak farazi bir sürenin tayin edilmesi isabetli olmaz. Diğer bir deyişle, öngörülen olgu (hakedişin onaylanması, inşaat ruhsatının alınması vs), gerçekleşmiş ise; sözleşmedeki süre, olgunun gerçekleştiği tarih itibarıyla belli hale geldiği için, artık bu tarihten itibaren hesaplanır. Ayrıca farazi bir süre belirlemeye gerek yoktur. Buna karşılık, eğer öngörülen olgu gerçekleşmemişse (fatura kesilmemiş, ruhsat alınmamış veya hakediş onaylanmamışsa), bu durumda öngörülen olgunun gerçekleşmesi (faturanın kesilmesi, hakedişin onaylanması, ruhsatın alınması) için gerekli olan makul süre farazi olarak belirlenmeli ve sözleşme süresi bu andan itibaren hesaplanmalıdır.

Öte yandan öngörülen olgunun gerçekleşmemesi hali; olgunun gerçekleşmesini sağlayacak sözleşme tarafının, olgunun gerçekleşmesini sağlayacak fiil veya işlemlerde bulunmaması sebebiyle ileri gelmiş olabileceği gibi, onun sorumlu olmadığı bir sebepten de ileri gelmiş olabilir. Kanımızca, öngörülen olgunun gerçekleşmemesine olgunun gerçekleşmesini sağlayacak sözleşme tarafının sebep olup olmasına göre, mesele ayrı ayrı ele alınmak gerekir:

⁷⁴ Yüce (n.5) 131; Ayan, Temerrüt (29) 165-166.

⁷⁵ Yargıtay da inşaat ruhsatının alınması için sözleşmede bir sürenin kararlaştırılmadığı hallerde, inşaat ruhsatının alınması için gerekli olan makul bir süre sonunda inşaat süresinin başlatılması gerektiği yönünde kararlar vermektedir: YHGK E 2013/13-592 K 2013/65,16.01.2013 (Legalbank); YHGK E 2012/13-591 K 2012/1380, 26.12.2012 (Legalbank); YHGK E 2012/13-164 K 2012/219, 21.03.2012 (Legalbank); Yargıtay 13HD E 2015/42624 K 2018/6398, 30.5.2018 (Kazancı); Yargıtay 13HD E 2016/16468 K 2017/5173, 27.4.2017 (Kazancı); Yargıtay 13HD E 2015/36816 K 2017/1009, 31.1.2017 (Kazancı).

Ancak dikkat edilmesi gereken husus, bu kararlarda, inşaat ruhsatının alınmamış halde olmasıdır. Zira inşaat ruhsatı alınmış ise, inşaat süresinin ruhsatın alındığı tarihten itibaren hesaplanması gerektiğinde tereddüt etmemek gerekir.

1. Beklenen Olgunun Gerçekleşmemesine Borçlunun Sebep Olması

Sözleşmede gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmemesine borçlunun sebep olması halinde, kanımızca, kural olarak dürüstlük kuralı uyarınca beklenen olgunun “gerçekleşmesi gereken tarih”in esas alınıp alınmayacağına karar verilmesi gerekir. Şayet somut olayda dürüstlük kuralı gerekli kılıyorsa, ifa zamanı, gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmesi gereken makul süre nazara alınarak belirlenmelidir. Kural olarak vadenin belirli olmadığı hallerde, temerrüt ihtarı gerekli ise de, ifa zamanının bağlandığı olgunun gerçekleşmesine borçlu tarafından engel olunmakta ise dürüstlük kuralı gereğince temerrüt ihtarına gerek olmadığı sonucuna varılmalıdır⁷⁶. Dürüstlük kuralının uygulanmasına bir örnek olarak, öğretide, borcun ifa edilmesi gereken zamanın alacaklı tarafından bilinemeyip, borçlu tarafından bilinmesi gereken hallerde, zamanında borcu ifa etmeyen borçlunun ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşeceği kabul edilmektedir⁷⁷.

Sözleşmede “hakedişin onaylanması tarihinden itibaren 30 gün içinde ödeme yapılacağı” kararlaştırılmışsa, hakedişin onaylanmamasında, yükleniciye yükletilebilen bir sorumluluk yoksa (yani yüklenici kendi edimini gereği gibi ifa etmiş ama buna rağmen hakediş onaylanmıyorsa), bu durumda bu olgunun gerçekleşmemesine borçlu iş sahibi sebep olmaktadır. Örneğin hakediş, borçlu iş sahibinin temerrüdü sebebiyle düzenlenemiyor olabilir. Bu durumda dürüstlük kuralı gereğince bedel ödeme borcunun muacceliyet anının, hakedişin onaylanması gereken tarihten itibaren hesaplanması gerekir. Bu somut olayda, hakedişin onaylanması gereken tarih, önceden belirlenebilir ve kesin olarak hesap edilebilir bir zaman dilimi olmadığından, belirli vadenin söz konusu olduğu söylenemez. Bununla birlikte, dürüstlük kuralı gereğince, borcun muaccel olması kendi fiiline bağlı olup da muacceliyeti engelleyen hakediş borçlusunun temerrüde düşmesi için temerrüt ihtarında bulunmaya gerek yoktur. Nitekim somut olaya kıyasen uygulanabilecek olan TBK m 175/I gereğince de, “*taftlardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır*”.

⁷⁶ TBK m.117/II’de açıklanmamış olmakla birlikte, istisnaen, borçluyu temerrüde düşürmek için temerrüt ihtarında bulunmaya dürüstlük kuralınca gerek olmayan hallerde, temerrüt ihtarında bulunulması gerekmeksizin borçlu temerrüde düşer: von Tuhr/Escher, (1) IV, 140; Feyzioğlu (7) C II, 238; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (7) 918; Oğuzman/Öz (7) C I, N 1525; Wiegand (7) BSK OR, Art 102, N 11; Kılıçoğlu (42) 867; Barlas (1) 62; Öz, İnşaat (25) 152; Turgut Öz, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, (Kazancı 1989) 174; Hatemi/Gökyayla (25) §26, N 63; Furrer/Wey (7) Art 102, N 40; De Feo (3) N 712; Akkanat (1) 37; Antalya (2) C III, 427; Dirican (29) 45; Öykü Doğan, *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Para Borçlarında Borçlunun Temerrüdünün Sonuçları* (Aristo 2019) 28; Ayan, TTK m.1530 (20) 754; Yüce (n.5) 58-59; Kaplan (29) 219-220; Murat Doğan, Gökhan Şahan and İsmail Atamulu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, (Seçkin 2019) 275; Kizir (1) 101; Yıldız, Temerrüt (7) 44.

Örneğin inşaat yapılacak arsayı terk ederek çalışmayı kesin olarak bırakan yükleniciye karşı, iş sahibinin, dürüstlük kuralı gereğince ihtarda bulunmasının gerekli olmayacağı sonucuna varılabilir (Öz, İnşaat (25) 152, karşı Öz, Dönme (76) 174).

⁷⁷ von Tuhr/Escher (1) IV.1, 140; Oser/Schönenberger (7) OR Art 102, N 16; Weber (10) BK OR Art 102, N 143; Wiegand (7) BSK OR, Art 102, N 11; Velidedeoğlu/Özdemir (7) 236; Işık Nazikioğlu, 2Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü’ (1951) 8(1-2) Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 667; Tunçomağ (1) C I, 911; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop (7) 918; Feyzioğlu (7) C II, 238; Tandoğan (7) 477; Oğuzman/Öz (7) C I, N 1525; Barlas (1) 62; Furrer/Wey (7) Art 102, N 41; Antalya (2) C III, 427; Inan/Yücel (8) 619; Kaplan (29) 219-220; Doğan (76) 29; Doğan/Şahan/Atamulu (76) 275; Kizir (1) 101; Yıldız, Temerrüt (7) 44.

Yüklenici ile taşeron veya yüklenici ile inşaat malzemelerini temin eden tedarikçi (satıcı) arasındaki taşeronluk veya tedarik sözleşmesinde, “taşeronun veya tedarikçinin bedel alacağıın, yüklenicinin hakedişinin onaylanmasından itibaren 30 gün içinde ödeneceği” kararlaştırılmış olsun. Dikkat edilecek olursa, bu örnekte, taşeronluk veya tedarik sözleşmesindeki bedel borcunun ifa zamanı, bu sözleşmenin dışında başka bir sözleşmede (iş sahibi ile yüklenici arasındaki inşaat sözleşmesinde) yer alan bir olguya bağlanmıştır. Şayet, hakediş, hakediş alacaklısı yüklenicinin, iş sahibi ile arasındaki inşaat sözleşmesine aykırı davranması yüzünden onaylanmamakta ise, bu durumda hakedişin onaylanmamasına, bu olgunun gerçekleşmesini sağlayacak olan yüklenici sebep olmaktadır. Kanımızca, bu somut olayda, kural olarak, dürüstlük kuralı gereğince hakedişin düzenlenmesi gereken tarihten itibaren hakedişin onaylanması için makul bir süre hesaplanmalı ve muacceliyet anı buna göre belirlenmelidir (TBK m 175/I kıyasen). O halde hakedişin onaylanmasına inşaatı geciktirdiği veya ayıplı yaptığı için engel olan yüklenici veya taşeron, hakediş onaylanmadığı için muacceliyetin dayandığı koşulun gerçekleşmediği savunmasında bulunarak, borcunu ödemekten kaçınamaz. Bu halde “belirli vade” olduğu kabul edilebilir mi? Kanımızca, ifa zamanının belirlenmesinde dürüstlük kuralı gereği farazi bir belirleme yapılacağından, olayda önceden bilinebilir, kesin olarak saptanabilir bir ifa zamanından söz etmek güçtür. Bununla birlikte, hakedişin onaylanmasını kendi kusuruyla engelleyen borçlu karşısında, alacaklıdan vadenin belirsiz olduğu gerekçesiyle borçlunun temerrüde düşürülmesi için temerrüt ihtarında bulunmasını beklemek de, dürüstlük kuralına uygun düşen bir yorum olmaz. Bu sebeple, bu ihtimalde borçlu yüklenicinin temerrüde düşmesi için, kanımızca taşeronun veya tedarikçinin temerrüt ihtarında bulunmasına gerek yoktur (MK m 2) ve temerrüt hakediş alacağıın muaccel hale geldiği sürenin sona ermesinden itibaren kendiliğinden oluşur. Dikkat edilecek olur ise, bu somut olayda belirli vade nitelemesi yapmak güç ise de, temerrüt ihtarında bulunulmasına dürüstlük kuralının uygulanması sonucunda gerek olmadığı sonucuna varılmaktadır (TBK m 175/I kıyasen).

Bir başka örnek olarak, inşaat ruhsatının alınması işinin inşaat sözleşmesi ile yükleniciye bırakıldığı bir olayda “inşaatın inşaat ruhsatının alınmasından itibaren –örneğin- 18 ay içinde tamamlanacağı kararlaştırılmış olsun. Şayet inşaat ruhsatının alınmaması, yükleniciye atfedilebilen bir sebeple gerçekleşmemekte ise, bu durumda da, inşaat ruhsatının alınması gereken süre dürüstlük kuralına göre tayin edilmelidir⁷⁸. Kanımızca bu farazi süre önceden belirlenebilir nitelikte olmadığı için burada da belirli vadeden söz edilemez. Ancak inşaat ruhsatının alınmamasına sebep

⁷⁸ Aynı yönde Ayan, Temerrüt (29) 99 ve özellikle 165-166; Zekeriya Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, (Filiz 2017) 311; Yargıtay 23HD E 2689, K 4550, 03.07.2012 (Kazancı): “İnşaata başlama tarihi belirli bir işleme veya olguya bağlanmışsa bu işlem veya olgunun gerçekleştiği tarihte yüklenicinin işe başlaması gerekir. (...) Bu durumda, tahliye tarihinden itibaren yüklenicinin makul sürede ruhsat almak için gereken gayreti gösterip ruhsat işlemleri için ilgili mercülere başvurup başvurmadığı üzerinde durulmalıdır”.

olan yüklenici, dürüstlük kuralı gereğince, temerrüt için kendisine temerrüt ihtarında bulunulması gerektiği savunmasını ileri süremez (TBK m 175/I kıyasen). Dolayısıyla, inşaat ruhsatının alınmasından itibaren 18 ay içinde inşaatın tamamlanacağı hükmünü içeren bir sözleşmede; temerrüt anı, inşaat ruhsatının dürüstlük kuralına göre tayin edilecek makul sürede alınması gereken tarihten itibaren 18 aylık sürenin sona ermesinden itibaren gerçekleşmiş kabul edilerek, bu tarihten itibaren gecikme tazminatı istenebilmelidir⁷⁹. Sözleşmede ifa zamanının, inşaat ruhsatının alınması olgusuna bağlandığı hallerle ilgili Yargıtay'ın çeşitli kararları bulunmaktadır. İnşaat ruhsatının alınması işinin inşaat sözleşmesi ile yükleniciye bırakıldığı hallerde, Yargıtay, yüklenici tarafından inşaat ruhsatının alınmasından itibaren belirli bir süre sonra inşaatın tamamlanmasının borçlanıldığı sözleşmelerde, inşaat ruhsatının yükleniciye atfı kabil sebeplerle alınmamış olması durumunda, iş sahibinin ancak "tahammül süresi" kadar bu sözleşme ile bağlı olacağı ve tahammül süresinin aşılması halinde artık sözleşmeyle bağlı kalmaya zorlanamayacağı yolunda kararlar vermektedir:

"Davacı vekili, taraflar arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandığını, inşaatın ruhsattan itibaren 12 ay içinde teslimi gerektiği halde, ihtarına rağmen davalının hiçbir işleme başlamadığını ileri sürerek, sözleşmenin feshini talep ve dava etmiştir. / Mahkemece, (...) davalı yüklenicinin inşaat ruhsatı için belediyeye başvurduğu, ancak eksiklikler nedeniyle talebin iade edildiği ve tekrar başvuru yapılmadığı, sözleşme tarihinden itibaren beklenmesi gereken tahammül süresinin aşıldığı gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir. / (...) (U)sul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına (...) karar verildi"⁸⁰.

2. Beklenen Olgunun Gerçekleşmemesinde Alacaklıya Yükletilebilen Bir Sebepin Bulunması

Sözleşmede gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmesine alacaklı engel olmakta ya da alacaklının hâkimiyet alanındaki bir sebeple olgu gerçekleşmemekte ise, borçlu, ifadan kaçınma hakkının olduğu hallerde (örneğin ifa sırası söz konusu ise), borcun ifasından kaçınabilecektir. Bu hallerde ifa zamanının bağlandığı olgunun

⁷⁹ Ekleyelim ki, şayet inşaat ruhsatının alınmasının mümkün olmaması söz konusu ise; ruhsatın alınması, eğer en başından beri imkânsız bir halde idi ise, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünden (TBK m.27); ruhsat alınmasının sözleşme kurulduktan sonra taraflara yükletilemeyen bir sebeple imkânsızlaşması söz konusu oldu ise, ifa imkânsızlığına bağlı olarak sona erme halinden söz edilebilecektir (TBK m.137).

⁸⁰ Yargıtay 23HD E 2014/9021 K 2016/898, 19.2.2016: (Lexpera). Aynı yönde Yargıtay 23HD E 2013/7892 K 2014/1064, 14.02.2014: "Taraflar arasında imzalanan düzenleme şeklinde 05.09.1990 günlü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşaatın temel ruhsatının alınmasından itibaren 36 ayda teslim edileceği kararlaştırılmıştır. Davalı yüklenici, inşaatı başlamakla beraber, idare tarafından yapıların ruhsatsız ve kaçak olduğundan bahisle yıkım kararları alınmıştır. Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü'nün 04.01.2008 günlü yazısında, sözleşme konusu parsellerin bulunduğu alanda imar planı olmadığı, bu nedenle de inşaatlara ruhsat verilmesinin mümkün olmadığı bildirilmiş, yargılama sırasında alınan bilirkişi raporlarında da hukuki nedenlerle ruhsat alınmasının imkânsız olduğu belirlenmiştir. (...) Somut olayda, davalı yüklenici, makul sürede temel ruhsatı almadığı gibi, (...) İmar Kanunu'na aykırı şekilde, imarı bulunmayan alanda ruhsatsız inşaat yapmıştır. (...)

Bu durumda, mahkemece yapılması gereken iş; ilgili Belediye Başkanlığı ve kurumlardan dava konusu inşaatın yasal hale getirilme imkanının bulunup bulunmadığının, yasal hale getirilmesi mümkün ise yapılması gereken tüm işlemlerin ayrıntısıyla sorulmasından; (...) yüklenici tarafından yapıların yasal hale getirilmesi halinde davanın reddedilmesinden; aksi halde yani yasal hale getirilmemesi durumunda ise tahammül süresinin geçmiş olduğu da dikkate alınarak davanın kabul edilmesinden ibarettir" (Lexpera).

gerçekleşmemesinde alacaklının rol oynaması, alacaklının alacağına muaccel olmasını engelleyebilecektir.

Örneğin, “satıcının malı teslim etmesinden itibaren 10 gün içinde alıcı tarafından ödeme yapılacağı” kararlaştırılmışsa, alacaklı satıcının malı teslim etmemesi halinde, mal kendisine teslim edilmeyen borçlu alıcı; kendi borcu muaccel hale gelmeyeceği için (ifa sırası), bedeli ödemekten kaçınabilir. Bu somut olay bakımından dürüstlük kuralına dayanılarak, malın teslim edilmesi gereken süreden itibaren bedel borcunun muaccel olacağı da söylenemez.

“Faturanın kesilmesinden itibaren 10 gün içinde ödeme yapılacağı” örneğinde de benzer bir durum vardır. Faturanın kesilmemesi, alacaklı satıcıya yükletilebilen bir sebepten ileri geliyorsa (örneğin satıcı malı teslim etmediği için faturayı düzenlemiyorsa), borçlu alıcı ifa sırasının gelmemiş olması sebebiyle bedel ödeme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkına sahiptir. Bu somut olayda da, faturanın kesilmesi gereken tarih itibarıyla bedel ödeme borcunun muaccel olacağı söylenemez.

“İş sahibi ile yüklenici arasındaki inşaat sözleşmesinde, hakedişin onaylanmasından itibaren 30 gün içinde ödeme yapılacağı” kararlaştırılmış olsun. Bu örnekte, eğer hakedişin onaylanmamasına, alacaklı yüklenicinin üstlendiği işi gereği gibi yerine getirmemesi sebep olmuşsa, hakedişin onaylanmamasında, borçlu iş sahibinin sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu halde, iş sahibi ifa sırasına dayanarak yüklenicinin bedel alacağına muaccel hale gelmediğini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınma hakkına sahiptir. Bu somut olay bakımından da, dürüstlük kuralı gereğince hakedişin onaylanması gereken tarihte hakediş alacağına muaccel olacağı söylenemez.

İnşaat ruhsatının alınmasının yükleniciye bırakıldığı bir inşaat sözleşmesinde, “inşaat ruhsatının alınmasından itibaren 18 ay içinde inşaatın tamamlanacağı” kararlaştırılmış olsun. Şayet inşaat ruhsatının alınmaması, borçlu yükleniciye izafe edilebilecek bir sebepten değil de; alacaklı arsa sahibine yükletilebilen sebepten kaynaklanıyorsa (örneğin iş sahibi yükleniciye vekâlet vermediği için, yüklenici ruhsat başvurusunda bulunamıyorsa), bu durumda yüklenicinin borcunun dürüstlük kuralı yardımıyla inşaat ruhsatının alınması gereken tarihten itibaren muaccel olacağı söylenemez. Çünkü bu somut olayda dürüstlük kuralı, kusurlu olan iş sahibini korumaz.

3. Beklenen Olgunun Gerçekleşmemesinde Tarafalara Yükletilebilen Bir Sebebin Bulunmaması

Şayet, sözleşmede gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmemesinde taraflara yükletilebilen bir sebep yoksa, dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde, olgunun gerçekleşmesi gereken makul süre sonundan itibaren ifa zamanı tayin edilmelidir. Bu hallerde olgunun gerçekleşmesi gereken zaman dilimi, önceden bilinen ve kesin

olarak hesap edilen bir zaman niteliğinde olmadığından, belirli vade söz konusu değildir. Borçlunun temerrüde düşmesi için bu kere, kural olarak, temerrüt ihtarı gerekir. Zira bu ihtimalde, olgunun gerçekleşmesine engel olma ya da olgunun gerçekleşmemesine sebep olma yüzünden dürüstlük kuralı gereğince (TBK m 175/I kıyasen) olgunun gerçekleşmiş sayılması gibi bir durum söz konusu değildir.

“Yüklenici ile taşeron veya tedarikçi arasındaki taşeronluk veya tedarik sözleşmesinden doğan bedel borcunun, asıl iş sahibi ile yüklenici arasındaki inşaat sözleşmesinden doğan hakediş alacağının onaylanmasından itibaren 30 gün içinde ifa edileceği” kararlaştırılmış olsun. Şayet, yüklenici asıl inşaat sözleşmesinden doğan yapma borcunu gereği gibi ifa etmesine rağmen, iş sahibi hakedişi -temerrüde düşerek veya iflas ettiği için vs- onaylamamakta ise, bu durumda taşeronluk ya da tedarik sözleşmesinden doğan bedel borcunun ifa edilmemesinde alacaklıya veya borçluya yükletilebilen bir sebep bulunmamaktadır. Bu somut olayda, taşeronun ya da tedarikçinin ilanihaye hakediş alacağının onaylanmasını beklemesi istenemez. Dürüstlük kuralı gereğince, hakediş alacağının onaylanması gereken makul süre içinde borcun muaccel hale geldiği kabul edilmek gerekir. Ancak bu süre, önceden belirlenebilir ve kesin olarak hesap edilebilir bir zaman dilimi (belirli vade) olmadığından, bu kere borçlunun temerrüde düşürülmesi için, kural olarak, temerrüt ihtarında bulunulması gerekir.

İnşaat ruhsatının alınmasının yükleniciye bırakıldığı inşaat sözleşmesinde, “inşaat ruhsatının alınmasından itibaren 18 ay içinde inşaatın tamamlanacağı” kararlaştırılmış olsun. Şayet inşaat ruhsatının alınamamasında taraflara izafe edilebilecek bir sorumluluk yoksa, durum ne olacaktır? Eğer inşaat ruhsatının alınamaması, objektif sebeplerden (örneğin imar izninin bulunmamasından, durdurulmasından ya da sonradan ortadan kaldırılmasından) kaynaklanmakta ise, bu durumda somut olayda başlangıçtaki imkânsızlık, geçici ifa imkânsızlığı ya da ifa imkânsızlığı hallerinden birinin söz konusu olup olmamasına göre uygulanması gereken hükümler değişecektir⁸¹.

IV. Sözleşmede Gerçekleşmesi Beklenen Olgunun Gerçekleşip Gerçekleşmediği Konusunda Alacaklının Bilgi Sahibi Olmaması

İfa zamanının sözleşmede gerçekleşmesi beklenen bir olgunun gerçekleşmesine bağlandığı hallerde, alacaklı bu olgunun gerçekleşip gerçekleşmediği bilgisine sahip olamayabilir. Özellikle olgunun gerçekleşmesi borçlunun hâkimiyet alanındaki bir durum ise, bu bilgiyi borçlu vermedikçe, alacaklının olgunun gerçekleşip

⁸¹ Başlangıçtaki imkânsızlık halinde sözleşme geçersiz olacağı için ifa zamanından söz edilemeyecek, ifa imkânsızlığı bakımından ise inşaat yapma borcunun ifası mümkün olmadığından bir ifa zamanından yine söz edilemeyecektir. Geçici ifa imkânsızlığı ihtimalinde ise, ifanın geçici olarak imkânsız olduğu süre içinde borç muaccel olmaz ve ifa süresi işlemez. Ancak, alacaklı iş sahibinden inşaat ruhsatının alınmasını beklemesi gereken dürüstlük kuralına göre tayin edilecek makul süre (tahammül süresi) sonunda ifanın imkansızlaştığı kabul edilebilir.

gerçekleşmediğini öğrenebilmesi mümkün olmayabilir. Olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğini bilemeyen alacaklı, borcun muaccel hale gelip gelmediğini ve borçlunun temerrüde düşüp düşmediğini ve temerrüt ihtarında bulunmasının gerekli olup olmadığını ya da ne zaman temerrüt ihtarında bulunacağını bilemez bir haldedir. Örneğin, uygulamada hakediş alacaklısı olan borçlu yüklenicinin, hakedişin onaylanıp onaylanmadığı ya da ne zaman onaylandığı konusunda alacaklı taşeronu veya tedarikçiye bilgi vermemesi hallerinde durum böyledir.

Şüphesiz, ifa zamanının kesin bir takvim gününe bağlanmış olduğu belirli vadenin söz konusu olduğu hallerde, alacaklının aydınlatılmamış olmasına rağmen, vadenin sonda temerrüt kendiliğinden gerçekleşecek ve temerrüt faizi işlemeye başlayacaktır⁸². Ancak borçlunun temerrüde düşürülmesi için temerrüt ihtarında bulunulması gereken hallerde nasıl hareket etmek gerekecektir?

Örneğin tedarikçi ile taşeron arasındaki inşaat malzemelerinin satışını konu alan tedarik sözleşmesinde, tedarikçinin bedel alacağı, iş sahibinin ana yükleniciye hakediş düzenlediği tarihten itibaren belirli bir süre sonra ifa edileceği kararlaştırılmışsa, bazen taşeron da ana yükleniciye hakediş düzenlenip düzenlenmediğinin bilgisine sahip olmayabilir. Bu durumda tedarikçinin taşerondan olan alacağının ifa zamanının, iş sahibinin ana yüklenici lehine hakediş düzenlemesi gereken tarihten itibaren hesaplanması gerekir. Bununla birlikte, iş sahibi tarafından ana yükleniciye hakedişin düzenlenip düzenlenmediği bilgisine sahip olmayan taşeronu atfedilebilecek bir sorumluluk olmadığından, bu halde, taşeronu temerrüde düşürebilmek için dürüstlük kuralı gereğince temerrüt ihtarına gerek olduğu kabul edilmelidir. Temerrüt faizi ödemek zorunda kalan taşeronun, elinde, kendi borçlusunu olan yükleniciye rücu etme hakkı bulunmaktadır.

TBK m 117/I gereğince “muaccel bir borcun borçlusunu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşse (ceğine)” göre, kural olarak temerrüt ihtarının alacak muaccel olduğu tarihten sonra yapılması gerekir⁸³. Kural bu olmakla birlikte, öğretide⁸⁴ de haklı olarak ifade edildiği üzere, somut olay koşullarına göre borcun muaccel olmasından önce yapılan bir ihtarın da, dürüstlük kuralı gerekli kıldığı takdirde, geçerli bir

⁸² Buna karşılık ifa zamanının bilgisi alacaklıda olmasına rağmen alacaklı vadenin geldiğini borçluya bildirmese, temerrütün yine de gerçekleşeceği, ancak alacaklının zararın doğmasına ya da artmasına sebep olması yüzünden birlikte kusurlu olacağı ve bu durumda mahkemece gecikme tazminatının indirilebileceği ya da tamamen kaldırılabilirliği savunulmuştur: Yüce (n.5) 138-139.

⁸³ von Tuhr/ Escher (1) § 72,II, 136, dn 10; Oğuzman/Öz (7) C I, N 1507; Barlas (1) 40; Akkanat (1) 26; Sarı (6) 1577. Karşı görüşte olmak üzere, ihtarın borcun muaccel olmasından önce de yapılabileceği yönünde: Bucher (25) 357; Schenker, Schuldnerverzug (n.2) N 161; Tunçomağ (1) C I, 907. Muacceliyetten önce yapılan ihtarın, muacceliyet sonrasında temerrüt için gerekli olan ihtarında bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı görüşünde: Oğuzman/Öz (7) C I, N 1507, dn 405; Barlas (1) 40.

⁸⁴ Sarı (6) 1577. Nitekim kural olarak ihtar borcun muaccel olmasından sonra yapılabilecek ise de, ifanın zamana yayıldığı veya ifaya ilişkin hazırlık hareketlerinin gerekli olduğu hallerde, muacceliyetten önce de ihtarında bulunulmasının mümkün olması gerektiği görüşünde: Becker (8) BK OR Art 102, N 18; Tunçomağ (1) C I, 907; Feyzioğlu (7) C II, 233-234. Karşı görüşte Akkanat (1) 25-26.

temerrüt ihtarı olarak kabul edilmesi gerekir. Taşeronun bedel alacağına asıl iş sahibi tarafından yüklenicinin düzenlediği hakedişin onaylanması olgusuna bağlandığı veya tedarikçinin taşerondan olan alacağına, taşeronun düzenlediği hakedişin yüklenici tarafından onaylanması olgusuna bağlandığı durumlarda, hakediş alacaklısı hakedişin onaylanıp onaylanmadığı bilgisine sahip olmadığından, onun henüz hakedişin onaylanmamış olduğu bir zamanda temerrüt ihtarında bulunması halinde, bu ihtarın, dürüstlük kuralı gereğince, geçerli bir temerrüt ihtarı olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak elbette temerrüt ihtarı sonuçlarını hakedişin onaylanması gereken makul sürenin dolmasını müteakiben işleyecek sürenin bitiminden itibaren doğuracaktır.

Sonuç

Taraflar borcun ifa edileceği günü muayyen (belirli) bir tarih olarak belirlemişlerse, borç kararlaştırılan günün gelmesi üzerine muaccel hale gelir ki, bu durum “belirli vade” (*dies certus quando; bestimmte Verfalltag*) olarak adlandırılır. Belirli vade terimi ile, vadenin, borçlunun borcunu ne zaman ifa edeceğini yeterli açıklıkta bilebilecek şekilde kararlaştırılması anlatılmak istenir. Borçlunun ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşmesi bakımından vadedeki belirlilik unsuru, borçluyu koruma amacına hizmet eder. Kanun koyucu, borçlunun borcunu ne zaman ifa edeceğini açık ve kesin bir şekilde bilebileceği hallerde, onun temerrüt konusunda ayrıca uyarılmasına gerek olmadığı faraziyesiyle hareket etmektedir.

Belirli vadenin sözleşmenin kurulduğu an itibariyle saptanmasının zorunlu olup olmadığı; diğer bir deyişle sözleşme kurulduktan sonra ve ifadan önce borcun ne zaman ifa edileceğinin kesin olarak tespit edilebildiği hallerde belirli vadenin söz konusu olup olmadığı tartışmalıdır. Örneğin “teslimden itibaren 10 gün içinde ödeme yapılacağı”, “faturanın kesilmesinden itibaren 10 gün içinde ödeme yapılacağı”, “hakedişin onaylanmasından itibaren 30 gün içinde inşaat bedelinin ödeneceği”, veya “inşaat ruhsatının alınmasından itibaren 18 ay içinde inşaatın tamamlanacağı” kararlaştırıldığında, sözleşme kurulduğu sırada borcun ifasının ne zaman yapılacağı belirli değildir; ancak gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmesi üzerine süre hesap edilebilir hale gelmektedir.

İfa zamanının sonradan gerçekleşmesi beklenen bir olguya bağlanması durumunda, borcun hükümlerini doğurduğu kesindir, ancak bu borcun ne zaman ifa edileceği hususu, gelecekteki bir olguya bağlanmıştır. İfa zamanının olguya bağlanması, borçların hüküm doğurmasının gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sözleşme kurulduğu anda kesin olarak bilinmeyen bir olguya (geciktirici koşula) bağlanmasından farklı bir durumdur. Kanaatimizce, borcun ifa zamanının (muacceliyetin) gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir olguya bağlandığı hallerde, söz konusu olgunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sözleşme kurulduğu sırada

kesin olarak bilinen bir durum olmadığından, bu hallerin koşul olarak nitelenmesi mümkündür. Ancak buradaki koşul, asla Türk Borçlar Kanununun 170 vd maddelerinde düzenlenen anlamda borcun hükümlerini doğurması açısından bir koşul niteliğinde değildir. Aksine, hükümlerini doğurduğu kesin olan bir borcun ifa zamanının tayin edilmesinin, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği önceden kesin olarak bilinmeyen ama gerçekleşmesi beklenen bir olguya bağlanması söz konusudur. Bu sebeptir ki, TBK m 170 vd hükümlerden kıyasen yararlanılabilir.

Gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir olgunun gerçekleşmesinden itibaren belirli bir süre sonra borcun ifa edileceği tarzındaki sözleşme hükümleri bakımından ortada bir belirli vadenin söz konusu olup olmadığını saptayabilmemiz için, öncelikle, sözleşmede gerçekleşmesi beklenen olgunun “gerçekleşmiş” ve “gerçekleşmemiş” olması ihtimallerine göre konu ayrı ayrı ele alınmalıdır.

İlk durum, sözleşmede ön görülen olgunun sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşmiş olması ihtimalinde vadenin belirli olup olmadığını tayindir. İsviçre Borçlar Kanununun 102.maddesinde (OR Art102) ve Türk Borçlar Kanununda 117.maddesinde (TBK m 117), ifa zamanının sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşecek bir olaydan itibaren belirli bir süre sonra olarak kararlaştırılması halinde, belirli vade niteliğinde olup olmadığı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık Alman Medeni Kanununda (BGB §286 Abs II-2), ifanın bir olgunun meydana gelmesinden sonra gerçekleşmesi gerekiyorsa ve ifa için gereken makul zaman, bu olayın gerçekleşmesinden başlayarak takvime göre hesaplanabilecek bir biçimde kararlaştırılmışsa, borçlunun temerrüde düşmesi için temerrüt ihtarına gerek olmadığı düzenlenmiştir. Öte yandan TBK m 117 karşısında özel hüküm niteliğinde olan TTK m 1530'da, mal ve hizmet tedarikine ilişkin ticari işletmeler arasındaki sözleşmelerde para borçlarının ifası bakımından özel hüküm getirilmek suretiyle ihtarsız temerrüt hali öngörülmüştür.

Öğretide savunulan klasik görüşe göre, belirli vade, sözleşmenin kuruluş anına göre tayin edilir; vade sözleşme kurulduğu anda belirli veya kesin olarak hesaplanabilir bir tarih ise, belirli vade söz konusu olacaktır. Çünkü ihtar gereğinin ortadan kalkması için, borçlunun daha işin başında, sözleşme kurulduğu anda ifa zamanını açık ve kesin olarak tayin edebiliyor olması gerekir.

Buna karşılık, bizim de katıldığımız bu görüşe göre, vadenin sözleşme kurulduğu anda belirli olmasa bile sözleşmenin kurulmasından sonraki süreçte kesin ve açık bir şekilde belirli hale gelmesi, belirli vadenin varlığı için gerekli ve yeterlidir. Diğer bir deyişle, “sonradan “belirli hale gelen vade” de, belirli vade niteliğindedir. Önemli olan da, sözleşmenin kurulduğu anda değil, ifanın gerçekleşeceği tarihten önceki herhangi bir zamanda vadenin kesin ve açık olarak hesaplanabiliyor olmasıdır.

Bununla birlikte borçlunun ifa zamanının bağlandığı olgunun gerçekleştiğini öğrenemediği hallerde, temerrüdün kendiliğinden oluştuğu kabul edilemez; zira ödeme gününü bilmeyen borçlunun, TBK m 117 hükmünün *ratio legis*'i dikkate alınarak yapılacak bir yorumla, temerrüde düşmesi için ihtar edilmesi gerekliliğini aramak gerekir.

Öte yandan gelecekte gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmesinden itibaren belirli bir süre sonra değil de, olgunun gerçekleştiği tarihte ifanın yapılacağı kararlaştırılmışsa (örneğin “malın teslim edildiği gün”, “hakedişin onaylandığı gün” ya da “faturanın kesildiği gün” ödeme yapılacağı kararlaştırılmış ise), bu durumda da yine belirli vadeden söz edilip edilemeyeceği hususunda, Türk ve İsviçre Hukuklarında açık bir hüküm bulunmamaktadır. Alman Hukukunda ise, öğretilde, çoğunlukça, bu hallerde belirli vadenin söz konusu olmadığı kabul edilmektedir. Çünkü BGB §286/II-2’de, olgunun gerçekleşmesinden itibaren takvim gününe göre hesap edilebilen “makul bir sürenin” (*angemessene Zeit*) geçmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Kanımızca, taraflar ister olgunun gerçekleştiği gün ifanın yapılacağını, isterse olgunun gerçekleşmesinden itibaren kısa bir zamanda (ertesi gün veya 2 gün içinde) ifanın yapılacağını kararlaştırmış olsunlar fark etmeksizin, taraf iradelerine değer verilmesi gerekir. Demek ki taraflar olgunun gerçekleşmesinden itibaren aynı gün veya kısa zamanda ifanın mümkün olduğu kabulü ile böyle bir ifa zamanı kararlaştırmışlardır. Daha açık bir deyişle, taraflar vadesiz bir işlem yapmak ya da belirsiz vadeli bir işlem yapmak iradesi ile hareket etmemişler; tam aksine ifa için belirlenebilir bir zaman tayin etmişlerdir. O halde tarafların bu yöndeki iradelerine değer verilmek gerekir. Bu sebeple, Alman Hukukunda savunulan bu görüşün, kendi içinde çelişki barındırması gerekçesiyle isabetli olmadığı görüşündeyiz. Kanaatimizce, sözleşmede olgunun gerçekleştiği gün ifanın yapılacağını kararlaştırıldığı hallerde, olgunun gerçekleştiği günün mesai bitimine kadar borcun ifa edileceği kararlaştırılmış demektir ki bu halde de ifa zamanı tarafların kendi iradesiyle belirlenmiş durumdadır ve temerrüt ihtarı gerekli değildir. Olgunun gerçekleştiği günün ertesi günü ya da olgunun gerçekleşmesinden itibaren 2 gün (yetersiz zaman) içinde ifanın kararlaştırıldığı hallerde de durum aynıdır. Ancak kanımızca kural böyle olmakla birlikte bir takım istisnaların varlığına da değinmek gerekir: Şöyle ki, eğer öngörülen olgunun gerçekleştiği hususunda borçlu bilgi sahibi olamamışsa, bu durumda vade onun için bilenebilir olmayacağından, bu durumda olgunun borçluya bildirilmesinden itibaren sözleşmede geçmesi gereken sürenin sonunda temerrüdün oluşacağı kabul edilmelidir. Öte yandan olgunun gerçekleştiği gün ya da gerçekleşmesinden itibaren kısa sürede ifanın yapılacağını kararlaştırıldığı hallerde, olgunun gerçekleştiği günden itibaren hesaplanacak zaman diliminde borcun ifası mümkün değilse ya da borcun ifası için yeterli zaman yok ise (tepki süresi (*Reaktionzeit*) yeterli değil ise), bu durumda ifanın mümkün olduğu ilk andan itibaren temerrüdün oluştuğu kabul edilmelidir.

Sözleşmede yer alan “malın tesliminden sonra / hakedişin onaylanmasından sonra / faturanın kesilmesinden sonra ödeme yapılacağı” ya da “inşaat ruhsatının alınmasından itibaren en kısa sürede inşaatın tamamlanacağı” tarzındaki hükümler bakımından ise, öngörülen olgunun gerçekleşmesinden (malın tesliminden, hakedişin onaylanmasından, faturanın kesilmesinden, inşaat ruhsatının alınmasından) sonra ne kadar bir süre içerisinde ya da hangi gün ifanın gerçekleşeceği belli değildir. Bu tarzdaki sözleşme hükümleri bakımından belirli vadenin söz konusu olmadığı ve temerrüt ihtarının gerekli olduğu kabul edilmek gerekir.

Diğer bir durum olarak, belirsiz vadenin sonradan belirli vade haline dönüşmesinin mümkün olup olmayacağı konusuna da değinmemiz gerekir. Kanımızca bu durum için genel bir kural vermek isabetli olmaz. Bunun yerine her somut olay açısından vadenin önceden yeterli kesinlik ve belirlilikte hesaplanıp bilinebilir halde olmasının mümkün olup olmamasına göre karar vermek gerekir: Örneğin, “A’nın ölümünden itibaren 3 ay içinde ödemenin yapılacağı” tarzındaki sözleşme hükümleri bakımından; “A’nın ölümü” ifa zamanının hesaplanmasına yarayan başlangıç anı olup, belirsiz vade niteliğinde iken, sonradan belirli hale gelmektedir. Bu sebeple de kanımızca bu örnekte kural olarak temerrüt ihtarına gerek yoktur. Buna karşılık, şayet borçlu, A’nın ölümünü, bu 3 aylık süre içinde öğrenememiş ise, bu ihtimalde, temerrüdün 3 ayın sonunda kendiliğinden oluşmayacağı sonucuna varmak gerekir. Örneğin “hasat zamanının başladığı tarihten itibaren 1 ay içinde ödeme yapılacağı”, “turizm sezonundan sonra on ay içinde yükleniciye kesin hakedişin ödeneceği”, “inşaatın, yüklenicinin inşaata tam kapasiteyle başladığı tarihten itibaren 18 ay içinde tamamlanacağı” şeklindeki sözleşme kayıtlarında vadenin sonradan belirli hale geldiği sonucuna varılamaz. Çünkü “hasat zamanının başlangıcı”, “turizm sezonunun sona ermesi” ya da “inşaata tam kapasiteyle başlama” olguları, ifa zamanının hesaplanmasına yarayan başlangıç anı niteliğinde iseler de, bu olguların tam olarak ne zaman gerçekleşeceği (hasat zamanının tam olarak ne zaman başlayacağı ya da turizm sezonunun tam olarak hangi sona ereceği veya inşaata tam kapasiteyle hangi gün başlanmış olacağı), net bir takvim günü olarak söylenemez.

Ekleyelim ki, belirsiz vadenin kararlaştırılmış olduğu sözleşmelerde, borçluyu temerrüde düşürmek için kural olarak temerrüt ihtarı gerekli ise de, bazen, dürüstlük kuralı gereğince temerrüt ihtarına gerek olmayan belirsiz vade örnekleri ile de karşılaşılabılır. “Hasat zamanından itibaren 10 gün içinde borcun ödeneceğinin” kararlaştırıldığı bir örnekte, sonbahar mevsimi sona ermiş, kışa gelinmiş olduğu halde borç hâlâ ödenmemiş durumda olsun. Kanımızca, hasat zamanının çoktan bittiği, kış mevsiminin başladığı böyle bir durumda, borçluyu temerrüde düşürmek için temerrüt ihtarının şart olduğunu savunmak, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder (TMK m 2/II).

Yargıtay'ın bu çalışmamızda incelenen konu bakımından ortaya koyduğu farklı yöndeki içtihatları, adalet duygusunu sarsacak niteliktedir. Kanaatimizce Yargıtay'ın tüm bu olgular bakımından yeknesak bir nitelime yapması gerekir ve katıldığımız görüş çerçevesinde, sözleşmede öngörülen olguların gerçekleşmesi durumunda, bu olgunun gerçekleşmesinden itibaren hesaplanacak olan sözleşmeyle kararlaştırılmış süre sonunda, borçlunun kendiliğinden temerrüde düşeceği ve temerrüt ihtarının gerekli olmayacağını kabul edilmesi gerekir.

İkinci bir durum olarak, sözleşmede gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmesinden itibaren belirli bir süre sonra borcun ifa edileceğinin kararlaştırıldığı hallerde, beklenen olgu gerçekleşmemiş ise, bu aşamada vadenin belirli olduğunu kabul etmek güçtür. Çünkü gerçekleşmesi beklenen olgunun (malın teslimi, faturanın kesilmesi, hakedişin onaylanması veya inşaat ruhsatının alınması olgularının) gerçekleşmemiş olması sebebiyle, sözleşmede belirlenen sürenin başlangıç anı saptanamaz ve sözleşme süresi hesaplanamaz bir haldedir.

Sözleşmede gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmemesine borçlunun sebep olması halinde, kanımızca, kural olarak dürüstlük kuralı uyarınca beklenen olgunun “gerçekleşmesi gereken tarih”in esas alınıp alınmayacağına karar verilmesi gerekir. Şayet somut olayda dürüstlük kuralı gerekli kılıyorsa, ifa zamanı, gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmesi gereken makul süre nazara alınarak belirlenmelidir. Kural olarak vadenin belirli olmadığı hallerde, temerrüt ihtarı gerekli ise de, ifa zamanının bağlandığı olgunun gerçekleşmesine borçlu tarafından engel olunmakta ise dürüstlük kuralı gereğince temerrüt ihtarına gerek olmadığı sonucuna varılmalıdır.

Sözleşmede gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmesine alacaklı engel olmakta ya da alacaklının hâkimiyet alanındaki bir sebeple olgu gerçekleşmemekte ise, borçlu, ifadan kaçınma hakkının olduğu hallerde (örneğin ifa sırası söz konusu ise), borcun ifasından kaçınabilecektir. Bu hallerde ifa zamanının bağlandığı olgunun gerçekleşmemesinde alacaklının rol oynaması, alacaklının alacağının muaccel olmasını engelleyebilecektir.

Şayet, sözleşmede gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmemesinde taraflara yükletilebilen bir sebep yoksa, dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde, olgunun gerçekleşmesi gereken makul süre sonundan itibaren ifa zamanı tayin edilmelidir. Bu hallerde olgunun gerçekleşmesi gereken zaman dilimi, önceden bilinen ve kesin olarak hesap edilen bir zaman niteliğinde olmadığından, belirli vade söz konusu değildir. Borçlunun temerrüde düşmesi için bu kere, kural olarak, temerrüt ihtarı gerekir.

Son olarak değinilmesi gereken bir konu olarak, ifa zamanının sözleşmede gerçekleşmesi beklenen bir olgunun gerçekleşmesine bağlandığı hallerde, alacaklı bu

olgunun gerçekleşip gerçekleşmediği bilgisine sahip olamayabilir. Özellikle olgunun gerçekleşmesi borçlunun hâkimiyet alanındaki bir durum ise, bu bilgiyi borçlu vermedikçe, alacaklının olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğini öğrenebilmesi mümkün olmayabilir. Olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğini bilemeyen alacaklı, borcun muaccel hale gelip gelmediğini ve borçlunun temerrüde düşüp düşmediğini ve temerrüt ihtarında bulunmasının gerekli olup olmadığını ya da ne zaman temerrüt ihtarında bulunacağını bilemez bir haldedir. Bu hallerde öngörülen olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin bilgisine sahip olamayan borçluya atfedilebilecek bir sorumluluk olmadığından, borçluyu temerrüde düşürebilmek için dürüstlük kuralı gereğince temerrüt ihtarına gerek olduğu kabul edilmelidir. Kural olarak temerrüt ihtarının alacak muaccel olduğu tarihten sonra yapılması gerekir ise de, bu gibi hallerde, borcun ne zaman muaccel olduğu ve borçlunun temerrüde düşüp düşmediğinin bilgisine sahip olmayan alacaklının, borcun muaccel olmasından önce yaptığı ihtarın da, dürüstlük kuralı gereğince, geçerli bir temerrüt ihtarı olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak elbette temerrüt ihtarı sonuçlarını hakedişin onaylanması gereken makul sürenin dolmasını müteakiben işleyecek sürenin bitiminden itibaren doğuracaktır.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

- Akkanat H, 'İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü', *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, (Beta 2000) 1-49.
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C III, (Legal 2017).
- Atamer YM and Okutan Nilsson G, 'Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK m. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı' (2013) 29(3) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 31-82.
- Ayan S, *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü* (Seçkin 2008). [Temerrüt].
- Ayan S, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü', (2010) (12) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Özel Sayı: Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, C II) 717-793 [TTK m.1530].
- Barlas N, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı 1992).
- Becker H, *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art 1-183 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht* (Stämpfli 1945).
- Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, (2nd edn, Schulthess 1988).
- Bühler T, *Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2d, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art 1-529 OR), Der Werkvertrag, Art 363-379 OR* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1998).
- Çağlayan P, 'Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukukundaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları (TTK Md. 1530)', (2011) 27(2) *BATİDER* 173-243.
- De Feo RA, *Die Fälligkeit von Vertragsforderungen: eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertragsrecht*, (Schulthess 2001).
- Dirican G, *Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması* (Vedat 2007).
- Doğan M, Şahan G and Atamulu İ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, (Seçkin 2019).
- Doğan Ö, *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Para Borçlarında Borçlunun Temerrüdü'nün Sonuçları* (Aristo, 2019).
- Eren F, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (23rd edn, Yetkin 2018).
- Ernst W, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht - Allgemeiner Teil* (9th edn, C H Beck 2018). [MüKo]
- Feyzioğlu FN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C II, (2nd edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1987).
- Furrer A and Wey R, *Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art 1-183 OR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3rd edn, Schulthess 2016).
- Gauch P, Schlupe WR, Schmid J and Emmenegger S, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II* (10th edn, Schulthess 2014).
- Giger H, *Haftpflchtcommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflchtbestimmungen* (Dike 2016).
- Göksu T, *Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)* (9th edn, Schulthess 2016).

- Gönen D, *İnşaat Sözleşmesinde Bedel* (On İki Levha 2016).
- Grüneberg Christian: §§ 241-432 BGB, in *Otto Palandt (Heruasgeber), Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kurzkommentar; Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, Titel: 1.Verpflchtung zur Leistung* (78th edn C H Beck 2019). [Palandt]
- Havutçu A, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1995).
- Hatemi H and Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4th edn, Vedat 2017).
- İnan AN and Yücel Ö, *İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4th edn, Seçkin 2014).
- Jauernig O and Stadler A, *Othmar Jauernig BGB Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUnthProt und EuErbVO* (17th edn, C H Beck 2018).
- Kaplan İ, 'İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları', *İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, Ankara 18-29 Mart 1996 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını 1996)107-171.
- Kaplan İ, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri* (Yetkin 2013). [İnşaat]
- Keskin D, 'Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt Ve İmkânsızlık', (2007) 11(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 209-231.
- Kılıç Öztürk G, *Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü* (Seçkin 2016).
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21st edn, Turhankitabevi 2017).
- Kızır M, *Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi* (Adalet 2012).
- Kocaağa K, *İnşaat Sözleşmesi* (Yetkin 2014).
- Koller A, *Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/3/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art 363-366 OR, Art 366 / 2. Abschnitt: Art 366 Abs 1 OR / II. Der Tatbestand des Herstellungsverzugs* (Stämpfli, 1998).
- Koller, A, 'Die Verbindung von teleologischer Reduktion und Analogie, dargestellt am Beispiel von Art 102 Abs 1 und 2 OR', *Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer* (Helbing & Lichtenhahn 2004) 517-530. [Verbindung]
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, (4th edn, Stämpfli 2017). [OR AT]
- Kurşat Z, *İnşaat Sözleşmesi* (Filiz 2017).
- Lorenz S, *Beck'scher Online Kommentar*, (Herausgeber: Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth, Wolfgang Hau and Roman Poseck) (50th edn, C H Beck 2019). [BeckOK]
- Nazikioğlu I, 'Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü', (1951) 8(1-2) Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 658-684.
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16th edn, Beta 2018).
- Nomer HN, 'Haksız Fiil İle Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borçlunun Temerrüdü İçin İhtar Gerekir Mi?' (Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C II) (Onikilevha 2010) 1303-1313. [İhtar]
- Oğuzman MK and Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C I* (16th edn, Vedat 2018).
- Oktay-Özdemir S, 'Türk Borçlar Kanunundaki Temerrüt Ve Faiz Hükümleri Karşısında Türk Ticaret Kanunu m. 1530'da Getirilen İfa Zamanına İlişkin Düzenlemelerin Uygulama Alanı', *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan* (Der 2015) 677-700.
- Orbay Ortaç N, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz' (2014) (2) Ankara Barosu Dergisi 117-133.

- Oser H and Schönnenberger W, *Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911 (İsviçre Medeni Kanun Şerhi: Borçlar Hukuku)*, (Çeviren: Recai Seçkin) (Adalet Bakanlığı Yayınları 1950).
- Ozanoğlu HS, ‘İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart Kayıtları’ (1999) 3(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65-118.
- Öz T, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi* (Kazancı 1989). [Dönme]
- Öz T, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat* (3rd edn, Vedat 2016). [İnşaat]
- Pulaşlı H, *Şarta Bağlı İşlemler Ve Hukuki Sonuçları* (Dayınlarlı 1989).
- Sarı S, ‘Belirli Vâdenin Sözleşmenin Kurulduğu Anda Belirlenebilir Olması Zorunlu Mudur?’ *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, C II (Onikilevha 2010) 1575-1584.
- Schenker F, *Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht* (Universitätsverlag Freiburg Schweiz 1988). [Schuldnerverzug]
- Schenker F, ‘Die rechtzeitige und die verspätete Erfüllung von Verbindlichkeiten’, (1989) 7(2) Recht 47-53.
- Schulze R, *Nomos Kommentar BGB Handkommentar*, (Reiner Schulze / Heinrich Dörner / Ina Ebert ua) (10th edn, Nomos 2019). [HK]
- Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7th edn, Stämpfli 2016).
- Serozan AR, (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, -Ek Uygulama Çalışmaları-* (7th edn, Filiz 2016).
- Sirmen L, *Türk Özel Hukukunda Şart* (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını 1992).
- Tandoğan H, *Türk Mesuliyet Hukuku-Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet* (Vedat 2010).
- Tekelioğlu N, ‘İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart Ve Götürü Tazminat’ (2017) (2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 159-186.
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H and Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (7th edn, Filiz 1993).
- Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku, C I, Genel Hükümler*, (6th edn, Sermet Matbaası 1976).
- von Staudinger J, Löwisch M and Feldmann C, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I)* (Sellier/de Gruyter oHG 2014).
- von Tuhr A and Escher A, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II (mit Supplement)* (3rd edn, Schulthess 1984).
- Velidedeoğlu HV and Özdemir R, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)* (Yargıtay Yayınları, 1987).
- Weber HR, *Berner Kommentar, Bd. VI/1/5, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art 97-109 OR* (Stämpfli 2000).
- Wiegand W, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art 1-529)*, (Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand) (6th edn, Helbing & Lichtenhahn 2015). [BSK OR]
- Yıldız MG, *Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2017). [Temerrüt]
- Yıldız MG, ‘TBK.m.117 ile Karşılaştırmalı Olarak TTK.m.1530 Uyarınca Borçlu Temerrüdünün İhtarsız Gerçekleşmesi’ (2018) 76(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 359-380. [TTK m 1530]

Yüce MB, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı* (Vedat 2015).

Yücesoy Yılmaz Y, 'Ticari İşlerde Faiz Ve Yargıtay Uygulaması' (2019) (140) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 303-330.

www.juris.de [juris]

www.kazanci.com.tr [kazancı]

www.legalbank.net [Legalbank]

www.lexpera.com.tr [Lexpera]



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 07.12.2018
Revizyon Talebi: 07.03.2019
Son Revizyon Tarihi: 20.06.2019
Kabul: 20.06.2019

Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var Mı?

Mesut Serdar Çekin^{*}

Öz

Blockchain teknolojisi şifrelenmiş halde verileri kayıt altına alan, merkezi bir müessese tarafından tutulmayan ve şifrelenmiş haldeki bütün bilgilerin sisteme dâhil olan herkesle paylaşıldığı bir sicil niteliği taşımaktadır. Bu sicilde yapılan işlemler, bloklar halinde kaydedilmekte, bu bloklar birbirleriyle bağlantılı hale getirilmekte ve her yeni işlemin onaylanabilmesi için önceki işlemlere dair bilgilerin değiştirilmemiş halde aynen muhafaza edilmiş olması şartı aranmaktadır. Bu sebeple blockchain teknolojisi, aracı kurumları ortadan kaldıran, her katılımcıya eşit imkânlar sunan ve manipüle edilmesini neredeyse imkânsız olan bir teknoloji olarak değerlendirilmektedir. Özellikle ‘Bitcoin’ olarak nitelendirilen dijital para birimi, bu teknolojiye dayanmakla birlikte, blockchainin uygulama alanı bununla sınırlı değildir. Bununla birlikte blockchain teknolojisinin yeksenak bir görünümü söz konusu değildir. Bilakis kamuya açık ya da kapalı olarak kurulabilen ağlarda işlemlerin onaylanması da zaman ve onaylayacak kişiler açısından farklılık gösterebilmektedir.

Blockchain ağında gerçekleştirilen işlemlere bir çerçeve sunan akıllı sözleşmeler ise, sistem katılımcılarının aralarında sadece kripto para işlemlerinin ötesine geçerek bir çok farklı işlem yapma imkanı tanımaktadır. Özellikle sözleşmelerin ifası aşamasında taraflara büyük kolaylıklar sunabilecek ve zamanda tasarruf sağlayacak bu tür sözleşmelerin de birçok farklı görünüş türleri mevcuttur. Bununla birlikte işlem geçmişinin değiştirilemeyeceği esasına dayanan blockchain teknolojisi ve bu teknolojiyle bağlantılı olarak akıllı sözleşmeler, aynı zamanda veri koruma hukuku ve borçlar hukuku açısından birçok sorunu da beraberinde getirmektedir.

Çalışmanın amacı, blok-zinciri teknolojisinin mevcut hukuk düzenimiz açısından, özellikle veri koruma hukuku ve borçlar hukuku açısından değerlendirilmesidir.

Anahtar Kelimeler

Blockchain (Blok Zincir) teknolojisi • Akıllı sözleşmeler • Bitcoin • Dağıtık veri tabanı • Sözleşmenin iptali • Sözleşmenin uyarlanması • Sözleşmeden dönme • Unutulma hakkı

Blockchain Technology and Smart Contracts in terms of Law of Obligations and Data Protection Law

Abstract

Blockchain technology is essentially a registry that records data in encrypted form, which is not kept by a central organization, and all information in encrypted form is shared with every participant in the system. The transactions carried out in this register are recorded in blocks, these blocks are linked to each other and each new transaction must be kept unchanged with the information of the previous transactions in order to be approved. For this reason, blockchain technology is considered to be a technology that eliminates intermediary institutions, offers equal opportunities to every participant and is almost impossible to manipulate. In particular, the digital currency, referred to as co Bitcoin, is based

^{*} Sorumlu Yazar: Mesut Serdar Çekin (Dr.), Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: cekin@tau.edu.tr ORCID: 0000-0002-3808-5332

Atf: Çekin M S, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var Mı?” (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 315 <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0012>

on this technology, but blockchain technology is not limited to this. There is no uniform appearance of the blockchain technology.

Smart contracts, which provide a framework for transactions on the blockchain network, allow system participants to make many different transactions among them by simply going beyond crypto currency transactions.

However, blockchain technology based on the principle that the transaction history cannot be changed and the smart contracts associated with this technology also bring many problems in terms of data protection law and law of obligations.

The aim of this study is to evaluate block-chain technology in terms of our current legal order, especially in terms of data protection law and law of obligations.

Keywords

Blockchain-technology • Smart contracts • Bitcoin • Decentralized network • Termination of the contract • Right to be forgotten

Extended Summary

Blockchain technology is essentially a registry that records data in encrypted form; which is not kept by a central organization; and where all the information in encrypted form is shared with every participant in the system. The transactions carried out in this register are recorded in blocks which are linked to each other and each new transaction must be kept unchanged with the information of the previous transactions in order to be approved. For this reason, blockchain technology is considered to be a technology that eliminates intermediary institutions, offers equal opportunities to every participant and is almost impossible to manipulate. The digital currency referred to as Bitcoin is based on this technology, but blockchain technology is not limited to this. The trust established by intermediary institutions such as banks and various governmental institutions is replaced in this system by the fact that each participant has knowledge about each transaction and thus can personally check whether the transaction is real or not. In terms of private enterprises, especially in the banking, transportation and production sectors, but also in the public sector such as land registry, population or health services, it is hoped that this technology will lead to more efficiency. However, there is no uniform appearance to blockchain technology. On the contrary, the networks that can be established as open or closed to the public and the approval of the transactions may differ in terms of time and the persons who are entitled to approve block/transactions.

Smart contracts, which provide a framework for transactions in the blockchain network, allow system participants to make many different transactions among the group by simply going beyond crypto currency transactions.

There are many different aspects of this kind of contracts which can provide great convenience to the parties and save time, especially during the execution of the contracts. While money transfers constitute the simplest of these transactions, other

transactions are more complex - a loan agreement or a real estate sale can be realized within the same transaction or networks where autonomous vehicles automatically deliver products to the network participants can be established with charging stations and distribution systems which can operate autonomously.

However, blockchain technology is based on the principle that the transaction history cannot be changed and the smart contracts associated with this technology also bring many problems in terms of data protection law and law of obligations. First of all, an answer should be sought in the blockchain network about how to conclude a contract, when will it be established, and when will it come into effect. In particular, the so-called fork blocks that are not accepted gain importance in this context. In a currently established contract, there are different possibilities such as the cancellation, adaptation and withdrawal of contracts if one of the parties' wills is disabled. In addition, in terms of those contracts concluded by the restricted, our legal order stipulates various regulations. In all these cases, although a valid transaction may appear in the blockchain network, the legal order will void this transaction.

Therefore, a discrepancy between the legal situation and the blockchain network will occur. At the stage of the execution of the contracts, our legal order has placed the interests of one party above the interests of the other party in various examples. If the execution of contracts is carried out automatically, these protection mechanisms will be disabled.

The fact that a transaction in the past cannot be changed in any way may also contradict the Law on the Protection of Personal Data. In this context, although it is open to debate whether personal data is in question or not, the right of the person concerned to request the deletion of personal data will be impossible if this question is answered positively. This will require the deletion of the corresponding process in the entire network, which will cause the block chain to 'break'. The question of how the right to be forgotten, which has been the subject of discussion in recent years, can be applied within the framework of this technology also raises questions. The identification of the data controller in the blockchain network is also an important problem. Within this framework, there are different actors such as the programmer of the network, the participants, the actors who determine the conditions of participation in the network and also miners. It will be necessary to determine which of these actors are responsible for the processing of personal data.

The aim of this study is to evaluate block-chain technology in terms of our current legal order, especially in terms of data protection law and the law of obligations.

Giriş

19. Yüzyılın sonlarına doğru Kıta Avrupası'nda yaygınlaşan kodifikasyon girişimlerinin neticesinde bugün halen yürürlükte olan medeni kanun düzenlemeleri mevcuttur. Bu kodifikasyonların belki de en hayrete düşürücü tarafı, dönemin şartları esas alınarak kaleme alınmasına rağmen bugün halen geçerliliğini yitirmemiş olmalarıdır. Gerçekten de 20. Yüzyılın başlarında beş kilo buğdayın satımı ile aynı Yüzyılın sonlarında gerçekleştirilen bir bilgisayar yazılımının satımına ilişkin işlem, aynı hukuki düzenlemelerle gerçekleştirilebilmektedir. Yine milyar dolarlık piyasa değerine sahip olan şirketlerin alım-satım işlemleri de, özü itibarıyla bir satım sözleşmesidir. Ancak neredeyse bir asırdan bu yana bütün gelişmelere rağmen geçerliliğini muhafaza etmeyi başaran kanunlarımızı, blockchain teknolojisi ve bunun mümkün kıldığı akıllı sözleşmeler sebebiyle yeniden gözden geçirme ihtiyacı meydana gelmiştir. Özellikle bugüne kadar mutlak doğru olarak kabul gören paradigmalardan bu teknoloji karşısında geçerliliğini ne kadar muhafaza edebileceği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Newton'un yer çekimi dünya görüşünden Einstein'ın genel görecelilik dünya görüşüne geçiş, Say'ın klasik ekonomisinden Keynes'in makroekonomi anlayışına, daha sonra da Keynesyen ekonomiden parasalcı paradigmaya geçiş, farklı bilim alanlarındaki klasik paradigma değişimlerine¹ örnek olarak gösterilebilmektedir.

Kıta Avrupası hukuk düzeninde özel hukuk sülhelerinin aralarındaki münasebetlerini hukuki açıdan düzenlemeleri hususunda en önemli etken kuşkusuz iradedir. Liberalizm, aydınlanma ve sanayi devriminin harmanlanmasıyla bireyselliğin ön plana çıktığı, kişinin kendi kaderini kendisinin tayin edebileceğine olan inancın kuvvetlendiği bir dönemde kanun koyucuların esas aldığı bu ilkeye göre hür ve eşit konumda olan bireyler, gerçekleştirdikleri bir pazarlık neticesinde irade sahibi olur, karşılıklı iradelerin uyuşması vesilesiyle de hukuki anlamda kendilerini bağlarlar². Hukuk düzeninin iradeye attığı önem, sözleşmenin kurulmasından başlayıp, sözleşmenin

¹ Paradigma değişimi kavramı için bkz. Thomas Samuel Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (3rd edn, University of Chicago, 1996): "Bilimsel teoriler, doğa olaylarını açıklayabildiği sürece bilime 'normal bilim' denir. Doğa olaylarını açıklayan teorilerin bütünü bilim adamlarının sahip olduğu paradigmaları şekillendirir. Normal bilim sürecinde bilimsel istikrar sürerken, bilim adamlarının araştırma sonuçları öyle bir noktaya getirebilir ki araştırma bulguları sahip oldukları paradigmalarla çelişir. Başlangıçta paradigmaları tehdit eden bu bulgular kabul edilmek istenmez ve görmezlikten gelinir. Bu aşamaya 'kriz durumu' denir. Ancak araştırma safhaları ilerledikçe ve çeşitliliği arttıkça elde edilen bulguların kabul görmekte olan paradigma ile olan çelişkisi artar ve bilimin inatçılığı kırılmak zorunda kalır. Bu kriz durumunu aşmak için bilim adamları eski paradigmalarını yeni bir paradigma ile değiştirmek zorunda kalırlar. Bilimsel istikrar ve süreklilik böylece bozulmuş olur. Periyodik olarak bilimsel devrimler bu aşamalarla sürüp gider. Bir zamanlar bilimsel devrim olan yeni paradigma artık normal bilim haline gelmiştir. Bir sonraki yeni bir bilimsel devrime kadar bilim, istikrarını ve sürekliliğini korur. Yeni kriz çıktığında istikrar ve süreklilik tekrar kesintiye uğrar. Bilim bu şekilde döngüsel olarak gelişir. Normal bilimi devrim izler, sonra yine normal bilim, arkasından devrim, ... bilimsel devrimlerin yapısı budur. Bilimsel devrimlerin sonunda paradigmadaki bir değişim, bilimsel araştırmanın temel kavramlarını değiştirir ve eski paradigmalarla hiç bağdaşmayan yeni kanıt standartlarını, araştırma tekniklerinin ve teorilerin önünü açar", (Bilal Güneş'ten naklen, *'Paradigma Kavramı Işığında Bilimsel Devrimlerin Yapısı ve Bilim Savaşları: Cephelelerdeki Fizikçilerden Thomas S. Kuhn and Alan D. Sokal'* (Kış 2003) 1(1) Türk Eğitim Bilimleri Dergisi, 23, 27).

² Manfred Wolf and Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (11th edn, C.H. Beck 2016) § 10 Rn. 28 vd.; Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (1st edn, Springer 1979) 1 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22nd edn, Yetkin 2017) 16 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan and Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, (1st vol, 7th edn, Filiz 2017) 503 vd.

ifasından sonraki aşamalara dahi sirayet etmektedir. Sözleşmenin kuruluşu aşamasında iradenin yokluğu, sözleşmenin de yokluğuna, dolayısıyla hiçbir şekilde hüküm doğurmamasına sebebiyet vermekte³, iradenin sakatlanması halinde ise geçerli olarak kurulan sözleşmenin sonradan geçersiz hale gelebilmesine yol açabilmektedir. Yanılma, hile, gabin gibi durumlar, hukuk düzeninin sakatlanan iradenin yeniden düzeltilebilmesi için sunduğu imkânları teşkil etmektedirler. Yine irade serbestisi ilkesi doğrultusunda kişiler, BK m. 27’de belirtilen sınırlar çerçevesinde istedikleri kişilerle ve diledikleri içerikle sözleşme akdetme imkânına sahiptir⁴. Sözleşmenin ifası aşamasında da iradelerin uyuşmasına ve tarafların bağlanmasına rağmen bir tarafın borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya devletin güç tekelinden yararlanma imkânı sağlanmakta, dolayısıyla borcunu ifa etmeyen, bu sebeple de uyuşan iradelere aykırı davranan tarafa karşı devletin güç kullanma yetkisinden istifade etme fırsatı sunulmaktadır. Hukuk düzeninin iradeye atfettiği önem sayesinde kişi, devletin gücünü arkasına alıp, uyuşan iradeler doğrultusunda karşı tarafı ifaya ya da meydana gelen zararın tazminine zorlayabilmektedir⁵. Gündelik hayatta bunun sıkça karşılaşılan örneğini, sözleşmeden doğan borcunu ifa etmeyen borçlunun cebri icra yoluyla bu ifaya zorlanması hali oluşturmaktadır. Dolayısıyla iradeye atfedilen bu önem, borçlar hukukumuzda esas alınan paradigmalardan biridir.

Borçlar hukukunun temelinde nasıl hür ve eşit konumda olan bireyler esas alınıyorsa, veri koruma hukukunda da verisini paylaşan ilgili kişi ile söz konusu verileri toplayan ve işleyen bir veri sorumlusu esas alınmaktadır. Bu iki aktöre bir takım hak ve yükümlülükler getirilmekte, ayrıca kamu birimlerinin bu ilişkiye müdahale etme imkânı da öngörülmektedir. Dolayısıyla veri koruma hukukunda kural olarak veri sorumlusu ile ilgili kişi arasında karşılıklı bir ilişki esas alınmaktadır. Yine bu çerçevede bir paradigmadan bahsetmek mümkündür.

Her ne kadar borçlar hukukumuz ve veri koruma hukukumuz bu temel ilkeler üzerine inşa edilmiş olsa da, özellikle blockchain teknolojisi ve bununla bağlantılı olarak akıllı sözleşmeler, bu temel ilkelerle çatışan unsurları beraberinde getirmektedir. Öyle ki bu çatışmanın, hukuk düzenimizde bir paradigma değişimini zorunlu kılıp kılmayacağı incelemeye muhtaç hale gelmiştir. Çalışmanın amacı, bu sorulara cevap aramak ve mümkün olduğu takdirde muhtemel çözüm önerileri sunmaktır.

I. Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler

Günümüzde neredeyse her yeni buluş, bir devrim olarak nitelendirilmekte, bunların hayatımızı ve yaşayış tarzımızı derinden etkileyeceği vaat edilmektedir.

³ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan and Arpacı (n. 2) 580-581.

⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan and Arpacı (n. 2) 527 vd.; Eren (n. 2) 17.

⁵ Ancak dikkat edilmelidir ki burada kişiler, kendi aralarında “kanun koyucu” olarak hareket etmemekte, uyuşan iradelerden doğan yükümlülüklerin ifası aşamasında cebri icra kanunla öngörülen bir imkân olduğu için mümkün hale gelmektedir, bkz. Flume (n. 2) 5 ve orada dn. 4’te Savigny’ye yapılan atıf.

Blockchain teknolojisi ve bununla bağlantılı olarak akıllı sözleşmeler, internetin yaygınlaşması, akıllı telefonların hayatımıza girmesi, Big Data ve yapay zeka gibi teknolojik gelişmeler zincirinin bir halkası olarak nitelendirilebilecektir. Elbette bu teknolojilerden menfaat elde etmek isteyen kişiler, bunların hayatımızı derinden etkileyeceğini belirtmektedirler⁶. Son dönemlerde özellikle ‘Bitcoin’ ve diğer dijital para birimlerinin popülerliği dikkate alındığında bu öngörülerin bir nebze de olsa haklılık payı olduğu söylenebilecektir. Ancak blockchain ve akıllı sözleşmeleri hukuki açıdan irdeleyebilmek için öncelikle bunların işleyiş biçimini izah etmek gerekecektir.

1. Blockchain Açısından İnternetin Kısa Tarihçesi

Blockchain ve akıllı sözleşmelerin hayatımıza olan muhtemel etkilerini kavrayabilmek için öncelikle internetin, daha doğrusu bağlantılı iletişimin tarihçesine kısaca değinmek gerekecektir⁷. Şöyle ki www1 olarak nitelendirilen internet iletişiminin ilk halinde, web sayfasının sunucusu tarafından hazırlanmış ve karşı tarafın katkıda bulunma imkânı olmayan TCP/IP protokolleri mevcuttu. Sosyal medya ve paylaşım ekonomisi kavramlarıyla gelinen www2 aşamasında ise internet programlanabilir hale gelmiş, tek taraflı olmaktan çıkmış ve sunucu ile kullanıcı arasında interaktif bir etkileşim söz konusu olmuştur. Bununla birlikte kişisel verilerin büyük çapta toplandığı ve işlendiği merkezi kuruluşlar meydana gelmiştir. Gerçekten bugün Facebook, Google, Uber, Amazon gibi şirketler, her saniye devasa veri miktarlarını toplamakta ve çeşitli amaçlar doğrultusunda işlemektedirler.

Blockchain teknolojisi ise merkezi kuruluşu ortadan kaldırmaktadır. Bu sistemde Google, Facebook gibi verileri toplayan merkezi bir otorite ortadan kalkmakta, ağa katılan herkes, birbiriyle bağlantı kurmakta ve işlemlerin geçerliliği de herkes tarafından tasdik edilmektedir. Dolayısıyla www3 aşamasında merkezi ağlar ortadan kalkmakta, her katılımcı birbiriyle bağlantılı hale gelmekte, merkezi bir güven kurumunun yerini katılımcıların bütünü almaktadır. Bununla birlikte verilerin tek elde toplandığı “veri monarşisinden”, verilerin herkesin elinde eşit bir şekilde bulunduğu ve işlendiği “veri demokrasisine” geçişten bahsedilmektedir⁸.

2. Blockchain Teknolojisinin İşleyiş Şekli

Blockchain ağı, özü itibariyle farklı katılımcılardan ve bunların gerçekleştirdiği farklı işlemlerden müteşekkil bir veri tabanından başka bir şey değildir. Ancak bu

⁶ Don Tapscott and Alex Tapscott, *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin Is Changing Money, Business, and the World*, *passim*, eBook.

⁷ İlk çıkışından sosyal medyaya kadarki dönem hakkında bkz. Barry M. Leiner, Vinton G. Cerf, David D. Clark, Robert E. Kahn, Leonard Kleinrock, Daniel C. Lynch, Jon Postel, Larry G. Roberts and Stephen Wolff, ‘Brief History of the Internet’ (*Internet Society*, 1997) <https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2017/09/ISOC-History-of-the-Internet_1997.pdf> Erişim Tarihi Ağustos 2018.

⁸ Bkz. Shermin Voshmgir and Valentin Kalinov ‘Blockchain Handbook: A Beginners Guide’ (*Blockchain Hub*, 2017) <<https://s3.eu-west-2.amazonaws.com/blockchainhub.media/Blockchain+Technology+Intro.pdf>> Erişim Tarihi Ağustos 2018.

teknolojinin yeknesak bir görünüş biçimi mevcut değildir. Bilakis uygulamada blockchain teknolojisinin farklı şekillerine rastlamak mümkündür. Bu bağlamda en önemli ve esaslı ayırım, blockchain ağının kamuya açık olup olmadığına dairdir. Katılımın serbest olduğu, bir diğer ifade ile herkese açık olan blockchain ağlarının en meşhur örneği kuşkusuz bitcoin kripto para birimidir. Bunun yanında katılım şartlarının bir kişi ya da müessese tarafından belirlendiği ve katılım için belirli şartların aranabildiği özel ya da kamuya kapalı blockchain ağları da mevcuttur. Nüfus, tapu gibi kamu hizmetlerinin blockchain ağı üzerinden gerçekleştirilmesi, bu tür blockchain ağlarına örnek olarak gösterilebilecektir. Bunun yanında onayın ya da mutabakatın kim veya kimler tarafından sağlanacağına göre de ayırımı gitmek mümkündür. Bazı ağlarda mutabakat için işlemin nodelerin çoğunluğu tarafından onaylanması yeterli iken (proof of work) diğer ağlarda seçilmiş üye grupları münhasıran onay verme yetkisine sahiptirler⁹. Bir diğer ayırım ise ödüllendirme sistemiyle alakalıdır. Buna göre sistemin işleyişini mümkün kılan veri madencilerinin ödüllendirilmesi doğrudan sicil üzerinden ya da sicile bağlı bir çıkar şeklinde gerçekleştirilmektedir.

Blockchain teknolojisine dayalı bir veri tabanını oluşturmak için öncelikle bu ağın programlanması gerekmektedir. Bitcoin örneğinden hareket edilecek olursa, Satoshi Nakamoto¹⁰ isimli şahıs/topluluk tarafından programlanan ve yayımlanan¹¹ bitcoin ağına katılan kullanıcılar katılım için gerekli olan uygulamayı telefon ya da bilgisayarlarına indirdiklerinde kamuya açık (public key) ve kişiye özel (private key) olmak üzere iki anahtar elde etmektedirler. Ayrıca uygulamayı indiren katılımcılar, aynı zamanda o ana kadar oluşturulmuş olan bütün blokları ve bununla birlikte bu blokların içerdiği bütün verileri, yani özellikle o ana kadar blockchain ağında gerçekleştirilen bütün işlemlerin hashlerini de indirmektedirler.

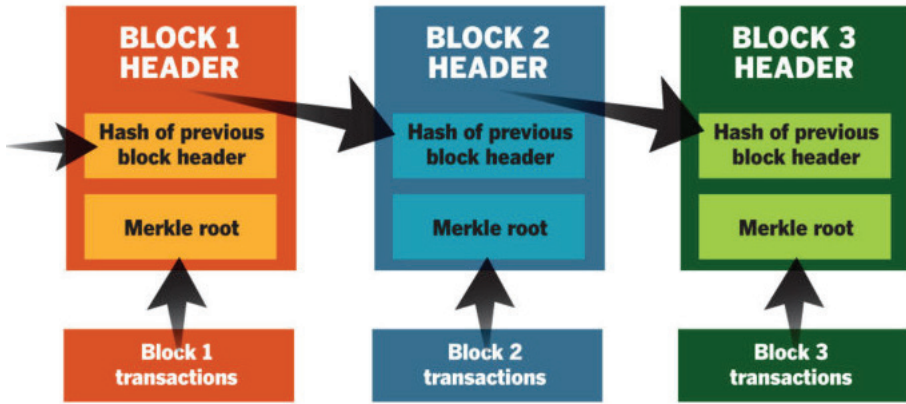
Blockchain teknolojisinin özünde şifreleme işlemi yatmaktadır. Bu sebeple Bitcoin gibi dijital para birimleri için ‘kripto’ para birimi tanımı kullanılmaktadır. Katılımcılar işlem yapmak istediklerinde işlemi yapacakları, yani “kripto parayı” gönderecekleri kişinin kamuya açık anahtarını kullanarak paranın kime gönderileceğini belirlemekte, kişiye özel şifreyle de para gönderme işlemini onaylamaktadırlar. Ancak bütün bu işlemler, belirtildiği üzere şifrelenmekte, bu şifrelere de ‘hash’ ismi verilmektedir. Her işlem için bir hash oluşturulmakta edilmekte, bu sayede ağa katılan herkesin gerçekleştirdiği bütün işlemler bir havuzda toplanmaktadır. Hashlerin toplandığı havuz, belirli bir büyüklüğe oluştuğunda yeni bir blok oluşturulmaktadır. Bu bloğun büyüklüğü ve blok oluşturma periyodları, ağdan ağa farklılık göstermektedir. Örnek olarak bitcoin ağında her on dakikada yeni bir blok oluşturulmaktadır. Dolayısıyla

⁹ Dirk Achenbach, Ingmar Baumgart and Jochen Rill, ‘Die Blockchain im Rampenlicht, Technologie von der Stange – oder besser nach Maß?’ (2017) 41(11) DuD 673, 675.

¹⁰ Gerçekte böyle bir kişinin olup olmadığı bilinmemekle birlikte, Satoshi Nakamoto’nun takma isim olduğu hususunda görüş birliği mevcuttur.

¹¹ White paper için bkz. Satoshi Nakamoto ‘Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System’ (Bitcoin.org, 2009) <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>> Erişim Tarihi Ağustos 2018.

bitcoin ağında oluşturulan her bir blok, son on dakika içerisinde gerçekleştirilen bütün işlemleri, bunların miktarını, alıcı ve satıcılarını hash halinde şifreli bir şekilde içermektedir. Bununla birlikte söz konusu blok da kendine mahsus bir hashe sahiptir. İşte o güne kadar daha henüz hiçbir blok için bulunmamış bir şifreyi oluşturmak, data mining olarak nitelendirilen işlemin en basit tarifidir. Bir diğer ifade ile her blok, kendine mahsus dijital bir parmak izine sahiptir. Yeni bir blok oluşturulabilmesi için de yeni bir parmak izinin bulunması gerekmektedir. Böyle bir hash bulunduğu anda data mining işlemini yapan kişi yeni bloku ağa sunmaktadır. Her ağ katılımcısının o ana kadar bütün geçmiş bloklara sahip olduğu belirtilmiştir. Bitcoin ağında oluşturulan yeni blok, önceki bloklardaki bütün verilerle kıyaslanarak bütün ağ katılımcılarının en az % 51 tarafından tasdik edildiğinde geçerli ve yeni blok olarak işlem görmektedir¹². Aynı zamanda her bir blok, kendinden önceki bütün blokların da hashlerini içermektedir. Dolayısıyla bütün bloklar birbirleriyle öyle bir şekilde bağlantılıdır ki, önceki bloklarda yapılan en ufak bir değişiklik dahi ondan sonraki blokları etkileyecektir. Bir diğer ifade ile yeni işlemlerin onaylanabilmesi için o ana kadarki bütün önceki blokların hiçbir şekilde değiştirilmemiş haliyle aynen muhafaza edilmiş olması ve yeni işlemleri içeren blokun bu şekilde eski bloklara eklenmiş olması gerekmektedir. Bu sayede geçmişte yapılan hiçbir işlem manipüle edilemeyecek, aksi halde gerçekleştirilen işlem diğer ağ katılımcıları tarafından onaylanmadığı için geçerlilik kazanamayacaktır.



Network World

3. Akıllı Sözleşmeler (Smart Contracts)

Akıllı sözleşmeler 1994 yılında bilgisayar bilimcisi ve şifreleme uzmanı Nick Szabo tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: “Akıllı sözleşmeler, dijital şekilde sıralanmış ve protokoller içeren taahhütler bütünüdür ki taraflar, bu protokollere göre

¹² Ancak belirtildiği üzere doğrulama işleminin çoğunluk tarafından değil de, öncelikli ağ mensupları tarafından gerçekleştirildiği başka ağlar da mevcuttur (proof of stake); daha geniş bilgi için bkz. Dirk Achenbach, Ingmar Baumgart and Jochen Rill (n. 9) dn. 10.

taahhütlerini ifa ederler”¹³. Aslında akıllı sözleşmelerin en ilkel halini her alışveriş merkezinde rastlanabilecek olan sakız otomatları oluşturmaktadır. Ancak akıllı sözleşmeleri hukuki açıdan ilginç kılan husus, blockchain teknolojisidir. Şöyle ki akıllı sözleşmenin ifası için, katılımcılardan bağımsız bir mekanizma gerekmektedir. Bu aracı bir taraftan bütün katılımcıların güvenine sahip olmalı, diğer taraftan da sözleşmeyi uygun maliyete ve hızlı bir şekilde ifa edebilmelidir. İşte tam bu noktada blockchain teknolojisi, aracıyı ortadan kaldırması, teknolojinin sunduğu imkânlar sayesinde hızlı ve hesaplı çözümler sunması sebebiyle akıllı sözleşmeleri cazip hale getirmektedir¹⁴.

Akıllı sözleşmeler, kural olarak blockchain ağına üye katılımcıların protokol şeklinde bir yazılım (contractware) sayesinde aralarında gerçekleştirdikleri işlemleri ifade etmektedir. Bununla birlikte yazılımda belirlenen şartların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda dış âlemden gelecek verilere ihtiyaç duyuluyorsa, bu bilgiler “oracle” olarak nitelendirilen araçlar tarafından sağlanmaktadır.

Sözleşme protokolü, çok basit şekilde olabileceği gibi çok karmaşık da olabilir. Örnek olarak bitcoin ağına üye olan bir kişinin diğerine para göndermesi, basit bir işlem olarak nitelendirilebilir. Blockchain ağına üye kişi, aynı ağa kayıtlı olan sunucudan müzik ya da video gibi dijital bir içerik satın alıp bilgisayarına indirip ödemeyi de aynı ağ üzerinden dijital para birimiyle gerçekleştirdiğinde iki tarafa da borç yükleyen bir ilişki meydana gelmektedir. Bu tür sözleşmelerin daha karmaşık örneklerinde otonom araçlar, ödeme işlemini yapan ağ katılımcılarına paketlerini dağıtmakta, otonom şekilde şarj istasyonlarında araçlarını şarj etmekte ve otoban kullanımında gerekli ödemeleri gerçekleştirmektedir. Akıllı sözleşmelerin en karmaşık hali olarak ise an itibarıyla otonom dağıtık şirket (‘decentralized autonomous organization’) örneği gösterilmektedir¹⁵. 2016 yılında Christopher Jentzsch tarafından yayınlanan White Paper’da¹⁶ ilgili kişi, DAO’yu şu şekilde tanımlamıştır: Ethereum-Blockchain ağı üzerinde programlanan koda göre öncelikle ağ katılımcılarından sermaye toplanır. Organizasyona Ether olarak adlandırılan para birimi gönderen kişiler, bunun karşılığında onlara mülkiyet ve oy hakkı veren Token kazanmaktadırlar. Organizasyon hayata geçtikten sonra her Token sahibi, toplanan sermayenin nasıl kullanılacağına dair önerilerde bulunabilecek, belirli bir çoğunluk sağlandığı takdirde program otomatik olarak toplanan sermayeyi, katılımcıların uzlaştığı amaç doğrultusunda kullanmaya başlayacaktır. Bunun üzerine Jentzsch,

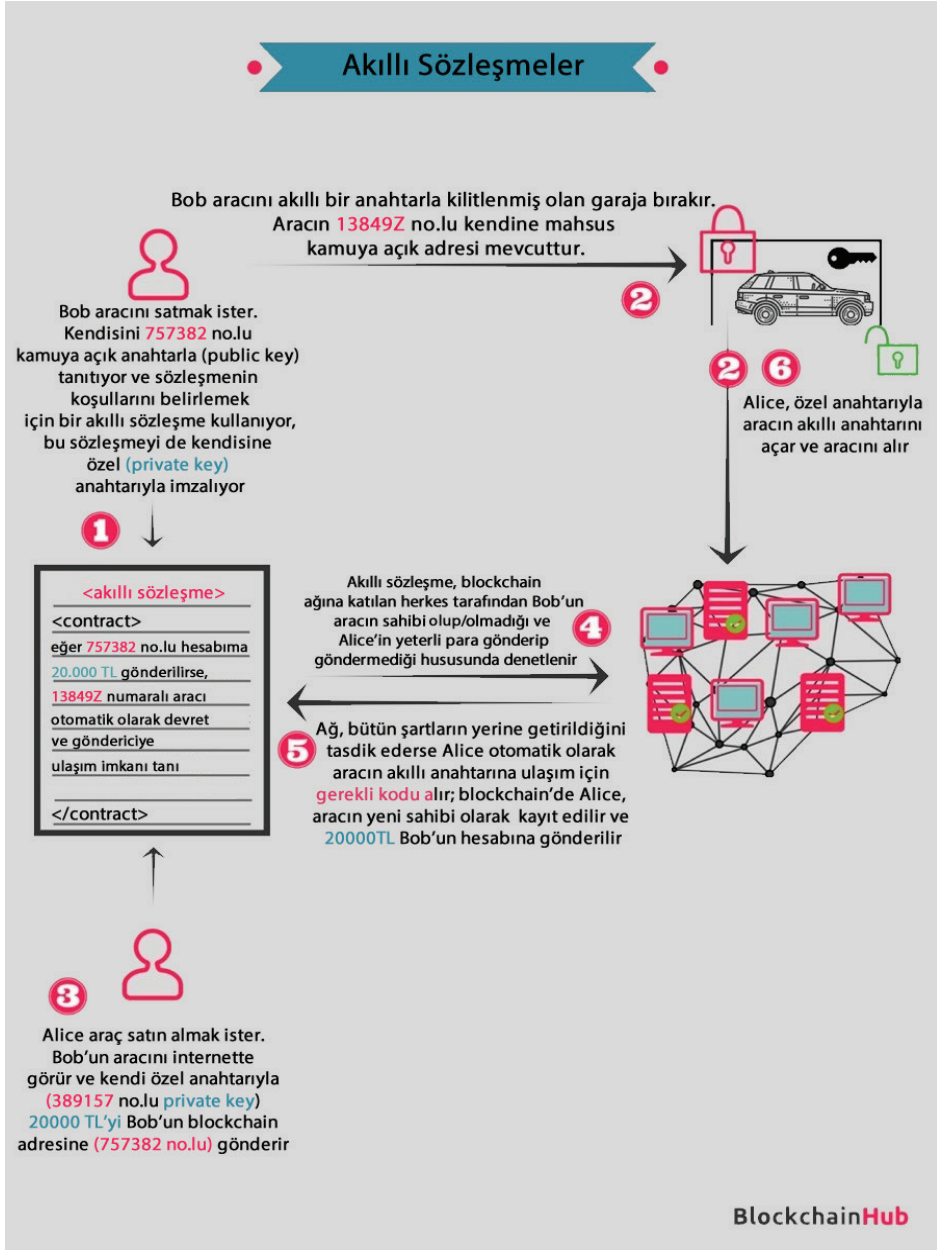
¹³ Nick Szabo, ‘Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets’ (1996) <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html> Erişim Tarihi Ağustos 2018.

¹⁴ Martin Heckelmann, ‘Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts’ (2018) 8 NJW 504, 505; Jörn Heckmann and Markus Kaulartz, ‘Selbsterfüllende Verträge, Smart Contracts: Quellcode als Vertragstext’ (2016) 24 c’t Heft 138, 138.

¹⁵ Achenbach, Baumgart and Rill (n. 9) 675.

¹⁶ Söz konusu White Paper’a ulaşım için <<https://download.slock.it/public/DAO/WhitePaper.pdf>> Erişim Tarihi Ağustos 2018.

toplam 160 Milyon USD civarında para toplamış, bu sayede tarihin en büyük kitlesel fonlama projesini gerçekleştirmiştir. Nihayet contractware olarak nitelendirilen program kodu, yapay zekânın sunduğu imkânlar dikkate alınarak geliştirildiğinde algoritmaların bütünüyle kendi kendine, insan müdahalesine gerek kalmaksızın karmaşık işlemleri gerçekleştirmesi dahi mümkün hale gelecektir.



Akıllı Sözleşme Örneği, <https://blockchainhub.net/smart-contracts/>

II. Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirme

Blockchain teknolojisi ve bu teknolojiyle mümkün hale gelen akıllı sözleşmeler, borçlar hukukumuzda kabul gören en temel ilkelerin sorgulanmasına sebebiyet vermektedir. Nitekim kişilerin karşılıklı ya da tek taraflı olarak bir borç altına girebilmelerinde en önemli unsur, kişinin iradesidir. Oysa özellikle yapay zekâyâ dayalı akıllı sözleşmelerde bu iradenin arka plana itildiği gözlemlenmektedir. Hukuk düzenimiz ayrıca sakatlanan iradenin düzeltilebilmesi için birtakım imkânlar sunsa da, bu imkânların blockchain sisteminde nasıl kullanılacağı soru işaretlerine sebebiyet vermektedir.

1. Sözleşmenin Kurulması

Blockchain ağında bir akıllı sözleşmenin kurulabilmesi için öncelikle irade beyanı niteliği taşıyan icap ve kabulün varlığı aranacaktır. Taraflar kural olarak hazır bulunmayacakları için hazır olmayan kişiler arasında yapılan sözleşmeler söz konusu olacak ve bu sebeple de icabın irade beyanı niteliğiyle yapılması ve karşı tarafa varması hususlarının incelenmesi gerekecektir.

a. Beyanın Yapılması

Her ne kadar hukukumuzda açık bir düzenleme mevcut olmasa da, beyanın yapılması, “beyan sahibinin, karşı tarafın bu beyanı öğrenmesi için, hayat tecrübelerine ve özel olayın hal ve şartlarına göre kendisine düşeni yapması” olarak tanımlanmaktadır¹⁷. Akıllı sözleşmelerde ise beyanın yapılması, ağ katılımcısı olan kişinin kendisine tahsis edilen özel anahtarıyla işlemi onaylaması anında gerçekleşmiş sayılmalıdır¹⁸.

b. Beyanın Varması, Sözleşmenin Kurulması ve Hüküm Doğurması

Öncelikle belirtelim ki Türk hukukunda “hazır bulunmayan bir başka kişiye karşı yapılması gereken irade beyanlarında da varma esas” alınmaktadır¹⁹. İrade beyanının blockchain ağında diğer tarafa ne zaman vardığı konusu ise ciddi sorunlara sebebiyet vermektedir. Bu bağlamda ilgili beyanı içeren blokun blok zincirine bağlanması anının esas alınması önerilmektedir²⁰. Ancak bu değerlendirme, kanaatimizce akıllı sözleşmeler açısından eksiktir. Nitekim icap, blockchain ağında sözleşme protokolünün kullanıcının özel anahtarıyla imzalanması şeklinde gerçekleşmekte, ardından bu kullanıcının icabına karşılık gerçekleşen kabul beyanı da, karşı tarafın özel anahtarıyla onaylanmakta, ancak bu aşamadan sonra bütün işlem blockchain ağına dâhil edilmekte ve ağ tarafından onaylanmayı beklemektedir. Dolayısıyla bu çerçevede irade beyanının karşı tarafa varması, sözleşmenin kurulması ve sözleşmenin hüküm doğurması aşamalarını birbirinden ayırt etmek gerekecektir.

¹⁷ Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan and Arpacı (n. 2) 153.

¹⁸ Heckelmann (n. 14) 505.

¹⁹ Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan and Arpacı (n. 2) 155.

²⁰ Heckelmann (n. 14) 505.

Kanaatimizce irade beyanı, ilgili kişinin özel anahtarıyla beyanını onaylaması anında yapılmış sayılmaktadır. İlgili sözleşme protokolü özel anahtarla onaylandığı ve ağ katılımcılarıyla paylaşıldığı an itibariyle artık sözleşmenin bütün ağ katılımcıları tarafından ulaşılabilir hale geldiğini de kabul etmek gerekecektir. Dolayısıyla umuma açık bir icap söz konusu olmakla birlikte, bu icabın en geç ağ katılımcılarının herhangi birisi tarafından kabul edilmesi, yani bu kişinin özel anahtarıyla işlemi onaylaması anında karşı tarafa ulaşmış olduğu kabul edilmelidir. Ancak sözleşmenin henüz kurulup kurulmadığı hala kesinleşmemiştir. Zira bunun için söz konusu işlemin bütün ağ katılımcıları tarafından tasdik edilmesi, yani yeni bir blok oluşturulması gerekmektedir. Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında, bütün ağ katılımcıları tarafından gerçekleştirilen işlemlerin bir havuzda toplandığı, bu çerçevede o ana kadar kullanılmamış bir hash ile yeni bir blok oluşturulduğu ve söz konusu blokun ağ katılımcılarının çoğunluğu ya da yetkili kişiler tarafından onaylanması halinde blokun geçerli blok olarak kabul edildiği belirtilmiştir. Dolayısıyla yeni blokun oluşturma anını, sözleşmenin kurulduğu an olarak kabul etmek söz konusu olabilir. Ancak bazı durumlarda bir blok oluşturulmakta, fakat ağ katılımcılarının çoğunluğu tarafından kabul görmediği için zincir başka bir blok üzerinden devam etmektedir²¹. Bu gibi durumlarda söz konusu blok geçersiz hale gelmektedir. Kabulün gönderilmesi, yani karşı tarafın işlemi özel anahtarıyla onaylaması, sözleşmenin hüküm doğurması açısından yeterli olmayacak, söz konusu işlemin geçerli bir blok içinde ağ katılımcılarının çoğunluğu tarafından tasdik edilmesi ya da onaya yetkili kişiler tarafından onaylanması şartı aranacaktır.

Bu sebeple sözleşmenin kurulma zamanı olarak çoğunluk ya da yetkililer tarafından yeni blok oluşturulması anı esas alınacak, ancak BK md. 11 f. 1 gereği bu sözleşme, kabulün gönderildiği, yani kabul beyanının özel anahtarla onaylandığı an itibariyle hükümlerini doğurmaya başlayacaktır. Bununla birlikte BK md 11 f. 1'e benzer geriye etkili bir sonuç öngörmeyen Alman hukukunda, sözleşmenin kurulması ile sözleşmenin hüküm doğurması arasındaki dönemde gerçekleştirilen işlemin içerisinde bulunduğu blok kesin olarak geçerli sayılana kadar işlemin askıda hükümsüz olarak nitelendirilebileceği de savunulmaktadır²².

2. İrade Sakatlıkları

Mevcut hukuk düzenimizin varsayımları ve blockchain teknolojisinin teknik özelliklerinin çeliştiği bir başka nokta da, irade sakatlıkları halleridir. Zira hukuk düzenimiz, insan iradesini esas aldığı anda, bu iradenin yanılığa düşmesi ya da irade dışı müdahaleler neticesinde meydana gelen sözleşmelerde, yanılığa düşen ya da irade dışı müdahalelerle iradesi sakatlanan sözleşme tarafında, ilgili sözleşmeyi iptal

²¹ Daha geniş bilgi için <<http://www.bitcoinakademi.org/soft-fork-hard-fork-nedir-etkileri-nelerdir/>> Erişim Tarihi Ağustos 2018.

²² Heckelmann (n. 14) 506.

etme ya da söz konusu sözleşmenin uyarlanmasını talep etme haklarını tanımaktadır. Bu sayede kurulan sözleşme, geriye etkili olarak geçersiz hale gelebilecek ya da sözleşmenin içeriği taraf iradeleri ya da hâkimin müdahalesiyle değiştirilebilecektir.

Ne var ki sözleşmenin geriye etkili olarak geçersiz hale gelmesi, blockchain teknolojisinin en temel unsurlarından olan değiştirilemezlik ilkesine aykırı düşmektedir. Belirtildiği üzere blockchain ağına dâhil olan herkes, yapılan bütün işlemleri içeren block zincirine sahiptir. Yeni yapılan bir işlemin onaylanabilmesi için bu işlemi içeren blokun tasdik edilmesi gerekmektedir. Ancak yeni blok, eski blokların bir devamı olduğu için ve blok zincirinin yeni bir halkası niteliği taşıdığı için, geçmişteki bütün bloklara dair bilgilerin değiştirilmemiş halde bulunması gerekmektedir ki, ancak bu şekilde diğer bütün katılımcılardaki mevcut bilgilerle eşleştirilip tasdik edilebilsin. Oysa sözleşmenin irade sakatlıkları sebebiyle geriye etkili olarak geçersiz hale gelmesi demek, geçmişteki bloklarda gerçekleştirilmiş ve onaylanmış bir işlemin tekrar silinmesi ya da değiştirilmesi anlamına gelecektir. Ağ katılımcılarından birisi bu işlemi yaptığı takdirde kendisinde bulunan bilgiler, diğer ağ katılımcılarında mevcut olan verilerle aynı olmayacak, dolayısıyla kişinin yaptığı işlemler geçersiz olacaktır. Bu sebeple sözleşmenin iptali ya da uyarlanması gibi değişikliklerin blockchain ağına işlenebilmesi için katılımcıların % 51'inden fazlasında böyle bir değişikliğin yapılması gerekecektir ki, merkezi bir müessese ya da otorite tanımayan blockchain sisteminde böyle bir değişikliğin sadece tek bir katılımcı tarafından gerçekleştirilmesi an itibarıyla imkânsızdır.

Dolayısıyla irade sakatlıkları sebebiyle sözleşmenin geriye etkili olarak geçersiz kılınması, sözleşmenin uyarlanması gibi imkânlar her ne kadar hukuk düzenince kabul edilse de, bunların teknik açıdan blockchain ağına aktarılması an itibarıyla imkânsız gözükmektedir. Bu durum ise hukuki âlem ile gerçek âlem arasında ciddi bir çelişkiye yol açmaktadır²³.

3. Sözleşmenin Dili

10 Nisan 1916 tarih ve 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun m. 1'e göre "*Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar.*" Bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde ise m. 4'e göre kanuna aykırı düzenlenmiş belge ve evrak, bunlara dayalı olarak hak iddia eden taraf lehine yorumlanmayacaktır. Yargıtay da aynı doğrultuda "*Kanun'un 4. maddesi uyarınca, 1. maddede belirtilen şirket ve müesseseler, işlemlerini Türkçe yapmadıkları takdirde, söz konusu sözleşmelere ve belgelere dayanamazlar*" ifadelerine yer vermiştir²⁴.

²³ Bkz. Joachim Schrey and Thomas Thalhofer, 'Rechtliche Aspekte der Blockchain' (2017) 20 NJW 1431, 1436.

²⁴ Yargıtay 11 HD, 2051/5292, 04.05.2009.

Bu izahat karşısında öncelikle, blockchain ağında akdedilen akıllı sözleşmenin içeriğinin ne olduğunun araştırılması gerekecektir. Belirtildiği üzere blockchain ağı üzerinde yapılan sözleşmeler özü itibarıyla bir program kodundan ibarettir. Her ne kadar farklı kod dilleri mevcut olsa da, bunların “Türkçe” olarak nitelendirilmesi imkânsızdır. Dolayısıyla en azından iktisadi müesseseler açısından ilk bakışta sözleşmelerin geçersizliği riski gündeme gelebilir.

Ancak bu aşamada sözleşmenin içeriğini program koduyla sınırlandırmak yerine program kodunu sözleşmenin ifası aşamasıyla alakalı görmek kanaatimizce daha isabetli olacaktır. Gerçekten de bir vitrinde sergilenen ürünün altında belirtilen fiyat, her ne kadar satıcının sözlü olarak ve fiilen “bu ürünü bu fiyata satmak istiyorum” demesi anlamına gelmeseyse de, satıcının bu hareketi, hukuk düzenince böyle anlaşılıyorsa, blockchain ağına sözleşmenin şartlarını belirleyerek programlamayı gerçekleştiren icapta bulunan tarafın da, aynı şekilde program dilini kullanarak bir irade beyanında bulunduğunu söylemek mümkün olacaktır. Dolayısıyla taraf iradelerinin program kodu dışında uyduğunu, dolayısıyla sözleşme içeriğinin de sadece program koduyla sınırlı olmadığını, tarafların bunun dışında ilaveten anlaşmış olduğunu benimsemek, isabetli bir çözüm yolu olabilecektir.

4. Sözleşmenin Şekli

Sözleşmenin dili gibi sözleşmenin şekli de yeni gelişen teknolojiler ışığında ciddi sorunlara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Öte yandan BK m. 12 f. 2’ye göre şekil şartına aykırılığın sözleşmenin hükümsüzlüğünü beraberinde getirdiği dikkate alındığında, şekil şartının önemi daha da artmaktadır. Dolayısıyla özellikle tapu, motorlu taşıtlar gibi sicillerin bütünüyle blockchain teknolojisiyle işletilmesi amaçlandığında²⁵ şekil şartına dair hükümlerin de uyumlu hale getirilmesi, yine de şekil şartının amaçlarından olan tarafları düşündürmeye sevk etme işlevinin farklı şekillerde gerçekleştirilmesi için gerekli önlemlerin alınması kaçınılmaz olacaktır.

5. Borçların İfası/İfa Engelleri

Nihayet kurulan sözleşmeden doğan borçların ifası aşamasında da mevcut hukuk sistemiyle birçok çelişki gündeme gelebilecektir. Nitekim blockchain teknolojisine dayalı akıllı sözleşmelerin en büyük avantajlarından biri, belirtildiği üzere borçların ifası aşamasında sağladığı kolaylıklardır. Özellikle iki tarafa borç yükleyen sinlagmatik ilişkilerde taraflardan birisi borcunu ifa ettiğinde diğerine de sistem tarafından alacağına kavuşma imkânı sunulmaktadır. Bunun en basit örneği, blockchain ağı üzerinden ev kiralayıp ödeme yapan, bunun üzerine kendisine belirli

²⁵ Hollanda’nın tapu işlemlerinde blockchain teknolojisini kullanmayı amaçladığı hakkında bkz. <<https://cointelegraph.com/news/netherlands-land-registry-to-test-blockchain-solution-for-real-estate>> Erişim Tarihi Ağustos 2018. Tapu sicilinin bu teknolojiye dayalı olarak işletilebilmesi açısından muhtemel sorunlar ve çözüm önerileri hakkında bkz. <<https://www.ethnews.com/potential-challenges-to-adopting-a-blockchain-land-registry>> Erişim Tarihi Ağustos 2018.

bir otel odasına giriş için şifre gönderilen kişidir. Kiracı ödemesini zamanında yapmadığı takdirde ise kişiye tahsis edilen şifre iptal edilecek ve giriş hakkı ortadan kalkacaktır. Diğer bir önekte akıllı sözleşme sayesinde araç satın alan sözleşme tarafı, kendisine gönderilen şifre sayesinde otoparkta bulunan aracı devralıp kullanmaya başlamaktadır.

Her ne kadar ilk bakışta sözleşmeden doğan borçların ifası aşamasında blockchain ağına dayalı olarak borçların otomatik olarak ifa edilmesi masraf ve zamandan tasarruf gibi gözükse de, böylesine bir yaklaşım, borçlar hukukumuzda öngörülen menfaat dengesi ve risk dağılımına aykırı düşecektir. Bu menfaat dengesine sadece birkaç örnek verecek olursak: BK m. 136 f. 1'e göre borcun ifası, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsız hale geldiği takdirde borçlu borcundan kurtulmaktadır. Her ne kadar borçlu borcundan kurtulmuş olsa da, değiştirilemezlik ilkesine dayalı olan blockchain ağına bu değişikliğin yansıtılması gerekecektir. Dolayısıyla irade sakatlıkları hallerinde olduğu gibi ifa engelleri aşamasında da hukuki durum ile fiili durum arasında farklılıklar kaçınılmaz hale gelecektir. Yine kira sözleşmesinde borcunu zamanında ifa etmeyen kiracıya BK m. 315 f. 1 çerçevesinde kiraya veren tarafından süre verilmeli, bu süreye rağmen kira bedelinin ödenmemesi halinde sözleşmenin feshedileceği belirtilmelidir.

Yukarıda verilen iki örnek dahi göstermektedir ki kanun koyucu, birçok alanda sözleşme taraflarının menfaatlerini ve sözleşme tipinin özelliklerini dikkate alarak çeşitli düzenlemeler öngörmüştür. Sözleşmelerden doğan borçların bu gibi hükümler dikkate alınmaksızın, belirli şartların yerine getirilmesi ya da getirilmemesi halinde otomatik olarak ifa edilmesi ya da sözleşme taraflarının birtakım haklardan mahrum bırakılması, mevcut hukuk sistemimizle bağdaştırılabilecek nitelikte değildir.

Bununla birlikte bir sözleşmenin farkı aşamalarına ilişkin kayıtların farklı zincirlerle tutulması teknik açıdan mümkün olduğu takdirde kanunun özel hükümlerine uygun bir şekilde akışın sağlanması mümkün hale gelecektir. Bu sebeple blok zinciri teknolojilerinin gelişimi aşamasında hukuk düzeninin gereksinimlerinin dikkate alınması kaçınılmaz hale gelmektedir.

III. Veri Koruma Hukuku Açısından Değerlendirme

Blockchain teknolojisi ve bununla bağlantılı olarak akıllı sözleşmelerin, bir asır öncesi hazırlanan borçlar kanunu hükümleriyle uyumlu olmaması makul gözükabilir. Ancak söz konusu teknoloji, insanların dijital gelişmelerin içerdiği risklere karşı korunmasını amaçlayan ve göreceli olarak “yeni” bir alan olarak nitelendirilebilecek olan veri koruma hukuku alanındaki düzenlemelerle de çalışmaktadır. Şöyle ki veri koruma hukuku alanındaki düzenlemeler, çalışmanın başlangıcında incelenen internetin tarihçesi bölümünde belirtildiği üzere verilerin merkezi bir müessese

Kişisel veri, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ('KVKK') m. 3 b. d)'ye göre "*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre blockchain ağında kaydedilen bilgiler, ancak belirlenebilir kişiye ilişkin bilgi olabilecektir. Ancak kişinin hangi hallerde belirlenebilir olduğu da tartışmalıdır. Bu çerçevede mutlak ve nisbi belirlenebilirlik görüşleri ortaya atılmıştır. Mutlak belirlenebilirlik görüşüne göre veri sorumlusunun kimliği ve hangi amaçla ilgili verileri işlediği önem taşımamakta, verisi işlenen kişinin kimliğini tespit etmeye hizmet edebilecek nitelikte üçüncü kişilerin elinde bulunan bilgiler de veri sorumlusunun hâkimiyetinde kabul edilmektedir. Nisbi belirlenebilirlik görüşünde ise sadece veriyi işleyen kişinin kimliği ve bilgisi esas alınacaktır²⁶. Avrupa Adalet Divanı, dinamik IP-adreslerinin kişisel veri niteliğinde olup olmadığına ilişkin *Breyer* kararında ise dinamik IP-adresini elinde bulunduran kişinin makul imkânlar dâhilinde internet erişim sağlayıcısından kişiye dair bilgi elde etme imkânı söz konusu olduğu takdirde IP-adreslerinin de kişisel veri niteliği taşıyabileceğine hükmetmiştir²⁷.

Bu çerçevede öncelikle blockchain ağının umuma açık ya da kapalı olup olmadığına göre bir ayırım yapmak isabetli olacaktır. Şayet blockchain ağına katılım için belirli bir yere kayıt gerekiyorsa ya da kamuya açık ve kişiye mahsus anahtar belirli kişi ya da kuruluşlar tarafından kişilere tahsis ediliyorsa, bu kişiler ilgili kişiyi belirleyebilecek bilgiye sahip olabilecektir²⁸. Ancak kamuya açık ağlarda da durum farklı değildir. Öncelikle kamuya açık anahtarın kullanılması da kişinin belirlenebilir hale gelmesine sebebiyet verebilecektir. Özellikle Big-Data analiz uygulamaları sayesinde birçok farklı kaynaktan elde edilen verilerin bir araya getirilmesi sayesinde kamuya kapalı ağlardaki kişilerin dahi tespit edilmesi mümkündür²⁹. Ancak yine de somut olay şartlarının dikkate alınması kaçınılmazdır. Bilakis sadece *Breyer* kararına atıf yaparak şifrelenmiş her türlü verinin kişisel veri niteliği taşıdığı sonucuna varmamak gerekmektedir³⁰.

Bu çerçevede tartışılan bir diğer husus, blockchain ağına katılan ve fakat ticari amaç gütmeyen nodelerin (blockchain ağı katılımcıları 'node' olarak nitelendirilmektedir) da veri koruma hukuku düzenlemelerine tabi olup olmayacaklarıdır. Nitekim Fransız

²⁶ Daha geniş bilgi için bkz. Mesut Serdar Çekin, *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu* (1st edn, Onikilevha 2018) 35 vd.

²⁷ Avrupa Adalet Divanı, C-582/14, 19.10.2016.

²⁸ Mario Martini and Quirin Weinzierl, 'Die Blockchain-Technologie und das Recht auf Vergessenwerden Zum Dilemma zwischen Nicht-Vergessen-Können und Vergessen-Müssen' (2017) 17 NVwZ 1251, 1253.

²⁹ Böyle bir uygulamaya örnek olarak bkz. <www.chainanalysis.com>; daha geniş bilgi için Alex Biryukov, Dmitry Khovratovich and Ivan Pustogarov 'Deanonymisation of Clients in Bitcoin P2P Network, CCS '14 Proceedings of the 2014 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security' (2014) 15 vd.

³⁰ Nitekim uygulamada *Breyer* kararına dayanılarak her türlü verinin kişisel veri olarak kabul edildiğine dair ifadelere rastlamak mümkündür. Her ne kadar başka bir araştırma konusu olsa da kanaatimizce bu kararın dikkatlice değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira kanaatimizce Mahkeme, somut olayda savcılık ile IP adreslerini elinde tutan farklı kuruluşları bir tutmuş, ayrıca savcılığın ancak istisnai durumlarda söz konusu bilgilere erişim yetkisi olacağı gerçeğini yeterince dikkate almıştır.

Veri Koruma Otoritesi (CNIL), blockchain hakkında yayınladığı görüş bağlamında katılımcının veri sorumlusu olarak nitelendirilebilmesi için bu kişinin (1) gerçek kişi olması ve veri işleminin ilgili kişinin mesleki ya da ticari bir faaliyetiyle bağlantılı olması ya da (2) tüzel kişinin kişisel verileri blockchain ağında kaydetmesi şartlarını aramaktadır³¹. Bu görüşün dayanağı olarak ilgili kurum özellikle Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzük'ü ('GDPR')³² Art. 2'de benimsenen aile içi kullanım istisnasına işaret etmektedir. Tıpkı KVKK md. 28 f. 1 b. a)'da öngörüldüğü gibi ilgili kişi kişisel veri işleme faaliyetini "tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında" gerçekleştirdiği takdirde kanun hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak bu görüş, haklı olarak eleştirilmektedir. Nitekim veri koruma düzenlemelerinin uygulama alanı bulabilmesi için ilgili faaliyetin ticari ya da mesleki bağlamda gerçekleştirilmesi şartı aranmamaktadır. Bir diğer ifade ile "tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili" olmayan her faaliyet, mutlaka ticari ya da mesleki faaliyet olmak zorunda değildir. Bilakis Avrupa Adalet Divanı, Lindqvist³³, Satamedia³⁴ ve Yahova Şahitleri³⁵ kararlarında ilgili düzenlemenin dar yorumlanması gerektiğine işaret etmiş, özellikle bilginin belirsiz sayıda insan için ulaşılabilir hale getirilmesi halinde bu istisna hükmünün uygulama alanı bulamayacağına hükmetmiştir³⁶. Dolayısıyla blockchain ağına ticari ya da mesleki amaç gütmeksizin katılan nodelerin Kanun ya da Tüzük hükümlerinden muaf tutulması görüşüne katılmak imkân dâhilinde gözükmemektedir. Bilakis blockchain ağı çerçevesinde gerçekleştirilen işlemlere dair bilgilerin bütün ağ katılımcılarıyla paylaşılması, söz konusu işlemi "tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyet" kapsamının dışına çıkartmaktadır.

Dolayısıyla her ne kadar blockchain teknolojisinin en önemli unsurlarından birisi şifreleme olsa da, Avrupa Adalet Divanı içtihatları ve bununla bağlantılı olarak son dönemde yaygın hale gelen Big-Data analiz uygulamaları sayesinde ilgili kişilerin belirlenebilir hale geldiğini söylemek mümkündür³⁷.

³¹ Rapor için bkz. <<https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/blockchain.pdf>> Erişim Tarihi Ağustos 2018.

³² Council Regulation (EC) 2016/679 of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Council Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>> Erişim Tarihi Ağustos 2018; AB Bakanlığı'nın Türkçe çevirisi için bkz. <<https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakan%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf>> Erişim Tarihi Ağustos 2018.

³³ Avrupa Adalet Divanı, C-101/01, 6.11.2003.

³⁴ Avrupa Adalet Divanı, C-73/07, 16.12.2008.

³⁵ Avrupa Adalet Divanı, C-25/17, 10.07.2018.

³⁶ Avrupa Adalet Divanı, C-101/01, 06.11.2003, kn. 47; C-73/07, 16.12.2008, kn. 35, 44; C-25/17, 10.07.2018, kn. 40.

³⁷ Hans Bechtolf and Niklas Vogt, 'Datenschutz in der Blockchain – Eine Frage der Technik Technologische Hürden und konzeptionelle Chancen' (2018) 2 ZD 66, 69-70; Philipp Quiel, 'Blockchain-Technologie im Fokus von Art. 8 GRD und DS-GVO – Ein Zwiespalt zwischen Innovation und unioalem Datenschutzrecht?' (2018) 42(9) DuD 566, 567 vd.; Rainer Böhme and Paulina Pesch, 'Technische Grundlagen und datenschutzrechtliche Fragen der Blockchain-Technologie' (2017) 41(8) DuD 473, 478.

2. Veri Sorumlusu

Blockchain ağında kaydedilen verilerin kişisel veri niteliği tartışmalı olmakla birlikte, yukarıda yapılan izahat çerçevesinde bir çözüm yolu bulmak mümkün gözükmemektedir. Ancak söz konusu teknolojinin mevcut hukuk düzeninin varsayımlarına zıt düştüğü asıl noktalardan birisi, kuşkusuz veri sorumlusunun belirlenmesidir. Şöyle ki, veri koruma hukuku alanında yapılan düzenlemelerin çoğunda merkezi bir müessesenin, aracının ya da kurumun birçok kişiden veri elde etmesi ve bu verileri işlemesi esas alınmaktadır³⁸. Bu sebeple KVKK m. 3 b. 1) çerçevesinde veri sorumlusu “*Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmakta, ilgili kişinin hakları bu kişiye yöneltilmekte, Kişisel Verileri Koruma Kurulu bu kişiyle muhatap olmakta ve nihayet kanundan doğan yükümlülükler bu kişiyi muhatap almaktadır. Bu konseptte göre veri hakkında tasarruf yetkisine sahip olan kişi, aynı zamanda verinin hukuka uygun kullanımı hususunda da sorumluluk altına alınmaktadır. Bir diğer ifade ile sorumlu olabilmek için veri üzerinde bir yetki, bir tasarruf imkânı, verinin “kaderini” tayin edebilme ihtimali söz konusu olmalıdır. Oysa blockchain ağında dağıtık veri mevcut olmakla birlikte veriler, merkezi bir yerde kayıt altına alınmamakta ve işlenmemekte, bilakis bütün katılımcılara dağıtılmaktadır.

Blockchain ağında veri sorumlusunu tayin edebilmek için öncelikle blockchain ağındaki farklı aktörleri tespit etmek gerekecektir. Bu aktörler, kodu programlayan, ağı hayata geçiren kişiler, ağda işlem yapan sözleşme tarafları, blockchain’i bilgisayarına ya da cep telefonuna indiren her bir node ya da yeni blok oluşturan veri madencileridir.

Kamuya açık ve kamuya kapalı blockchain ağları arasında bir ayırım yapılacak olursa, kamuya açık ağlarda programlayan, kodu yayınlamakla artık tasarruf yetkisini de elinden çıkarmaktadır. Tıpkı bir yazılım geliştiricisi gibi bu kişi de yazılımı kullanan kişilerin ürettiği veriler üzerinde tasarruf yetkisini haiz olmayacaktır. Bu bağlamda özellikle programı yazan kişinin, ağına saldırıya uğraması sonrasında yazılımı geliştirme imkânına sahip olmasının, kendisine başlı başına veri sorumlusu sıfatını kazandırmayacağı vurgulanmaktadır. Zira katılımcıların yeni yazılıma onay verme zorunluluğu söz konusu değildir. Dolayısıyla programlayıcının bu kişiler üzerinde herhangi bir nüfuzu söz konusu değildir. Buna örnek olarak Decentralized Autonomous Organization olarak nitelendirilen ve blockchain ağı vesilesiyle gerçekleştirilen kitlesel fonlama projesi çerçevesinde milyonlarca dolar değerinde kripto para toplanmış, ardından bu paralar hackerlar tarafından çalınmış ve bunun üzerinde yazılımcı tarafından blockchain yazılımı güncellenmeye çalışılmıştır³⁹.

³⁸ Bechtolf and Vogt (n. 37) 70.

³⁹ Bkz. dn. 13.

Veri madencileri de her ne kadar blockchain ağından kazanç elde etseler de, verilerin içeriğine dair herhangi bir yetki ya da etkileri söz konusu değildir. Nasıl yer sağlayıcıları, hizmet sundukları verilerin içeriklerinden sorumlu değilse, veri madencilerinin de işledikleri verinin içeriğinden sorumlu tutulamayacakları belirtilmektedir⁴⁰.

Dolayısıyla veri sorumlusu olarak ağ katılımcısı olan ve ağda işlem gerçekleştiren her bir node gündeme gelecektir. Zira başarıyla gerçekleştirilen her işlem, blockchain ağına veri gönderilmesini, bu ağdaki mevcut bilgilerin kıyaslanmasını ve ağın değiştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu sayede katılımcı, ağın bir parçası haline gelmektedir. Bu bağlamda özellikle ilgili veri elde edilmekte, kaydedilmekte, muhafaza edilmekte ve aktarılmaktadır. Bu sebeple de node olarak adlandırılan ağ katılımcısının, kişisel verilerin işlenmesi faaliyetinin amacı ve aracı hakkında yetki sahibi olduğu ve bu sebeple de GDPR Art. 4 (7)'de yer verilen tanıma göre veri sorumlusu sıfatını haiz olduğu savunulmaktadır⁴¹. Avrupa Adalet Divanı da, Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein kararında veri sorumlusunu genişçe yorumlamış, üçüncü kişinin veri işleme faaliyetinin mümkün kılınmasının dahi veri sorumlusu olabilmek için yeterli olacağına hükmetmiştir⁴². Türk hukukunda ise KVKK md. 3 b. 1)'da yer verilen tanıma göre veri sorumlusu, sırf kişisel verilerin işleme amaçlarını ve araçlarını belirlemekle yetinmeyecek, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden de sorumlu olacaktır. Oysa blockchain ağının kurulması ve yönetilmesi, yukarıda izah edildiği üzere tek bir elde gerçekleşmemekte, bilakis dağıtık bir ağ sistemi oluşturulmaktadır. Diğer taraftan Türk veri koruma hukukunda GDPR'a kıyasla "ortak veri sorumlusu" müessesesi mevcut olmadığı için bütün katılımcıları ortak veri sorumlusu olarak nitelendirmekte mümkün olmayacaktır.

Blockchain ağı kamuya açık olmadığına ise ağa katılımı denetleyen ya da ağı yöneten gerçek ya da tüzel kişi, veri sorumlusu sıfatını haiz olacaktır. Bu sebeple tapu, nüfus müdürlüğü ya da diğer sicil işlemlerinin devlet eliyle blockchain ağı üzerinden tutulması ya da bankalar tarafından blockchain ağı üzerinden bir ödeme sistemi getirildiği takdirde devlet ya da bankalar, veri sorumlusu olarak nitelendirilebilecektir⁴³.

Netice itibarıyla her ne kadar GDPR'ın veri sorumlusu tanımını geniş tutması sebebiyle nodelerin da veri sorumlusu olarak nitelendirilmesinde bir beis görülmesi de, Türk hukukunda veri kayıt sisteminin kurulması ve idare edilmesi şartları da aranmaktadır. Oysa kamuya açık bir blockchain sisteminde sistemi kuran, yani kodu yazan programlayıcı, bunu yayınladıktan sonra artık sisteme kaydedilecek veriler

⁴⁰ Martini and Weinzierl (n. 28) 1254.

⁴¹ Martini and Weinzierl (n. 28) 1254; Schrey and Thalhofer (n. 23) 1433, 1434.

⁴² Avrupa Adalet Divanı, C-210/16, 05.06.2018 (Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein), kn. 35, 38.

⁴³ Martini and Weinzierl (n. 28) 1254.

üzerinde hiçbir şekilde tasarruf imkânına sahip değildir. Onun sonradan yapacağı değişikliklere nodeların katılma zorunluluğu da söz konusu değildir. Nodellar ise kendi başlarına sistemi kurma ve yönetme kudretini haiz değildirler. Bu sebeple Türk hukukunda an itibarıyla kamuya açık blockchain ağlarında veri sorumlusunun tespiti hususunda bir netlik söz konusu değildir.

3. Veri İşleme Faaliyetinin Hukuki Dayanağı

Veri koruma hukukunun değişmeyen temel ilkelerinden birisi de, kişisel verilerin işlenmesinin kural olarak yasak olduğu ve ancak kişinin açık rızası ya da kanunun müsaade etmesi halinde mümkün hale geleceğidir. Bu sebeple öncelikle blockchain ağında kişisel veri işleme faaliyetinin hukuki dayanağını incelemek gerekecektir.

a. Açık Rıza

KVKK m. 3 b. a)'da getirilen tanıma göre açık rıza, “*belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirmeye dayalı ve özgür iradeyle*” açıklanmalıdır. Dolayısıyla açık rızadan bahis açabilmek için ilgili kişinin yeterince bilgilendirilmesi, bilhassa söz konusu bilgilendirmenin sadece soyut ve kanunun tekrarından ibaret matbu metinlerle sınırlı kalmaması gerekmektedir. Bilakis bilgilendirme çerçevesinde kişisel verilerin hangi amaçlarla işleneceği, kimlerle paylaşılacağı gibi hususlar, somut şekilde belirtilmelidir⁴⁴. Buna karşılık blockchain ağında kimlerin veri işlediği bilinmemektedir. Zaten dağıtık veri sisteminin amacı, internette anonim kalmak olduğu için bu çerçevede verinin kimler tarafından işlendiği, kimlere aktarılacağı gibi bilgilere ulaşmak, blockchain ağında imkânsız gözükmektedir. Ayrıca gelecekte ağa katılacak kişiler de belirsiz olmakla birlikte, katılımcıların farklı hukuk düzenlerine tabi olması da mümkündür. Dolayısıyla bütün bu belirsizlikler ışığında belirli bir konuya ilişkin ve bilgilendirmeye dayalı açık bir rızanın blockchain ağında mümkün olmayacağı savunulmaktadır⁴⁵. Kaldı ki açık rızanın geri alınması halinde bütün ağda mevcut olan kişisel verilerin silinmesi imkânsızdır. Zira geçmişe yönelik yapılan işlemlerde değişiklik yapılamadığı için ilgili kişinin kişisel verilerinin açık rızanın geri alınması sebebiyle silinmesi, sistemin çalışma ilkelerine aykırıdır⁴⁶.

b. Kanunda Öngörülen Diğer Hukuka Uygunluk Sebepleri

İlgili kişinin açık rızası bulunmasa dahi kanunda açıkça öngörülen hallerde kişisel verilerin işlenmesi mümkündür. Bu çerçevede özellikle KVKK m. 5 f. 2 b. c) ve b. f) söz konusu olacaktır.

⁴⁴ Hatta Art. 29 Working Party, açık rızanın birden çok veri sorumlusunun veri işleme faaliyetine teşkil etmesi halinde bunların hepsinin isimlerinin açıkça belirtilmesi gerektiğini vurgulamaktadır, bkz. Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, WP 259 rev. 01, s. 13, https://iapp.org/media/pdf/resource_center/20180416_Article29WPGuidelinesonConsent_publishpdf.pdf Erişim Tarihi Ağustos 2018.

⁴⁵ Schrey and Thalhofer (n. 23) 1434; Eduart Hofert, ‘Blockchain-Profilung’ (2017) 4 ZD 161, 164.

⁴⁶ Quiel (n. 37) 571.

KVKK m. 5 f. 2 b. c)'ye göre “*bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması*” halinde açık rızaya gerek olmaksızın kişisel veriler işlenebilecektir. Özellikle blockchain ağı üzerinden gerçekleştirilen akıllı sözleşmeler dikkate alındığında söz konusu hükmün, kişisel verilerin işlenebilmesi için uygun bir dayanak olduğu kanaati oluşmaktadır. Ancak kanunun lafzına göre sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesi esas alınmaktadır. Blockchain ağında ise bütün katılımcıların bütün işlemleri, herkese açık şekilde mevcuttur ve gerçekleştirilen her yeni işlem, geçmişteki işlemlerle kıyaslanarak onaylanmaktadır. Dolayısıyla kişisel veriler, sadece sözleşmeye taraf olan nodelar tarafından değil, bütün nodelar ve ayrıca veri madencileri tarafından işlenmektedir. Dolayısıyla ilgili hükmün blockchain ağına dayalı akıllı sözleşmeler açısından meşru bir dayanak teşkil edebilmesi için hükmün lafzını genişletmek, işlenen kişisel verilerin sadece sözleşme taraflarına ait olanlarla kısıtlanamamak zorunlu olacaktır⁴⁷.

KVKK m. 5 f. 2 b. f)'ye göre ise “*ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması*” halinde kişisel veriler, açık rıza olmaksızın işlenebilecektir. Dolayısıyla işlem tarafı olmayan kişilerin verilerinin işlenmesi halinde ilgili hükme başvurma ihtimali söz konusu olabilir. Ancak aşağıda etraflıca açıklanacağı üzere blockchain teknolojisinde veriler, sistem tamamıyla silinmedikçe mevcuttur. Dolayısıyla kişisel veriler, artık onlara hiçbir ihtiyaç duyulmasa da, sistemde kayıtlı kalacaktır. Yapılan yeni işlemlere taraf olmayan kişilerin verilerinin dahi “ebediyen” sistemde kayıtlı kalmasının ise meşru bir yanı yoktur. Bu sebeple ilgili hükmün de kanuni dayanak olarak değerlendirilmesi isabetli gözükmemektedir⁴⁸.

4. İlgili Kişinin Hakları

Veri koruma hukuku, kişisel verilerin işlenme şartlarını belirlemekle kalmamakta, aynı zamanda veri sorumlularının yükümlülüklerini yerine getirip getirmedikleri noktasında ilgili kişilere birtakım haklar tanımaktadır. Gerçekten KVKK m. 11'e göre ilgili kişi, veri sorumlusuna başvurup bu kişiden kendisi hakkında kişisel verinin işlenip işlenmediğini ve bununla ilgili bilgi talep etme, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişiler hakkında bilgi edinme, yanlış ya da eksik işlenen verileri düzelttirme, sildirme veya yok ettirme hakkına sahiptir. Kişisel verilerin merkezi bir müessese tarafından işlenmesini esas alan bu sistemin, dağıtık ağ ve değiştirilemezlik mantığına dayalı blockchain teknolojisiyle çelişmesi gündeme gelecektir. Diğer yandan yukarıda belirtildiği üzere bu sistemde veri sorumlusunu belirlemek dahi güçtür.

⁴⁷ Aynı yönde Quiel (n. 37) 572.

⁴⁸ GDPR açısından bkz. Schrey and Thalhofer (n. 23) 1434.

a. Bilgi Talep Hakkı

KVKK m. 11 f. 1 b. a) ve b)’ye göre ilgili kişi, kendisinin hakkında kişisel veri işlenip işlenmediği ve bu bilgilerin içeriği hakkında bilgi talep edebilecektir. Söz konusu talep hakkının kime yöneltileceği sorunu bir yana bırakılırsa, blockchain teknolojisine dayalı oluşturulan ağın zaten şeffaf olması ve her türlü veriye herkesin ulaşım imkânı bulunması sebebiyle ilgili kişi kendisi de kendisine ait hangi kişisel verilerin işlendiğini her zaman görme imkânına sahiptir.

Ancak kamuya açık blockchain ağlarında ağ katılımcılarının listesinin merkezi bir kayıt sistemi tarafından tutulmaması sebebiyle kişisel verilerin kime ya da kimlere aktarıldığı veya bunların yurtdışına aktarılıp aktarılmadığı hususunda bilgi vermek imkân dâhilinde değildir.

b. Düzeltme Talebi

Kendisi hakkında işlenen kişisel verinin yanlış ya da eksik olduğunu tespit eden ilgili kişi, KVKK m. 11 f. 1 b. d)’ye göre bunların düzeltilmesini talep edebilmektedir. Kural olarak elektronik ortamda kaydedilen bir verinin düzeltilmesi herhangi bir sorun teşkil etmemektedir. Ancak belirtildiği üzere blockchain teknolojisinin temel ilkelerinden birisi değiştirilemezliktir. Dolayısıyla işlem geçmişinde ve dolayısıyla sisteme kaydedilen verilerde yapılan her türlü değişiklik, “zincirin kopmasına” sebebiyet verecek, değiştirilmiş veri üzerinden işlem yapılması imkânsız hale gelecektir. Bu çerçevede “reversed transactions” olarak bilinen tersine işlemlerin yapılabileceği ve bu sayede değişiklikleri ağa işlenebileceği görüşü ortaya atılmış olsa da, bu çerçevede işlemin kendisi değiştirilmemekte, sadece iktisadi açıdan işlem hiç yapılmamış gibi malvarlığı eski haline getirilmektedir⁴⁹.

c. Silme/Unutulma Hakkı

KVKK m. 11 f. 1 b. e)’ye göre ilgili kişi, kendisine dair kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme hakkına sahiptir. Bunun için m. 7 çerçevesinde öngörülen koşulların yerine getirilmiş olması gerekmektedir. KVKK m. 7’ye göre ise kişisel verilerin işlenmesini gerektiren sebepler ortadan kalktığında bunlar re’sen ya da ilgili kişinin talebi üzerine silinmeli ya da yok edilmelidir. Silinmek, Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik⁵⁰ m. 8 f. 1’de “*kişisel verilerin ilgili kullanıcılar için hiçbir şekilde erişilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi*” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla ilgili verilere ulaşımın sınırlandırılması, silinme kıstası için yeterli olacaktır. Yok edilme ise aynı yönetmelik m. 9 f. 1’de “*kişisel verilerin hiç kimse tarafından hiçbir şekilde erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi*” olarak tanımlanmaktadır.

⁴⁹ Schrey and Thalhofer (n. 23) 1435.

⁵⁰ Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik, RG 28.10.2017/30224.

Dolayısıyla yok etmeden bahis açabilmek için söz konusu verinin kaydedildiği taşıyıcının yok edilmesi söz konusudur.

(1) Silme/Yok Etme Talebinin Şartları

Öncelikle silme ya da yok etme talebinin şartlarının düzenlendiği KVKK m. 7 açısından bir değerlendirme yapıldığında, blockchain ağı üzerinden akdedilen bir akıllı sözleşmenin, sözleşme ilişkisi niteliğiyle sözleşmeden doğan borçların bütünüyle ifa edildikten sonra sona ermesi gündeme gelecektir. Sözleşme ifa edildikten ve borç ilişkisi bütünüyle sona erdikten sonra ise kişisel verilerin blockchain ağında kaydedilmesi ve herkes tarafından açıkça görülebilmesinin meşru bir dayanağı kalmayacaktır. Kuşkusuz verilerin değiştirilmeden muhafaza edilmesi, sistemin bir bütün olarak işleyebilmesi açısından kaçınılmazdır. Fakat gelecekte yapılan sözleşmelerin sağlıklı bir şekilde ifa edilebilmesi amacıyla geçmişte yapılan sözleşmelere dair kişisel verilerin ebediyen katılımcılar tarafından erişilebilir olması, silme ve özellikle unutulma hakkıyla çelişir nitelikte gözükmektedir.

(2) Unutulma Hakkı

Kişisel verilerin silinmesi ve yok edilmesi, aynı zamanda Türk hukuku ile AB hukukunda büyük önem atfedilen unutulma hakkıyla da doğrudan bağlantılıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, henüz Kişisel Verilerin Korunması Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde unutulma hakkıyla ilgili bir kararında⁵¹ aynen şu ifadelerle yer vermektedir: “...bireyin kişiliğini serbestçe geliştirmesi, kişiliğinin korunması ve özgür bireylerden oluşan bir toplum düzeninin oluşturulması, ancak bireyin kişisel verilerine ilişkin hakkının korunmasıyla mümkündür. Bu hak yukarıda ifade edildiği üzere TC Anayasası'nın 20/2 maddesinde açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Unutulma hakkına gelince; unutulma hakkı ve bununla ilişkili olan gerektiği ölçüde ve en kısa süreliğine kişisel verilerin depolanması veya tutulması konuları, aslında kişisel verilerin korunması hakkının çatısını oluşturmaktadır. Her iki hakkın temelinde bireyin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesini, geçmişin engeline takılmaksızın geleceğe yönelik plan yapabilmesini, kişisel verilerin kişi aleyhine kullanılmasının engellenmesini sağlamak yatmaktadır. Unutulma hakkı ile geçmişinde kendi iradesi ile veya üçüncü kişinin neden olduğu bir olay nedeni ile kişinin geleceğinin olumsuz bir şekilde etkilenmesinin engellenmesi sağlanmaktadır. Bireyin geçmişinde yaşadığı olumsuz etkilerden kurtularak geleceğini şekillendirebilmesi bireyin yararına olduğu gibi toplumun kalitesinin gelişmişlik seviyesinin yükselmesine etkisi de tartışılmazdır.

⁵¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 4-56/1679, 17.06.2015. Ayrıca unutulma hakkı, Anayasa Mahkemesi kararlarına da konu olmuştur; örnek olarak bkz. Anayasa Mahkemesi, 2013/5653, 03.03.2016.

Bu hak bir yandan kişiye “geçmişini kontrol etme”, “belirli hususların geçmişinden silinmesini ve hatırlanmamayı isteme hakkı” sağladığı gibi, diğer yandan muhataplarına kişi hakkındaki bir kısım bilgilerin üçüncü kişilerin kullanmamasını veya üçüncü kişilerin hatırlanmamasına yönelik önlenmeleri alma yükümlülüğü yükler”.

Benzer şekilde Tüzük Art. 17 f. 2 veri sorumlusuna, kamuya açık hale getirdiği kişisel verileri, ilgili kişiden silme talebi gelmesi halinde bu talebi, söz konusu verileri işleyen herkese bildirme yükümlülüğü getirmektedir⁵².

Görüldüğü üzere söz konusu hak, sadece bireysel açıdan değil, toplumsal açıdan da çok büyük önem arz etmektedir. Ancak veri koruma hukuku açısından bu kadar önem teşkil eden unutulma hakkı, blockchain teknolojisinin değiştirilemezlik ilkesiyle çelişmektedir.

Bu çerçevede gündeme gelecek olan en büyük sorun kuşkusuz, bu talebin muhatabı olacaktır. Zira belirtildiği üzere dağıtık veri ağını kontrol eden merkezi bir müessese söz konusu olmadığı için, her node, kendisinde bulunan blockchain yazılımını diğerlerinden bağımsız olarak devam ettirmektedir. Bir node tarafından yapılan değişiklik, diğer nodeu etkilemeyecektir. Dolayısıyla verilerin silinebilmesi, ancak her nodeun kendi cihazında bulunan yazılımda değişiklik yapmasına ve ilgili verileri silmesine bağlıdır. Ancak nodelar arasında herhangi bir iletişim ve yönlendirme söz konusu olmadığı gibi, belirli verilere erişimin engellenmesi ya da nodelarda mevcut olan verilerin silinmesine dair talimat verilmesi ve bunun ötesinde nodeların bu talimata uyma yükümlülüğü söz konusu değildir.

Bunun ötesinde verilerin silinmesi ya da yok edilmesi akabinde, değiştirilemezlik ilkesine dayanan sistemin, geçmişte yapılan işlemlere dair verilerin silinmesi halinde nasıl işleyeceği de soru işaretlerine sebebiyet vermektedir. Bu çerçevede farklı çözüm yolları önerilmektedir. Örnek olarak işlemlerin içeriğinin değil de, sadece yapılp yapılmadığının kayıt altına alındığı “zero-knowledge-proof-process” olarak adlandırılan yöntemde özellikle kullanıcılara ait bilgiler sistemde kayıt altına alınmamaktadır. Bir diğer öneri ise, işlemin içeriğine dair değil de, işlemin kimler tarafından gerçekleştirildiğini belirleyen kamuya açık anahtarlara dair verilerin anonim hale getirilmesidir⁵³. Yine ağa katılımın ya da ağın işleyişinin merkezi bir müessese tarafından yönetilmesi⁵⁴ de ortaya atılan görüşler arasındadır. Ancak bütün bu yöntemler, bir taraftan şeffaflığı azaltmakta, diğer taraftan merkezi bir müesseseye yetkiler tanımakla birlikte sistemin güvenilirliğini olumsuz etkilemektedir. Netice itibarıyla değiştirilemezlik ve şeffaflık ilkelerine dayanan blockchain teknolojisinin, veri koruma hukukunda öngörülen klasik taleplere tatmin edici cevaplar sunamadığı aşikârdır.

⁵² Daha geniş bilgi için bkz. Eren Sözüer, *Unutulma Hakkı: İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme*, (1st edn, Onikilevha 2017).

⁵³ Martini and Weinzierl (n. 28) 1256.

⁵⁴ Martini and Weinzierl (n. 28) 1257.

Sonuç

Netice itibariyle henüz gelişmekte olmakla birlikte iktisadi ve sosyal sonuçlarının mutlak şekilde öngörülmesinin imkânsız olduğu blockchain teknolojisi ve bununla bağlantılı olan akıllı sözleşmeler, tıpkı geçmiş sanayi devrimlerinde olduğu gibi, bu sefer de hukuk düzeninde kabul gören varsayımları yıkma potansiyeline sahiptir. Dolayısıyla bundan sonraki aşama, işaret edilen gelişmeler ışığında hukuk politikasının nasıl şekillenmesi gerektiğine dair cevap aramaktır. Bu çerçevede bir taraftan bugüne kadar hukuk düzenimizin temel taşları olarak değerlendirebileceğimiz irade serbestisi gibi unsurların bütünüyle reddedilmesi ve bunların yerine yeni varsayımların kabul edilmesi söz konusu olabilir. Diğer yandan söz konusu gelişmelere bütünüyle kayıtsız kalıp eski varsayımların aynen muhafaza edilmesi de mümkündür. Bu çerçevede benimsenecek hukuk politikası, elbette kanun koyucu tarafından belirlenecektir. Ancak kanaatimizce işaret edilen bu iki uç yaklaşım tarzından ziyade bugüne kadar kabul görmüş ve istikrar kazanmış hukuk uygulamalarını da dikkate alınarak teknolojik, sosyolojik ve ekonomik menfaatlerin iyi analiz edilmesi suretiyle hukuk düzenimizin şekillendirilmesi daha isabetli olacaktır. Temennimiz, hep arkadan takip ettiğimiz önceki üç sanayi devrimin aksine dördüncü sanayi devrimini, sadece teknolojik açıdan değil, hukukçular olarak da yakından takip edebilmek, hatta birlikte şekillendirmektir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

Basılı Kaynaklar/Print Resources

- Achenbach D, Baumgart I and Rill J, ‘Die Blockchain im Rampenlicht, Technologie von der Stange – oder besser nach Maß?’ (2017) 41(11) DuD 673 vd.
- Bechtolf H and Vogt N, ‘Datenschutz in der Blockchain – Eine Frage der Technik: Technologische Hürden und konzeptionelle Chancen’ (2018) 2 ZD 66 vd.
- Biryukov A, Khovratovich D and Pustogarov I, ‘Deanonymisation of Clients in Bitcoin P2P Network, CCS ‘14 Proceedings of the 2014 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security’ (2014).
- Böhme R and Pesch P, ‘Technische Grundlagen und datenschutzrechtliche Fragen der Blockchain-Technologie’ (2017) 41(8) DuD 473 vd.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22nd edn, Yetkin 2017).
- Flume W, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (1st edn, Springer 1979).
- Güneş B, ‘‘Paradigma Kavramı Işığında Bilimsel Devrimlerin Yapısı ve Bilim Savaşları: Cephelerdeli Fizikçilerden Thomas S. Kuhn and Alan D. Sokal’ (Kış 2003) 1(1) Türk Eğitim Bilimleri Dergisi, 23-44.
- Heckelmann M, ‘Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts’ (2018) 8 NJW 504 vd.
- Hofert E, ‘Blockchain-Profilung’ (2017) 4 ZD 161 vd.
- Kocayusufoğlu N, Hatemi H, Serozan R and Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, (1st vol, 7th edn, Filiz 2017).
- Martini M and Weinzierl Q, ‘Die Blockchain-Technologie und das Recht auf Vergessenwerden-Zum Dilemma zwischen Nicht-Vergessen-Können und Vergessen-Müssen’ (2017) 17 NVwZ 1251 vd.
- Mesut Serdar Çekin, *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu* (1st edn, Onikilevha 2018).
- Quiel P, ‘Blockchain-Technologie im Fokus von Art. 8 GRC und DS-GVO – Ein Zwiespalt zwischen Innovation und unionalem Datenschutzrecht?’ (2018) 42(9) DuD 566 vd.
- Schrey J and Thalhoffer T, ‘Rechtliche Aspekte der Blockchain’ (2017) 20 NJW 1431 vd.
- Sözür E, *Unutulma Hakkı: İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme* (1st edn, Onikilevha 2017).
- Wolf M and Neuner J, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (1st edn, Springer 1979).

Elektronik Kaynaklar/Electronic Resources

- Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, WP 259 rev. 01, <https://iapp.org/media/pdf/resource_center/20180416_Article29WPGuidelinesonConsent_publishpdf.pdf> Erişim Tarihi Ağustos 2018.
- Leiner BM, Cerf VG, Clark DD, Kahn RE, Kleinrock L, Lynch DC, Postel J, Roberts LG and Wolff S, ‘Brief History of the Internet’ (*Internet Society*, 1997) <https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2017/09/ISOC-History-of-the-Internet_1997.pdf> Erişim Tarihi Ağustos 2018.
- Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets, <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html> Erişim Tarihi Ağustos 2018.
- Voshmgir S and Kalinov V, ‘Blockchain Handbook: A Beginners Guide’, (*Blockchain Hub*, 2017) <<https://s3.eu-west-2.amazonaws.com/blockchainhub.media/Blockchain+Technology+Intro.pdf>> Erişim Tarihi Ağustos 2018.



Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin Türkiye'deki Faaliyetleri ve Türk İltica Sisteminde Değişen Rolü

Nuray Ekşi[†]

Öz

BMMYK, 1949 yılında BM Genel Kurulu tarafından alınan bir kararla BM'nin yan organı olarak Cenevre'de kurulmuştur. BMMYK'nın görevleri, 1950 yılında BM Genel Kurulu ile kabul edilen Tüzüğü'nün yanı sıra daha sonra muhtelif tarihlerde BM Genel Kurulu tarafından alınan kararlarla belirlenmiştir. BMMYK'nın Tüzüğüne göre, BMMYK insani, sosyal amaçlarla faaliyette bulunan ve siyasi nitelik taşımayan bir organdır. Çalışmamızda öncelikle 1960 yılından beri Türkiye'de faaliyette bulunan BMMYK'nın kuruluşu ve görev alanı üzerinde durulacaktır. Daha sonra Türkiye ile BMMYK arasında 2016 yılında yapılan ev sahibi ülke anlaşması incelenecektir. Bu bağlamda, ev sahibi ülke anlaşmasının yapılmasının sebepleri, bu anlaşma uyarınca BMMYK'ya tanınan haklar, dokunulmazlıklar, imtiyazlar ve kolaylıklar açıklanacaktır. Çalışmamızda ayrıca geçmişten günümüze kadar olan süreçte bazı anlaşma ve yasal düzenlemelerde yer alan BMMYK ile iş birliğine ilişkin hükümler irdelenecektir. BMMYK'nın Türkiye'deki rolü 2013 yılından itibaren değişmiştir. Bu değişikliğe yol açan etkenler tespit edilecek; BMMYK'nın Türkiye açısından değişen rolünün sonuçları değerlendirilecektir. Çalışmamızda yaptığımız tespitler ve önerilerimiz ise sonuç kısmında belirtilecektir.

Anahtar Kelimeler

BMMYK • BMMYK statüsü • UNRRA • IRO • Ev sahibi ülke • Ev sahibi ülke anlaşması • Mülteciler • Vatansızlar • Yerinden edilmiş kişiler

Activities of the United Nations High Commissioner for Refugees in Turkey and Its Changing Role in Turkish Asylum System

Abstract

The UNHCR was established as a subsidiary body by the resolution of the UN General Assembly in 1949 in Geneva. The functions of the UNHCR are defined in the Statute which was adopted in 1950 and in various resolutions subsequently adopted by the UN General Assembly. In accordance with the Statute, the work of the High Commissioner is humanitarian and social and of an entirely non-political character. In this study, the establishment and the scope of missions of the UNHCR which has been operating in Turkey since 1960 are firstly explained. Then the host country agreement between Turkey and the UNHCR which was made in 2016 will be examined. In this context, the reasons for making host country agreement; rights immunities, privileges and facilities provided for the UNHCR under this agreement will be described. In this study, the provisions of the treaties and legal arrangements concerning cooperation with the UNHCR from past to the present will also be summarized. The role of the UNHCR in Turkey has been changed since 2013. The factors leading such a change will be identified and the results of the changing role of the UNHCR will be evaluated. Finally, the determinations and proposals made in this study will be stated in the conclusion part.

Keywords

UNHCR • Statute of UNHCR • UNRRA • IRO • Host country • Host country agreement • Refugees • Stateless • Displaced persons

[†] Sorumlu Yazar: Nuray Ekşi (Prof. Dr.), Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: nurayeksi@gmail.com ORCID: 0000-0002-9713-777X

Atf: Ekşi N, "Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin Türkiye'deki Faaliyetleri ve Türk İltica Sisteminde Değişen Rolü" (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 343 <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0014>

Extended Summary

The initial task of the UNHCR was to help foreigners apply for or receive the refugee status under the 1951 Geneva Convention. Over time, however, UNHCR's mandate has been expanded through UN General Assembly resolutions. Nowadays, in addition to its work for conventional refugees, the UNHCR has been mandated by the UN to monitor and protect internally displaced persons (IDPs), stateless persons, vulnerable groups, persons with special needs and illegal immigrants, even if they do not fall within the definition of refugee set forth in Article 1A(2) of the 1951 Geneva Convention. UNHCR also deals with displacement due to urbanization, collapsed states, fragile states or threats to regimes. As a result of the expansion of its activities beyond its mandate, UNHCR plays an active role in the aforementioned matters, even in countries without a conventional refugee crisis.

Turkey is a country that has hosted the largest number of asylum seekers in the world, and is currently providing shelter to around four million registered temporarily protected Syrians. Moreover, the number of applications made in Turkey for international protection will likely increase, not decrease, in future. Turkey also prevents illegal immigration to Europe and thus plays a key role for the protection of Europe's borders. Despite the fact that Turkey has been facing a mass influx of Syrians and other complex migration-related problems, it has been left alone by the international organizations and other states. While Turkey was among the negotiators and original signatories of the 1951 Geneva Convention, it continues to maintain a geographical limitation to the applicability of the Convention to the refugees coming from non-European countries. Hence, Turkey is not obliged to apply 1951 Geneva Convention to refugees coming from outside Europe. Foreigners coming from non-European countries and claiming refugee status are treated as "conditional refugee" under Turkish law. They are granted conditional refugee certificates which enable them to stay in Turkey until they find a safe third country with UNHCR's help. Therefore, under the current Turkish legislation, there is a distinction among foreigners who claim international protection according to their country of origin. Foreigners coming from European countries and meeting the conditions set forth in Article 1A(2) of the 1951 Geneva Convention can be provided refugee status. Save as temporarily protected Syrians, under Turkish refugee law, foreigners coming from non-European countries are not conventional refugees but "conditional refugees". Conditional refugees can stay in Turkey until they find a safe third country with UNHCR's help. That is the reason why the UNHCR offices in Turkey have been playing a leading role in resettling non-European asylum seekers to safe third countries, particularly until 2008. However, this role of the UNHCR has gradually diminished since the commencement in 2008 of the preparatory work of the Law No. 6458 on Foreigners and International Protection, which was published in the Official Gazette of the Republic of Turkey on April 11, 2013. Indeed, since September 2018,

the UNHCR operations in Turkey have been reduced to providing counseling and relief services. Activities to assist in voluntary repatriation and resettlement from Turkey, as specified in the UNHCR's Statute, are now hardly carried out. The tasks specified in the Statute of the UNHCR also cover assisting governmental and private efforts to promote voluntary repatriation. Further, UNCHR's tasks also include resettlement of refugees, as determined by the UN General Assembly, and to the extent UNCHR's financial resources so allow.

Turkey can, for the time being, cope with its own responsibilities in the field of asylum. However, considering the numbers, this burden is not sustainable. At a point in time where Turkey is in serious need for resettlement and voluntary return assistance, limiting UNHCR's operational activities in Turkey to counseling and relief services simply amounts to transforming the UNHCR into an association such as the Red Crescent. Moreover, counseling and relief services provided by the UNHCR have been affecting Turkey negatively, and have turned Turkey into a target country for illegal immigration. Limiting the UNHCR missions and operations in Turkey to counselling and relief services is contrary to the Statute of UNHCR itself. We believe that UNHCR's main task in Turkey should be resettlement and providing support for voluntary return. It should also force the other states to take steps on "burden sharing" or "responsibility sharing". This would pave the way for diminishing, to a certain extent, the number of refugee and temporarily protected Syrians in Turkey, as well as the social, economic, political costs incurred by Turkey, and allow the government of Turkey to provided better assistance to foreigners who really need it. Otherwise, it will be difficult to deal with the problems arising from the increasing number of foreigners, the ensuing costs, and the reaction of Turkish citizens, in the near future.

I. Genel Olarak Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği

Uluslararası kuruluşlar, milletlerarası antlaşmalarla kurulmaktadır. Bu antlaşmalarda uluslararası kuruluşun amacı, görevleri ve faaliyet alanları belirtilmektedir. Uluslararası hukukun sükeleri olarak, uluslararası kuruluşlar kendi eylemleriyle haklara ve borçlara sahip olabilmektedirler¹. Ayrıca söz konusu antlaşmalarda uluslararası kuruluşun tüzel kişiliğe sahip olduğu, tüzel kişi olarak kendi faaliyet alanına giren hususlarda örneğin personel istihdamı, malzeme alımı, ofis kiralanması için sözleşme yapabileceği; faaliyetlerini gerçekleştirmek için taşınmaz mal edinebileceği ifade edilmektedir. Eğer bir uluslararası kuruluşun antlaşmasında, tüzel kişiliğe sahip olduğu belirtilmiş ise, o zaman antlaşmayı onaylayan devletler onun tüzel kişiliğini kabul etmek zorundadırlar². Fakat uluslararası kuruluşu kuran antlaşmaya taraf olmayan devletler açısından durum farklıdır. Çünkü bu devletler antlaşmaya taraf olmadıklarından, antlaşmadan kaynaklanan tüzel kişiliği tanıma yükümlülüğü altında değildirler. Bununla beraber, uluslararası kuruluşlara taraf olmayan devletlerin mahkemeleri, genel olarak, ya kanunlar ihtilâfi kurallarını ya da diğer prensipleri uygulayarak uluslararası kuruluşların yaptığı işlemlerin geçerli olduğunu kabul etmektedirler. Diğer bir ifadeyle söz konusu devletlerin mahkemeleri, yabancı şirketlerin tanınmasına uyguladıkları kanunlar ihtilâfi kurallarını, kurucu antlaşmasına taraf olmadıkları uluslararası kuruluşlara da uygulayarak bunları ve bunların tüzel kişiliklerini tanımaktadırlar³. Bu uygulamayı eleştiren *Sands/Klein*, uluslararası kuruluşlar, yabancı şirketlerden farklı olarak, belirli bir devletin hukukuna göre tüzel kişilik kazanmadıklarından, “kuruluş yeri hukuku” veya “idare merkezinin bulunduğu ülke hukuku” gibi kanunlar ihtilâfi kriterleri uygulanarak ulusal hukuklara göre tanınmaları ve bunlara tüzel kişilik atfedilmesinin mümkün olmadığını; bunların tüzel kişiliğinin tanınmasının milletlerarası hukuktan kaynaklandığını ifade etmiştir⁴.

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK), bir milletlerarası antlaşmayla kurulan bir kuruluş değildir. BMMYK, 1949 yılında Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından alınan bir kararla BM'nin yan organı olarak Cenevre'de kurulmuştur. Bu tarihten önce Birleşmiş Milletler Yardım ve Rehabilitasyon Ajansı (United Nations Relief and Rehabilitation Agency-UNRRA) 1943 yılında kurulmuştu. UNRRA'nın temel görevi, ittifak devletlerinin kontrolündeki alanlarda yaşayan milyonlarca yerinden edilmiş insana yardım etmek ve bunların ülkelerine geri dönmelerini sağlamaktır⁵. Belirtmek gerekir ki, UNRRA mülteciler için çalışan

¹ Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, nurayeksi@gmail.com. Jan Klabbbers, *An Introduction to International Institutional Law* (Cambridge University Press 2002) 42.

² C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations* (2nd edn, Cambridge University Press 2005) 69-70; Philippe Sands and Pierre Klein, *Bowett's Law of International Institutions* (Sweet & Maxwell 2001) 477; Nuray Ekşi, *Geri Gönderme Merkezlerinin Denetlenmesine İlişkin Kılavuz İlkeler*, İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü-Uluslararası Göç Örgütü-IOM (Ankara 2017) 66-67.

³ Sands and Klein (n 2) 478.

⁴ İbid 478-479.

⁵ Alexander Betts, Gil Loescher and James Milner, *The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR): The*

bir örgüt değildi⁶. UNRRA, 1947 yılında ilga edildikten sonra yerine Uluslararası Mülteci Örgütü (International Refugee Organization-IRO) kurulmuştur⁷. IRO'nun kurulmasıyla beraber iltica edenlerin iradeleri dışında ülkelerine gönderilemeyeceği esası kabul edilmeye başlanmıştır⁸. IRO'nun finansmanının büyük ölçüde ABD tarafından sağlanması; ABD'nin, SSCB ve onun müttefiklerindeki iç çatışmalara destek vermek için IRO'yu kullanması, 1948-1950 yılları arasında IRO'nun sona erdirilmesi ve yerine BMMYK'nın kurulması üzerindeki çalışmaların başlamasına neden olmuştur⁹. Bu çalışmalar sonucunda BMMYK, Soğuk Savaş (Cold War) döneminde kurulmuştur.

Daha önce ifade edildiği üzere, BMMYK, bir milletlerarası antlaşmayla kurulan ayrı bir uluslararası kuruluş değildir. Adından da anlaşılacağı üzere Birleşmiş Milletler'in bir organıdır. Zaten, BM Genel Kurulu tarafından bir yan (subsidiary) organ olarak ihdas edilmiştir¹⁰. BMMYK'nın kuruluşunun hukuki dayanağını, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 7. ve 22. maddeleri oluşturmaktadır¹¹. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 7(1). maddesine göre, BM'nin başlıca organları Genel Kurul, Güvenlik Konseyi, Ekonomik ve Sosyal Konsey, Vesayet Meclisi, Sekreterlik ve Milletlerarası Adalet Divanı'dır. Organlar arasında BMMYK sayılmamıştır. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 7(2). maddesine göre, BM tarafından gerekli görülebilecek tâli organlar ihdas edilebilecektir. BMMYK, bu hükme istinaden kurulan yardımcı bir organdır. BM Genel Kurulu'nun 319(IV) sayılı ve 3 Aralık 1949 kararıyla¹² 1 Ocak 1951 tarihinden itibaren faaliyete geçmek üzere BMMYK'nın kurulmasına karar verilmiştir. BMMYK'nın Tüzüğü¹³, Genel Kurul'un 14 Aralık 1950 tarihinde yaptığı toplantıda aldığı 428(V) sayılı kararın ekinde yer almaktadır¹⁴. BMMYK Tüzüğü'nün I. Bölümünün 1. paragrafı uyarınca, BM yardımcı bir organdır. Ayrıca bu fıkrada BMMYK'nın, BM üyesi devletlerin temsilcileri ve kurumlarıyla ile iş birliği yapması öngörülmüştür. Bu nedenle BMMYK'nın üstlendiği “mültecileri koruma” fonksiyonu ile “devletlerle iş birliği yapma” fonksiyonunun birbirleriyle çeliştiği ifade edilmiştir¹⁵. Ancak iş birliği, mültecinin kaçtığı ülke ile değil iltica

Politics and Practice of Refugee Protection, (2nd edition, Routledge 2012) 10; Corinne Lewis, *UNHCR and International Refugee Law: From Treaties to Innovation*, (Routledge 2012) 11.

⁶ Betts, Loescher and Milner, (n 5) 10.

⁷ ibid 10; Elif Uzun, “Uluslararası Hukuk Çerçevesinde BMMYK'nın Yapısı, Görevleri ve Uluslararası Mülteci Hukukunun Gelişimindeki Yeri”, (2014) 2 (2) Göç Araştırmaları Dergisi 64-65.

⁸ Betts, Loescher and Milner, (n 5) 10-11.

⁹ ibid 13.

¹⁰ Satvinder Singh Juss, “The UNHCR Handbook and the Interface between Soft Law and Hard Law in International Refugee Law” in Satvinder Singh and Juss Colin Harvey (eds), *Contemporary Issues in Refugee Law* (Cheltenham 2013) 32.

¹¹ Uzun (n 7) 68.

¹² Refugees and Stateless Persons [1949] UNGA 86; A/RES/319 (IV) (3 December 1949).

¹³ BMMYK Tüzüğü yerine, “BMMYK'nın Statüsü” ibaresi de kullanılmaktadır.

¹⁴ Statute of the Office of the United Nations High Commissioner [1950] UNGA 106; A/RES/428 (V) (14 December 1950); EKŞİ, *Geri Gönderme Merkezlerinin Denetlenmesine İlişkin Kılavuz İlkeler* (n 1) 67.

¹⁵ Michael Barutcski, “The Limits to the UNHCR's Supervisory Role” in James C. Simeon (eds), *The UNHCR and the Supervision of International Refugee Law*, (Cambridge University Press 2013) 67.

ettiği ülkeyle olacaktır. Dolayısıyla aslında bu iş birliği, BMMYK'nın iltica başvurusu yapan veya bu statüyü alan kişilere etkin koruma sağlamasının bir aracı da olabilir. BMMYK, kurulduktan hemen sonra Mültecilerin Hukuki Duruma Dair 1951 Cenevre Konvansiyonu'nu hazırlamış ve bu Konvansiyon, Cenevre'de imzaya açılmıştır. Geniş bir katılımımla imzalanan 1951 Cenevre Konvansiyonu'na 145 devlet taraftır. Daha sonra BMMYK tarafından hazırlanan 1951 Cenevre Konvansiyonu'na Ek Protokol 1967 yılında New York'ta imzaya açılmıştır¹⁶.

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Tüzüğü, 14 Aralık 1950 tarihli 428(V) sayılı BM Genel Kurulu kararı ile kabul edilmiştir. Kısaca “BMMYK Tüzüğü” olarak anılacak olan Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Tüzüğü'nde BMMYK'nın yapısı belirlenmiş ve görevleri sayılmıştır. BMMYK Tüzüğü'nün I. Bölümünün 1. paragrafına göre, Genel Kurulun otoritesi altında hareket eden BMMYK, BM çatısı (auspices) altında BMMYK Tüzüğü'nde yer alan tanımın kapsamına giren mültecilere uluslararası koruma sağlama, hükümetleri destekleyerek mülteci sorununa kalıcı çözüm bulma; hükümetlerin onayıyla diğer özel kuruluşlarla birlikte mültecilerin gönüllü geri dönüşlerini veya buldukları toplumla entegre¹⁷ olmalarını sağlamakla görevlidir. BMMYK Tüzüğü'nün I. Bölümünün 1. paragrafı uyarınca BMMYK, politik olmayan, insani, sosyal bir kurum olup kural olarak mülteci grupları ve kategorileriyle ilgilidir. BMMYK, görevlerini BMMYK Tüzüğü ve daha sonra muhtelif tarihlerde alınan BM Genel Kurulu kararlarına istinaden yerine getirmektedir. BMMYK'nın 14 Aralık 1950 tarihinde kabul edilen Tüzüğünde sayılan görevleri, daha sonra BM Genel Kurulu tarafından muhtelif tarihlerde alınan kararlarla genişletilmiştir.

BMMYK, BM Genel Kurulu veya Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından verilen talimatları izleyecektir. BMMYK, yetki alanına giren mültecileri koruma görevini, mültecilere ilişkin uluslararası antlaşmaların onaylanması ve sonuçlandırılmasını sağlayarak, başvurulara nezaret ederek ve değişiklik tekliflerini teşvik ederek; hükümetler ile özel antlaşmalar yapıp mültecilerin durumunu iyileştirerek ve korunmaya ihtiyaç duyanların sayısını azaltmak için tasarlanan önlemlerin hayata geçirilmesini teşvik ederek; gönüllü geri dönüşleri veya yeni topluluklara uyum sağlamayı teşvik eden hükümetlere ve özel çabalara yardım ederek; en muhtaç kategorileri dışlamamak suretiyle mültecilerin ülke topraklarına kabulünü teşvik ederek; mültecilerin mallarını, özellikle de yeniden yerleşimleri için gerekli olanları, transfer etmelerine izin almak için çaba göstererek; hükümetlerden sınırları dahilindeki mültecilerin sayıları ve durumlarıyla ilgili yasal düzenlemeler hakkında bilgi alarak; hükümetler ve ilgili hükümetler arası kuruluşlar ile yakın temas içinde

¹⁶ Her iki metne de taraf olan devletlerin listesi için bkz. Nuray Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Temel Mevzuat*, 13th edn, Beta 2018) 942-950, 956-961.

¹⁷ BMMYK'nın Tüzüğü'nün 1. Bölümünün (1). paragrafında “entegrasyon” (uyumdan) kelimesi yerine “asimilasyon” kelimesi kullanılmıştır [...or their assimilation].

olarak; mülteci sorunlarıyla ilgilenen özel örgütler ile kendisinin en uygun bulduğu biçimde temasa geçerek; mültecilerin refahı ile ilgili özel kuruluşların çabalarının düzenlenmesini kolaylaştırarak yerine getirir. BMMYK, emrine tahsis edilen mali kaynakların sınırları içinde, gönüllü geri dönüşler ve yeniden yerleştirmeler dahil olmak üzere, BM Genel Kurulu'nun karar vereceği ek faaliyetlerde de bulunabilir. BMMYK, mültecilere yardım amaçlı aldığı kamu veya özel mali kaynakları yönetecek ve bunları yardımı en iyi şekilde kullanacağına inandığı özel kuruluşlar ve gerekli hallerde kamu kuruluşlarına dağıtacaktır. BMMYK, uygun olmadığını veya kullanamayacağını düşündüğü herhangi bir mali yardımı reddedebilir.

BMMYK'nın Tüzüğü uyarınca Yüksek Komiser, BM Genel Sekreteri'nin aday göstermesi üzerine BM Genel Kurulu tarafından seçilmektedir. Yüksek Komiser'in görev süresi Genel Sekreter tarafından teklif edilmekte ve Genel Kurul tarafından onaylanmaktadır. 3 yıllığına seçilen Yüksek Komiser aynı süre için kendi milliyetinden olmayan bir Yüksek Komiser Yardımcısı atamaktadır. BMMYK personeli, verilen tahsisatın sınırları içinde Yüksek Komiser tarafından atanmakta ve bu personel görevini yerine getirirken Yüksek Komiser'e karşı sorumlu olmaktadır. Personel, BMMYK'nın amaçlarına kendini adanmış kişiler arasından seçilmektedir. BMMYK Ofisi, İsviçre'nin Cenevre şehrinde yer almaktadır. BMMYK'nın masrafları, BM bütçesinden karşılanmaktadır. BM Genel Kurulu aksine karar vermedikçe BMMYK'nın idari harcamalarının dışında hiçbir harcama BM bütçesinden karşılanmamakta ve BMMYK'nın faaliyetlerine bağlı tüm diğer harcamalar gönüllü bağışlardan sağlanmaktadır.

BMMYK tarafından hazırlanan 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 1A maddesinin (a) ve (b) bentleri âkit devletlere Konvansiyonu coğrafi alan kısıtlamasıyla yani sadece Avrupa'da cereyan eden olaylar neticesinde mülteci durumuna düşmüş kişilere uygulama yetkisi vermektedir. 1951 Cenevre Konvansiyonu'nda âkit devletlere tanınan bu yetki uyarınca Konvansiyonu coğrafi sınırlamayla uygulayan ülkelerde bile BMMYK bu sınırlamayla bağlı olmaksızın faaliyette bulunabilir. Çünkü BMMYK Tüzüğü'nde bu yönde bir sınırlama yer almamaktadır. Üstelik Tüzük'te BMMYK'nın faaliyetlerini coğrafi alan kısıtlaması olmaksızın yapacağı ifade edilmiştir.

BMMYK'nın faaliyet alanı zamanla bir hayli genişlemiştir. Diğer bir ifadeyle, BM Genel Kurulu, muhtelif tarihlerde aldığı kararlarla BMMYK'nın görevlerine yenilerini eklemiştir. Bu görevlerden biri vatansız kişilere ilişkindir. Vatansız kişilere ilişkin iki konvansiyon vardır. Birincisi Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin 1954 Konvansiyonu¹⁸; ikincisi ise Vatansızlık Hallerinin Sayısının Azaltılmasına Dair Konvansiyon¹⁹. Her iki konvansiyonda BMMYK'nın vatansızlarla ilgili herhangi

¹⁸ RG 25.10.2014/ 29156.

¹⁹ RG 15.8.1975/ 15327.

bir faaliyetinden söz edilmemesine rağmen BM Genel Kurulu, BMMYK'yı vatansız kişiler açısından yetkili kurum (appropriate body) olarak belirlemiş ve vatansız kişilerin BMMYK'nın uluslararası koruması altında olduğunu kabul etmiştir²⁰.

Ayrıca BMMYK, yerinden edilmiş kişilerle ilgili olarak da faaliyette bulunmaktadır. Yerinden edilmiş kişiler iki gruba ayrılmaktadır: Ülke içinde yerinden edilmiş kişiler (internallay displaced persons) ve yerinden edilerek ülkesini terk edip başka ülkelere giden kişiler (internationally displaced persons-IDPs)²¹. Ülke içinde yerinden edilmiş kişilere ilişkin bölgesel bir antlaşma olmakla beraber uluslararası yerinden edilmiş kişilere ilişkin bir antlaşma yoktur. Kısaca “Kampala Konvansiyonu” olarak anılan Afrika’da Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişilerin Korunması ve Bunlara Yardım Sağlanması Konvansiyonu (Kampala Convention on Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa), Afrika Birliği tarafından 2009 yılında kabul edilmiştir. Kampala Konvansiyonu’nun yalnızca dibacesinin 22. paragrafında BMMYK’nın rolünden ve uzmanlığından söz edilmiştir²². O halde BMMYK’nın gerek ülke içinde yerinden edilmiş kişilerle gerekse uluslararası yerinden edilmiş kişilerle ilgili faaliyetleri milletlerarası antlaşmalara dayanmamaktadır. BM, ülke içinde yerinden edilmiş kişilere koruma sağlamak için rehber kurallar hazırlamıştır. 1998 yılında kabul edilen Ülke İçinde Yerinden Edilmeye İlişkin Birleşmiş Milletler Rehber Kuralları (UN Guiding Principles on Internal Displacement)²³, ülke içinde yerinden edilmiş kişilere sağlanan hukuki korumanın dayanağını teşkil etmektedir²⁴.

Daha önce ifade edildiği üzere, BMMYK, başlangıçta yalnızca 1951 Cenevre Konvansiyonu uyarınca mülteci tanımına giren kişilere koruma sağlamak üzere ihdas edilmiş; ancak zamanla görev alanı genişletilmiştir. Mülteci statüsünü almak için kişinin kendi ülkesini terk etmesi gerekmektedir. Oysa ülke içinde yerinden edilmiş kişiler ülkelerini terk etmemektedir. BMMYK ülkesini terk etmemiş olan kişilere mülteci tanımına uymasalar bile koruma sağlayabilmektedir. Aslında gerek BMMYK’nın adındaki “mülteci” ibaresi gerekse kuruluş felsefesi mültecilerin korunmasına dayanmakla beraber BM Genel Kurulu kararıyla faaliyet alanının oldukça genişlediğini görüyoruz. Üstelik ulusal hukuklarda, AB hukukunda²⁵ ve milletlerarası antlaşmalarda 1951 Cenevre Konvansiyonu kapsamına girmese bile ikincil koruma ve geçici koruma verilecek kişilerle ilgili olarak BMMYK ile iş birliğinden söz edilmesi BMMYK’ya yeni roller atfedilmesi ve faaliyet sahasının

²⁰ Volker Türk, “The UNHCR’s Role in Supervising International Protection Standards in the Context of its Mandate” in James C. Simeon (eds), *The UNHCR and the Supervision of International Refugee Law* (Cambridge University Press 2013) 45.

²¹ IDPs ile ilgili monografik bir çalışma için bkz. Murat Saraçlı, *Uluslararası Hukukta Yerinden Edilmiş Kişiler* (Seçkin 2011) 155 vd

²² Türk (n 20) 46.

²³ Report of the Representative of the Secretary-General, Mr. Francis M. Deng, submitted pursuant to Commission resolution 1997/39 and its Addendum: Guiding Principles on Internal Displacement, E/CN.4/1998/53/Add 11 February 1998.

²⁴ Türk (n 20) 46.

²⁵ AB mevzuatında üye devletlerin BMMYK ile iş birliğine ilişkin düzenlemeler hakkında bkz. Türk (n 20) 44, 45.

başlangıçta öngörülenin çok ötesine yayılmasına yol açmıştır. Nitekim BMMYK'nın faaliyet alanına giren kişileri *Türk* yedi grupta toplamıştır:

- (1) 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 1A maddesinin (2). paragrafında yer alan tanımın kapsamına giren mülteciler;
- (2) ikincil koruma altındaki kişiler;
- (3) iltica başvuruları değerlendirilen kişiler;
- (4) gönüllü geri dönüş yapacak kişiler;
- (5) mülteci olmayan vatansızlar;
- (6) ülke içinde yerinden edilenler;
- (7) yerinden edilme veya başka bir sebeple risk altında olup insani yardıma ihtiyacı olan kişiler²⁶.

Gerek 1951 Cenevre Konvansiyonu'nda gerekse BMMYK'nın Tüzüğünde, BMMYK'nın ulusal makamlarla iş birliği yapması öngörülmüştür. BMMYK Tüzüğü'nün II. Bölümünün 8. paragrafının (f) ve (g) bentlerinde BMMYK'nın hükümetlerden mülteci mevzuatının yanı sıra mülteci sayıları ve durumları hakkında bilgi isteyebileceği; hükümet ve hükümetler arası örgütlerle yakın iş birliği yapacağı ifade edilmiştir. BMMYK ile ulusal makamlar arasındaki iş birliğinin en tipik örneğini Kanada Göç ve İltica Kurulu (Immigration and Refugee Board of Canada-IRB) oluşturmaktadır. BMMYK'nın, 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun uygulanmasını denetleme görevi vardır ve Kanada Göç ve Mülteci Koruma Kanunu (Immigration and Refugee Protection Act-IRPA) uyarınca bu görev, iltica prosedürünün bütün aşamalarında hatta gizli kalması gereken aşamalarında dahi yerine getirilebilir. Bunun için iltica başvurusu yapan yabancıların rızasının alınmasına gerek yoktur²⁷. Ancak Kanada Göç ve Mülteci Koruma Kanunu'nda güvenlik ve suçlarla ilgili istihbarat bilgilerinin BMMYK ile paylaşamayacağı ifade edilmiştir²⁸. IRB, BMMYK personeli, Montreal ve Toronto'daki kendi binalarında ofis tahsis etmekte; operasyonel konuları BMMYK personeli ile IRB personeli birlikte düzenlemekte; IRB, BMMYK'nın menşee ülke bilgi sisteminden yararlanmaktadır²⁹.

BMMYK yalnızca operasyonel faaliyette bulunan bir kuruluş değildir, çok sayıda milletlerarası veya bölgesel hukuki düzenlemelerle tanınan denetleme (supervise) yetkisi de olan bir kuruluştur³⁰. Ayrıca BMMYK'nın hazırladığı kitapçıklar³¹ ve rehber

²⁶ Türk (n 20) 47.

²⁷ Barutçiski (n 15) 101.

²⁸ ibid 101 dn. 7

²⁹ ibid 102.

³⁰ BMMYK'nın denetleme yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Türk (n 20) 53-54; Walter Kälin, "Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Article 35 and Beyond" in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (eds), *Refugee Protection in International Law*, (Cambridge University Press 2003) 613-666; Türk (n 20) 54-56; Barutçiski (n 15) 59-57.

³¹ Örneğin, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1951 Cenevre Konvansiyonu ve 1967 Protokolü Uyarınca Mülteci Statüsü Belirleme Usulleri ve Kriterleri El Kitabı (Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, Reissued Geneva, December 2011).

kurullarla³² hukuk yaratma gücü de vardır³³. Nitekim uluslararası kuruluşların hukuk yapma yetkisini değerlendiren çalışmasında *Dunoff* birçok uluslararası kuruluşun aldığı idari kararlarla hukuka katkıda bulunduğunu; bunun tipik örneklerinden birinin BMMYK'nın bir kişinin mülteci olup olmadığına ilişkin kararının oluşturduğunu ifade etmiştir³⁴.

II. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin Türkiye'deki Temsilcilikleri ve Faaliyetleri

Bir uluslararası kuruluşun Türkiye'de faaliyette bulunabilmesi, bu faaliyetleri sonucunda haklara ve borçlara sahip olabilmesi için kurucu antlaşmasının Türkiye tarafından onaylanması gerekir. Türkiye, 1945 yılında Birleşmiş Milletler Adlaşmasını onaylamıştır³⁵. Bununla beraber daha önce ifade edildiği üzere BMMYK ayrı bir uluslararası kuruluş olmayıp BM'nin bir organıdır. BM Genel Kurul kararıyla yan organ olarak ihdas edilmiştir. BM'nin bir organı olarak BMMYK, Türkiye'deki faaliyetlerine 1960 yılında başlamıştır. 2016 yılına kadar olan süreçte BMMYK, Türkiye ile ev sahibi ülke anlaşması olmamasına rağmen faaliyetlerini sürdürmüştür. Dolayısıyla 1960-2016 yılları arasında BMMYK'nın Türkiye'de varlığına ve faaliyetlerine Türk Devleti ev sahibi ülke anlaşması olmaksızın izin vermiştir. BMMYK ile Türkiye arasında ev sahibi devlet anlaşmasının olmadığı 1960-2016 yılları arasında BMMYK, Türkiye'de ancak Türk Devleti'nin izin verdiği ölçüde faaliyette bulunabilirdi. Ev sahibi anlaşmasının olmadığı dönemde dahi Türk mevzuatında BMMYK ile işbirliğini öngören hükümlerin yanı sıra iltica alanında bazı faaliyetlere iştirak etmesine izin verilmesine ilişkin hükümler de yer almaktaydı.

Türkiye, BMMYK'nın 1960-2016 yılları arasında Türkiye'deki faaliyetlerine kıyasen diğer uluslararası kuruluşlarla yapmış olduğu 21 Ekim 1965 tarihli Standart Anlaşmayı uygulamıştır. Diğer bir ifadeyle “1 Eylül 1960 tarihinde Ankara'da faaliyetine başlayan BMMYK Türkiye Ofisine, 21 Ekim 1965 tarihinde imzalanan Birleşmiş Milletler, Milletlerarası Çalışma Teşkilatı, Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Teşkilatı, Birleşmiş Milletler Eğitim Bilim ve Kültür Teşkilatı, Milletlerarası Sivil Havacılık Teşkilatı, Dünya Sağlık Teşkilatı, Milletlerarası Telekomünikasyon Birliği, Dünya Meteoroloji Teşkilatı, Milletlerarası Atom Enerjisi Ajansı, Evrensel Posta Birliği ve Hükümetlerarası İstisari Denizcilik Teşkilatı ile Türkiye Hükümeti

³² Örneğin, BMMYK Çocukların Yüksek Yararının Belirlenmesi ve Değerlendirilmesine İlişkin Rehberi (UNHCR Guidelines on Assessing and Determining the Best Interest of the Child), UNHCR, November 2018.

³³ Bu konudaki ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Juss (n 10) 31-67.

³⁴ Jeffrey L. Dunoff, “Chapter 5: Is Sovereign Equality Obsolete?, Understanding Twenty-First Century International Organizations” in Janne E Nijman and Wouter G Werner (eds), *Netherlands Yearbook of International Law* (2012) 113.

³⁵ San Francisco'da 26 Haziran 1945 Tarihinde Yapılmış ve İmzalanmış Olan Birleşmiş Milletler Andlaşması ile Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün Onanması Hakkında Kanun, Kanun No: 4801, Kabul tarihi: 15.8.1945, RG 24.8.1945/6092.

Arasında Değiştirilmiş Standart Anlaşma³⁶ uygun düştüğü ölçüde (mutatis mutandis) uygulanmıştır³⁷. Standart Anlaşma'da adları belirtilen veya bu anlaşmaya daha sonra katılan uluslararası kuruluşların verecekleri hizmetler ve yapacakları faaliyetler ile hizmetleri verirken ve faaliyetleri yaparken Türkiye'nin sağlayacağı teknik destek ve kolaylıklar antlaşmada belirtilmiştir. Örneğin, anlaşmada belirtilen uluslararası kuruluşların faaliyetleri arasında Türk Devleti'ne tavsiyelerde bulunmak; eğitim ve seminer çalışmaları yapmak; pilot projeleri hazırlamak da sayılmıştır. Türk Devleti'nin sağlayacağı teknik yardım ve hizmetler arasında örneğin personel ve teçhizat temini de sayılmıştır.

Diğer bazı ülkelerin yanı sıra Türkiye, BMMYK'nın operasyonel alanının en yoğun olduğu ülkelerden biridir. 1960 yılından beri iltica ve göç konularında faaliyette bulunan BMMYK'nın Ankara'daki merkez ofisinin yanı sıra İstanbul, İzmir, Gaziantep, Hatay, Şanlıurfa ve Van'da saha ofisleri vardır³⁸.

³⁶ Türkiye Hükümeti ile Birleşmiş Milletler, Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Teşkilâtı, Milletlerarası Sivil Havacılık Teşkilâtı, Milletlerarası Çalışma Teşkilâtı ve Dünya Sağlık Teşkilâtı Arasında Teknik Yardım Teminine Müteadair Esas Anlaşma, RG 10.7.1953/8454. Birleşmiş Milletler, Milletlerarası Çalışma Teşkilâtı, Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Teşkilâtı, Birleşmiş Milletler Eğitim Bilim ve Kültür Teşkilâtı, Milletlerarası Sivil Havacılık Teşkilâtı, Dünya Sağlık Teşkilâtı, Milletlerarası Telekomünikasyon Birliği, Dünya Meteoroloji Teşkilâtı, Milletlerarası Atom Enerjisi Ajansı, Evrensel Posta Birliği ve Hükümetlerarası İstihbarat Denizcilik Teşkilâtı ile Türkiye Hükümeti Arasında Değiştirilmiş Standart Anlaşma, RG 2.2.1966/12216. Anlaşma'nın I(1). maddesine göre, Teşkilâtlar, gerekli fonlarının müsaadesi nisbetinde, Hükümete teknik yardımda bulunacaktır. Hükümetçe hazırlanan ve ilgili Teşkilâtlarla tasvip edilen taleplere müstenid teknik yardım faaliyetlerini yürütmek için müştereken kabul edilecek tatbikat programlarının hazırlanmasında Teşkilâtlar, birlikte veya münferiden, Hükümet ile iş birliği yapacaklardır. Anlaşmanın 1(1). maddesinde sözü edilen teknik yardımdan ne anlaşılması gerektiği aynı maddenin (3). fıkrasında açıklanmıştır. Bu fıkra uyarınca teknik yardımlar (a) Hükümete, vasıtasız veya vasıtalı olarak tavsiye ve yardımda bulunmak üzere, uzman hizmetlerini amade kılmak; (b) müştereken tespit edilecek yerlerde seminerler, eğitim programları, teşhir projeleri, uzman çalışma grupları ve benzeri diğer faaliyetleri organize ve idare etmek; (c) Hükümet tarafından tespit edilip ilgili Teşkilâtlarla tasvip edilen adaylara, memleket dışında etüd yapmalarını veya eğitim görmelerini sağlayacak, burslar vermek veya başka düzenlemeler yapmak; (d) müştereken tespit edilecek yerlerde pilot projeler, deneyler, tecrübe veya araştırmalar hazırlamak ve yapmak; (e) teşkilâtlar ve Hükümetin üzerinde anlaşabilecekleri her nevi teknik yardım sağlamak. Teknik yardımda bulunacak uzmanlar, Hükümet ile istişare etmek suretiyle Teşkilâtlar tarafından seçilecektir. Uzmanlar, ilgili Teşkilâtlara karşı sorumlu olacaklardır. Uzmanlar, vazifelerini yaparken, Hükümet ile ve Hükümetçe gösterilen şahıslar veya makamlar sıkı istişarede bulunacaklar ve görevlerine ve yapılan yardımın mahiyetine uygun olan hususlarda ve ilgili Teşkilâtlarla Hükümetin müştereken anlaştıkları şekilde, Hükümet tarafından verilecek talimata uyacaklardır. Uzmanlar, istişari işlerinin seyri sırasında, Hükümetçe yanlarına verilecek teknik elemanlara, meslekî metotlar, teknikler ve tatbikat ile bunların dayandığı prensipler hakkında bilgi vermek için her türlü gayreti sarf edeceklerdir. Teşkilâtlar tarafından verilen her türlü malzeme ve cihaz, ilgili Teşkilâtlar ile Hükümetin müştereken kabul edecekleri kayıt ve şartlar dahilinde mülkiyetleri devredilmedikçe ve devredilinceye kadar, Teşkilâtların malı olarak kalacaktır. Anlaşmanın IV. maddesine göre, Türkiye (a) gerekli mahallî kâtip, tercüman-mütercimler ve benzeri yardım ile birlikte teknik ve idarî mahallî personel hizmetleri; (b) gerekli büro yeri ve müştemilâtı; (c) memleket dahilinde imal edilen malzeme ve cihazlar; (d) mahallî nakliyat dâhil almak üzere, personel, malzeme ve cihazın resmî maksatlar için taşınması; (e) resmî maksatlar için yapılan posta ve telekomünikasyon masrafları; (f) teknik yardım personeli için memleket memurlarına tanınan tıbbî hizmet ve kolaylıklar doğrudan doğruya sağlamak veya bunlar için para vermek suretiyle teknik yardım masraflarına iştirak edecektir. Daha sonra Bakanlar Kurulu'nun 6/12320 sayılı kararıyla Birleşmiş Milletler Sınai Kalkınma Teşkilâtının (UNIDO) Birleşmiş Milletler ve ona bağlı İhtisas Teşekkülleri arasında 21 Ekim 1965 tarihinde imzalanan Değiştirilmiş Standart Anlaşma'ya taraf olarak katılmasını sağlayan Anlaşma onaylanmıştır (RG 13.11.1969/13325). Ayrıca Hükümetimiz ile Birleşmiş Milletler ve Bazı Uzmanlık Kuruluşları Arasındaki "Değiştirilmiş Teknik Yardım Standart Anlaşması"ndaki Hükümlerin Gerekli Değişikliklerle Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu'nun (UNFPA) Ülkemizdeki Çalışmalarına ve Personeline de Uygulanmasına İlişkin Adı Geçen Fon ile Mektup Teatisi Yoluyla Aktedilen Anlaşma'nın Onaylanması Hakkında Karar (RG 9.5.2000/24044) ile Değiştirilmiş Teknik Yardım Standart Anlaşması'nın kapsamına UNFPA dahil edilmiştir.

³⁷ <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss461.pdf>> accessed 13 March 2019.

³⁸ <<https://www.unhcr.org/tr/turkiyede-unhcr>> accessed 12 November 2018.

III. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Arasında Ev Sahibi Ülke Anlaşması

A. Ev Sahibi Ülke Anlaşmasının Yapılmasının Sebepleri ve Onay Süreci

BMMYK, 1980'lerin ortalarından itibaren Türkiye'de Avrupa dışından gelen yabancılar için mülteci statüsü belirleme (Refugee Determination Status-RDS) işlemleri yapmasına rağmen BMMYK ile Türkiye arasında ev sahibi ülke anlaşması 2016 yılına kadar yapılmamıştı. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonu başkanı Thomas Hammarberg, Türkiye'yi, BMMYK ile antlaşma yapmaya davet etmiş; böyle bir antlaşmanın yapılması halinde BMMYK tarafından mülteci statüsü verilen yabancıların Türk makamlarınca da mülteci olarak kabul edileceğini, Türk makamlarının mülteci statüsü belirlemekle uğraşmak zorunda kalmayacağını; mültecilerin kaldıkları alanların özellikle idari gözetim yerlerinin³⁹, havaalanı transit bölgelerinin İçişleri Bakanlığı'ndan özel izin alınarak değil, her zaman BMMYK tarafından ziyaret edilmesinin sağlanmasının önemine işaret etmiştir⁴⁰.

Türkiye ile BMMYK arasında ev sahibi ülke anlaşması 1 Eylül 2016 tarihinde imzalanmıştır. Anlaşmanın onaylanmasının uygun bulunduğu dair 7094 sayılı Kanunun⁴¹ gerekçesi şöyledir:

“1 Eylül 1960 tarihinde Ankara'da faaliyetine başlayan Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) Türkiye Ofisine 21 Ekim 1965 tarihinde imzalanan “Birleşmiş Milletler, Milletlerarası Çalışma Teşkilatı, Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Teşkilatı, Birleşmiş Milletler Eğitim Bilim ve Kültür Teşkilatı, Milletlerarası Sivil Havacılık Teşkilatı, Dünya Sağlık Teşkilatı, Milletlerarası Telekomünikasyon Birliği, Dünya Meteoroloji Teşkilatı, Milletlerarası Atom Enerjisi Ajansı, Evrensel Posta Birliği ve Hükümetlerarası İstişari Denizcilik Teşkilatı ile Türkiye Hükümeti Arasında Değiştirilmiş Standart Anlaşma” uygun düştüğü ölçüde (mutatis mutandis) uygulanmaktadır. Diğer yandan, 2011 yılından beri Suriye'de yaşanan siyasi ve insani kriz sebebiyle ülkemize sığınan ve ülkemizde geçici koruma altında bulunan Suriyeliler başta olmak üzere, çeşitli uyruklardan sığınmacıları barındıran Türkiye halihazırda dünyada en fazla sığınmacı barındıran ülke konumundadır. Bunun

³⁹ İdari gözetim, kural olarak, bazı yabancıların ülkeye giriş işlemleri veya muhtelif sebeplerle sınır dışı edilen yabancıların sınır dışı işlemleri tamamlanuncaya kadar başvuru istisnai bir tedbir yöntemidir. Türk yabancılar hukukunda idari gözetim, gözetim kararını veren makam, amacı ve sebepleri açısından ceza hukukunda yer alan tutuklama, yakalama ve gözaltına alma müesseselerinden farklıdır. Ayrıca idari gözetim altına alınan yabancılar hapis hanelere değil “geri gönderme merkezlerine” konulmaktadır (Nuray Ekşi, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim*, (Beta 2014) 5, 6). İdari gözetim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim* 5 vd.

⁴⁰ Strasbourg, 1 October 2009 CommDH(2009)31 Report by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, following his visit to Turkey on 28 June-3 July 2009 Issue reviewed: Human rights of asylum seekers and refugees: C:\Documents and Settings\xp user\Desktop\GİGM Makale\Hammeöberg.mht (5.4.2019).

⁴¹ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Arasında Ev Sahibi Ülke Anlaşması ile Anlaşmada Değişiklik Yapılmasına İlişkin Notaların Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun No. 7094, Kabul Tarihi: 8.2.2018, RG 7.3.2018/ 30353.

Madde 1- (1) 1 Eylül 2016 tarihinde Ankara'da imzalanan “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Arasında Ev Sahibi Ülke Anlaşması” ile Anlaşmada değişiklik yapılmasına ilişkin “Notalar”ın onaylanması uygun bulunmuştur.

Madde 2- (1) Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 3- (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

sonucu olarak, BMMYK tarafından dünyadaki en geniş mülteci statü belirleme faaliyetinin yanı sıra, ikinci en kapsamlı yeniden yerleştirme programı ülkemizde icra edilmektedir. Bu itibarla 1 Eylül 2016 tarihinde Ankara'da imzalanan “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Arasında Ev Sahibi Ülke Anlaşması”, söz konusu faaliyetlerin daha etkin şekilde sürdürülmesini ve ülkemizdeki sığınmacıların yaşam standartlarının daha da geliştirilmesine yönelik olarak yapılan yardım faaliyetleri konusunda ülkemizle BMMYK arasındaki iş birliğinin güçlendirilerek ileriye taşınmasını sağlayacaktır. Ayrıca, söz konusu Anlaşma ile 1960 yılından beri ülkemizde faaliyetlerini sürdürmekte olan BMMYK Türkiye Ofisinin hukuki çerçevesi, günümüz koşullarına uygun şekilde düzenlenmiş olacaktır⁴².

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Arasında Ev Sahibi Ülke Anlaşması 2018/11629 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ekinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır⁴³.

B. Ev Sahibi Ülke Anlaşmasında Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğine Tanınan Haklar, Donulmazlıklar, İmtiyazlar ve Kolaylıklar

Ev Sahibi Ülke Anlaşması'nın “BMMYK Ofisi'nin Kuruluşu” başlığını taşıyan 1. paragrafına göre, BMMYK Ofisi, Ankara'da kurulacaktır. BMMYK ev sahibi ülkedeki ofisini bölgesel/alan ofisi olarak tayin edebilir. Bu ofisin diğer bir adı “Ülke Ofisi”dir. BMMYK Ülke Ofisi zaten 1960 yılından beri Ankara'da faaliyette bulunmaktadır. Ev Sahibi Ülke Anlaşması'na göre, Türkiye, BMMYK'nın, Ankara dışında kalan diğer şehirlerde ofis kurmasına yazılı olarak onay verebilir. Ev Sahibi Ülke Anlaşması yürürlüğe girmeden önce BMMYK; İstanbul, İzmir, Gaziantep, Hatay, Şanlıurfa ve Van'da saha ofislerini ihdas etmiştir. Saha ofisleri, ülke ofisinin bir parçasıdır. Ev Sahibi Ülke Anlaşması'nın 2. maddesine göre, BMMYK, ev sahibi ülkede tüzel kişiliğe sahiptir. BMMYK sözleşme yapma, taşınmaz ve taşınır mal edinme, bunlar üzerinde tasarrufta bulunma ve dava açma ehliyetine sahiptir. BMMYK, Türkiye’de, BMMYK Ülke Ofisi Başkanı tarafından temsil edilir. Ev Sahibi Ülke Anlaşması'nın VII. maddesi uyarınca BMMYK Ofisi, dokunulmazlıktan feragat ettiğini açıkça beyan etmedikçe mal ve varlıklarının dokunulmazlığı vardır ve bunlar üzerinde herhangi bir icrai işlem yapılamaz. Bu dokunulmazlık BMMYK'nın belge ve malzemelerini de kapsamaktadır. Görevli ve yetkili makamlar, BMMYK Ülke Ofisi Başkanı'nın onayı olmaksızın BMMYK binasına giremez. Ancak yangın ve benzeri ivedi durumlarda BMMYK Ülke Ofisi Başkanı'na ulaşılamaması halinde binaya girilebilir. BMMYK Ülke Ofisi binası, BMMYK, diğer BM veya ilişkili olduğu örgütler tarafından düzenlenen toplantı, seminer, sergi vb. amaçlarla kullanılabilir. Ayrıca XI. madde uyarınca BMMYK'nın fonları, diğer malları ve resmi taşıtları da dokunulmazlık kapsamına girmektedir. Türkiye, BMMYK'nın Türkiye'deki ofis ve

⁴² <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss461.pdf> (13.11.2018).

⁴³ Karar Sayısı: 2018/11629: Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Arasında Ev Sahibi Ülke Anlaşmasının İlişik Notalarla Birlikte Onaylanması Hakkında Karar, RG 05.06.2018/30442 Mükerrer.

binalarının güvenliğini sağlamakla; BMMYK'nın binalarının yakınında yasaya aykırı şekilde eylem yapanları engellemek ve uzaklaştırmakla yükümlüdür (md. VIII). Üstelik BMMYK'nın fonları, varlıkları ve malları; vergi, resim, ithalat ve ihracat kısıtlamalarından muaftır (md. XII). Ev Sahibi Ülke Anlaşması'nın XIV. maddesine göre, BMMYK personeli, görevleriyle ilgili söylem ve beyanları sebebiyle yargı muafiyetine sahiptir. Haklarında gözaltı, tutuklama, eşyalarına el koyma işlemleri yapılamaz. Suçüstü halinde gözaltı, tutuklama, eşyalarına el koyma işlemlerinden BMMYK Ofisi Başkanı derhal haberdar edilecektir. BMMYK personeli ev sahibi ülkeden askerlik ve diğer zorunlu hizmetlerden muaftır. Seyahatleri herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir. Personel ve ailesi yabancılara ilişkin kısıtlama ve kayıt işlemlerine tabi değildir. BMMYK Ofisi Başkanı, Başkan Yardımcısı ile eşleri ve bakmakla yükümlü oldukları aile bireyleri diplomatik temsilciliklere tanınan ayrıcalık, bağımsızlık ve kolaylıklardan yararlanırlar (md. XV). Türkiye, BMMYK görevlilerine verilen Birleşmiş Milletler Seyahat Belgesi'ni (Laissez-Passer) geçerli bir seyahat belgesi olarak tanıyacaktı. BMMYK'nın çalışanlarına hızlı seyahat kolaylığı sağlanacaktır, vizenin verilmesi kolaylaştırılacaktır (md. XX). BMMYK tarafından kullanılan araçlar, BM ve BMMYK'nın amblem, logo ve işaretlerini kullanabilir (md. XXI).

Türkiye ile BMMYK arasındaki iş birliği V. maddede düzenlenmiştir. Bu maddenin İngilizce metni ile Türkçe metni arasında farklılık vardır. Ev Sahibi Ülke Anlaşması'nın V. maddesinin (1). fıkrası şu şekilde Türkçeye çevrilmeliydi:

“Mültecilere ve –ülke içinde yerinden edilmiş kişiler (internally displaced persons-IDPS) ile ülkelerine geri dönmüş yerinden edilmiş kişiler hariç olmak üzere– BMMYK'nın ilgi alanına giren vatansızlar ve ülkelerine geri dönmüş mülteciler olmak üzere diğer kişilere uluslararası koruma ve insani yardım konularında Hükümet ile BMMYK arasında işbirliği, BMMYK Tüzüğü, BM organları tarafından kabul edilen BMMYK hakkındaki Genel Kurul kararları ve diğer kararlar, 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 35. maddesi ve 1967 Protokolü'nün 2. maddesi esas alınarak yürütülecektir”.

BMMYK Ülke Ofisi, mültecilere ve BMMYK'nın ilgi alanındaki diğer kişilere yönelik projelerin hazırlanması ve gözden geçirilmesi hususunda Türk Devleti ile istişareler yapacak ve iş birliği içinde olacaktır. Kamu kurumları tarafından uygulanacak olup BMMYK tarafından finansmanı sağlanan her türlü projeye ilişkin şartlar BMMYK ile yapılacak olan proje sözleşmesinde belirtilecektir. Türkiye, BMMYK binalarının ihtiyaç duyduğu enerji ve iletişim başta olmak üzere diğer hizmetlere erişimini sağlayacaktır (md. IX). Ayrıca Türkiye, BMMYK'ya haberleşme kolaylığı ve haberleşme dokunulmazlığı sağlayacaktır (md. X).

IV. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği ile İşbirliğine İlişkin Milletlerarası Anlaşmalar ve Yasal Düzenlemeler

A. Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1951 Cenevre Konvansiyonunun Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği ile Âkit Devletler Arasında İşbirliğine İlişkin Hükümleri

BMMYK'nın milli makamlarla iş birliği yapması, 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 35. maddesinde de yer alan bir esastır. Ayrıca iş birliğinin kapsamı 36. madde ile genişletilmiş ve ulusal makamların kendi yasal düzenlemeleri hakkında BMMYK'ya bilgi vermeleri öngörülmüştür. 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun “milli makamların Birleşmiş Milletlerle iş birliği” başlığını taşıyan 35. maddesine göre, âkit devletler, BMMYK veya onu istihdaf edecek diğer herhangi bir BM teşekkülü ile vazifesini ifa sırasında iş birliği yapmayı ve özellikle 1951 Cenevre Konvansiyonu hükümlerinin tatbikinde nezaret vazifesini kolaylaştırmayı taahhüt ederler. Âkit devletler, BMMYK veya onu istihdaf edecek herhangi bir BM teşekkülünün BM'nin yetkili organlarına rapor vermesini teminen mültecilerin hukuki durumu; 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun uygulanması ve mültecilere ilişkin mevcut veya yürürlüğe girecek kanun, tüzük ve kararnameler hakkında bilgi vereceklerdir. 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 36. maddesinde ise âkit devletlerin Konvansiyonun uygulanmasını sağlamak amacıyla uygulamaya koydukları kanun, tüzük ve diğer yasal düzenlemeleri BM Genel Sekreteri'ne göndermeleri öngörülmüştür.

Türkiye, 1951 Cenevre Konvansiyonu'nu coğrafi kısıtlamayla uygulamaktadır. Dolayısıyla, 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 35-36. maddelerinde öngörülen iş birliği ve bilgi verme yükümlülüğü, sadece Avrupa'dan gelen mültecilerle sınırlıdır⁴⁴. Bununla beraber Türkiye ile BMMYK arasında yapılan Ev Sahibi Ülke Anlaşması'nda iş birliğinin kapsamı Avrupa'dan gelen ve Türkiye'de mülteci statüsü talep edenlerle sınırlandırılmamıştır. Diğer bir ifadeyle, Avrupa dışından gelenler de iş birliği kapsamına dahil edilmiştir.

B. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği ile İşbirliğine İlişkin Hükümler İçeren Mevzuat Hükümleri

1. 1994 Yönetmeliği

Göç ve iltica alanında BMMYK ile iş birliğini öngören bir hüküm kısaca “1994 Yönetmeliği” veya “Göç ve İltica Yönetmeliği” olarak anılan Yönetmelikte yer almaktaydı. Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine

⁴⁴ Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, (5th edn, Beta 2018) 218.

Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁴⁵, 1994-2014 yılları arasında yürürlükte kalmıştır⁴⁶. 1994 Yönetmeliği'nin 7. maddesinde BMMYK ve IOM, iş birliği yapılacak kuruluşlar olarak belirtilmişti. Mülga 1994 Yönetmeliği'nin "işbirliği yapılacak kuruluşlar" başlığını taşıyan ve BMMYK ile işbirliğini düzenleyen 7. maddesine göre, İçişleri Bakanlığı, Türkiye'ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye'den ikamet izni talep eden münferit yabancılara ilişkin işlemler ile barınma, iâşe, nakil, üçüncü ülkelere kabul, gönüllü geri dönüş, pasaport ve vize temini gibi hususlarda, diğer bakanlık, kurum ve kuruluşlar ile BMMYK, Uluslararası Göç Örgütü gibi uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum örgütleri ile işbirliğinde bulunabilir. Yine 1994 Yönetmeliği'nin "vize işleri" başlıklı 26. maddesinde mültecilerin gitmek istedikleri ülkeler için vize temini ile ilgili işlemlerin, BMMYK Ankara Temsilciliği ile İstanbul Uluslararası Katolik Muhaceret Komisyonu yetkililerince ve gerektiğinde Dışişleri Bakanlığı aracılığı ile yürütüleceği ifade edilmişti.

Mülga 1994 Yönetmeliği kapsamında, özellikle 1994-2010 yılları arasında Avrupa dışından gelen ve Türkiye tarafından şartlı mülteci statüsü verilen yabancıların güvenli üçüncü ülkelere yerleştirilmelerinde BMMYK ve IOM ile birlikte hareket edilmiştir. 1994 Yönetmeliği, yasal veya yasal olmayan yollardan Türkiye'ye gelen yabancıların sığınma başvurularını valiliklere yapmaları şartını getirmişti. Bu usule uyulmaması "idari icaplara" aykırılık teşkil edeceğinden, BMMYK başvuru yapılmış olsa bile, yabancı sınırdışı edilme tehlikesi ile karşılaşabilecekti. Böyle bir durumda, BMMYK ile yetkili makamların kararları arasında bir tezat ortaya çıkacaktı. Bu sonucu önlemek için BMMYK ile İçişleri Bakanlığı arasında işbirliği tesis edilmişti. "Paralel prosedür" olarak adlandırılan prosedürde, Avrupa dışından gelen ve Türk yetkili makamlarından sığınma talep eden yabancılar aynı zamanda BMMYK'ya başvurarak mülteci statüsü talep etmekteydiler. BMMYK ve İçişleri Bakanlığı, başvuruları incelemekte ve BMMYK mülteci statüsü verdiği yabancıyı, sınırdışı edilmesin diye İçişleri Bakanlığı'na bildirmekteydi. Türkiye, 1951 Cenevre Konvansiyonu'nu coğrafi kısıtlama ile uygulamaktadır. Avrupa dışından gelenlere BMMYK tarafından mülteci statüsü verilse bile Türk mevzuatı açısından bunların hukuki durumu 1994 Yönetmeliği'ndeki ifadesiyle "sığınmacı"ydı. Türkiye, sığınmacılara geçici ikamet izni vermekte ve güvenli üçüncü ülke bulup Türkiye'den ayrılana kadar sığınmacılara koruma sağlamaktaydı. BMMYK Tüzüğü uyarınca, BMMYK, mali kaynakları çerçevesinde, geri dönüşlere ve yeniden yerleşmelere destek vermekte görevlidir. Nitekim BMMK özellikle Göç İdaresi Genel Müdürlüğü (GİGM) merkez ve taşra teşkilatı kuruluna kadar olan süreçte üçüncü ülkelere yerleştirme yapmaktaydı. Diğer bir ifadeyle, BMMYK, güvenli üçüncü ülke bulma

⁴⁵ RG 31.11.1994/22127.

⁴⁶ 1994 Yönetmeliği, Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 61. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Geçici Koruma Yönetmeliği için bkz. RG 22.10.2014/29153.

konusunda sığınmacılara yardımcı olmaktadır. Yerleştirme sayısı bir hayli azalmakla beraber BMMYK halen Türkiye'den üçüncü ülkelere yerleştirme yapmaktadır. ABD, Finlandiya, Avustralya ve Kanada Türkiye'den şartlı mülteci kabul eden üçüncü ülkeler arasında başta gelmekle beraber son yıllarda Türkiye'den şartlı mülteci kabulü önemli ölçüde hatta yok denecek kadar azalmıştır⁴⁷.

2. 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ve Bu Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK'un) muhtelif maddelerinde BMMYK ile yapılacak olan işbirliğinin çerçevesi çizilmiştir; BMMYK'nın bazı faaliyetlerde bulunmasına izin verilmiştir. YUKK'un 59. maddesinde, sınır dışı edilmesine karar verilen ve idari gözetim altına alınan yabancıları BMMYK'nın ziyaret edebileceği belirtilmiştir. YUKK'un "geri gönderme merkezlerinde sağlanacak hizmetler" başlıklı 59(1). maddesinin (c) bendine göre, geri gönderme merkezlerinde; yabancıya; ziyaretçileri, vatandaşı olduğu ülke konsolosluk yetkilisi, BMMYK görevlisiyle görüşebilme imkânı sağlanır. Uluslararası koruma talep eden yabancılar, bazı hallerde idari gözetim altına alınabilir. Bu haller YUKK'un 68(2). maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. İdari gözetim altına alınan uluslararası koruma başvuru sahipleri geri gönderme merkezine yerleştirilirler. YUKK'un 68(8). maddesine göre, idari gözetim altına alınan kişi, usul ve esasları yönetmelikle belirlenmek üzere ziyaretçi kabul edebilir. İdari gözetim altına alınan kişiye yasal temsilcisi, avukat, noter ve BMMYK görevlileriyle görüşme imkânı sağlanır.

YUKK'da, uluslararası koruma süreçlerinde de BMMYK ile iş birliği öngörülmüştür. YUKK'da uluslararası koruma süreçlerinde BMMYK ile iş birliğini düzenleyen iki madde yer almaktadır. Uluslararası koruma süreçlerinde iş birliğini düzenleyen 92. maddesine göre, İçişleri Bakanlığı uluslararası koruma süreçleriyle ilgili konularda, 1173 sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun çerçevesinde BMMYK, Uluslararası Göç Örgütü, diğer uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği yapabilir. 1951 Cenevre Konvansiyonu hükümlerinin uygulanmasına nezaret etme görevini yerine getirmesinde, BMMYK ile gerekli iş birliği sağlanır. İçişleri Bakanlığı, uluslararası koruma başvuru, değerlendirme ve karar süreçlerini belirlemeye, bu amaçla Dışişleri Bakanlığı'nın uygun görüşü alınmak suretiyle BMMYK ile uluslararası anlaşma niteliği taşımayan protokoller yapmaya yetkilidir. BMMYK'nın uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş kişilere sınır kapıları da dâhil olmak üzere erişimi ve başvuru sahibinin de kabul etmesi şartıyla, başvurusuyla ilgili bilgilere erişimi sağlar. BMMYK, başvurunun her aşamasında görüşlerini yetkililere iletebilir.

⁴⁷ Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, (4th edn, Beta 2016) 162.

Uluslararası koruma statüsünün belirlenmesinde, sığınma talebinde bulunan yabancıların beyanlarının doğruluğunun tespiti büyük önem taşımaktadır. İltica başvurusu yapan yabancı ile yapılan mülakatta anlattığı olayların doğruluğu, menşe ülke bilgisi (COI-Country Origin of Information) sisteminde yapılan araştırmayla tespit edilmektedir. YUKK'un 93. maddesiyle, BMMYK ile yapılacak olan işbirliğinin kapsamına "menşe ülke bilgisi" de dahil edilmiştir. Bu madde uyarınca uluslararası koruma başvuruları incelenirken, etkin ve adil karar verebilmek, başvuran tarafından iddia edilen hususların doğruluğunu tespit edebilmek amacıyla menşe, ikamet ve transit ülkelerle ilgili BMMYK kaynakları ve diğer kaynaklardan güncel bilgi toplanabilir.

YUKK'da, başta BMMYK ve IOM olmak üzere olmak üzere diğer uluslararası kuruluşların yanı sıra sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği yapılması öngörülmüştür. YUKK'un 92. maddesine göre, İçişleri Bakanlığı, uluslararası koruma süreçleriyle ilgili konularda, 1173 sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun çerçevesinde BMMYK, IOM, diğer uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği yapabilir. 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun hükümlerinin uygulanmasına nezaret etme görevini yerine getirmesinde, BMMYK ile gerekli işbirliği sağlanır. İçişleri Bakanlığı, uluslararası koruma, başvuru, değerlendirme ve karar süreçlerini belirlemeye yetkilidir. Ayrıca Dışişleri Bakanlığı'nın uygun görüşü alınmak suretiyle BMMYK ile uluslararası anlaşma niteliği taşımayan protokoller yapması için İçişleri Bakanlığı'na yetki verilmiştir. BMMYK'nın, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş kişilere sınır kapıları da dahil olmak üzere erişimi ve başvuru sahibinin de kabul etmesi şartıyla, başvurusuyla ilgili bilgilere erişiminin sağlanması öngörülmüştür. BMMYK, başvurunun her aşamasında görüşlerini yetkililere iletebilir (YUKK md. 92)⁴⁸.

3. Geçici Koruma Yönetmeliği

Geçici Koruma Yönetmeliği'nde⁴⁹ BMMYK ile işbirliğine ilişkin tek hüküm yer almaktadır. Geçici Koruma Yönetmeliği'nin kişisel verilere ilişkin 50. maddesinin (2). fıkrasında GİGM tarafından uygun görülen kişisel verilerin kamu kurum ve kuruluşları ile üçüncü ülkeye yerleştirme çalışmaları kapsamında üçüncü ülke veya BMMYK ile paylaşılacağı ifade edilmiştir. Geçici Koruma Yönetmeliği'nde yazmamakla beraber Türkiye'den Suriye'ye gönüllü geri dönüş yapacak Suriyelilere BMMYK mülakat yapmakta ve gönüllü geri dönüş yaptıklarına ilişkin bir belge düzenlemektedir⁵⁰.

⁴⁸ ibid 289.

⁴⁹ RG 22.10.2014/29153.

⁵⁰ Eksi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 44) 207.

4. Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerine İlişkin Yönetmelik

Kabul ve Barınma Merkezleri İle Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşlettirilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmeliğin⁵¹ 3(1). maddesinin (i) bendinde, merkezler (1) geçici merkez, (2) kabul ve barınma merkezi ve (3) geri gönderme merkezi olmak üzere üç gruba ayrılmış ve her birinin tanımı yapılmıştır. Yönetmeliğin 11(1). maddesinin (h) bendinde merkezlerde kalanların BMMYK ile görüşmesine izin verilmiştir.

5. Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığının 4 Numaralı Kararnamesi

YUKK'un idari yapıya ilişkin hükümlerinde 9 Temmuz 2018 tarihinde KHK-703⁵² ile radikal değişiklikler yapılmıştır. KHK-703 ile YUKK'da yer alan Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'ne ilişkin bütün hükümler yani 103-120. maddeler yürürlükten kaldırılmıştır. KHK-703'un 71. maddesinin en ilgi çekici yönü, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'ne ilişkin hükümlerin tamamını yürürlükten kaldırmasıdır. 15 Temmuz 2018 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin(KararnameNumarası:4)⁵³ Onüçüncü Bölümü'nde158-167.maddeleri arasında Göç İdaresi Genel Müdürlüğü düzenlenmiştir. 4 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin "Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonu" başlığını taşıyan 164(1). maddesine göre, Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonu, GİGM temsilcisi başkanlığında, Adalet ve Dışişleri bakanlıklarınca görevlendirilen birer temsilci ve bir göç uzmanından oluşur. Komisyona, BMMYK Türkiye temsilcisi gözlemci olarak katılmak üzere davet edilebilir.

V. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin Türkiye'deki Faaliyetleri

Daha önce ifade edildiği üzere Türkiye, BMMYK'nın operasyonel alanının en yoğun olduğu ülkelerden biridir. Başta Suriyeliler olmak üzere özellikle 2011 yılından itibaren Türkiye'ye yönelen göç dalgaları, göç ve iltica açısından Türkiye'nin üstlendiği idari, sosyal, siyasi ve ekonomik yükümlülükleri artırmıştır. Bu yükümlülerini yerine getirirken başta GİGM olmak üzere kamu kurumları BMMYK ve IOM de dahil muhtelif kuruluşlarla işbirliği yapmakta; ortak projeler yürütmekte ve muhtelif toplantılar yapmaktadır. 3 Aralık 1949 tarihli ve 319(IV)

⁵¹ RG 22.04.2014/28980.

⁵² Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG 9.7.2018/30473-3. Mükerrer.

⁵³ RG 15.7.2018/30479.

sayılı BM Genel Kurul kararıyla kurulan BMMYK, Türkiye'deki faaliyetlerine 1960 yılında başlamıştır. BMMYK, Türkiye'de faaliyetlerine başladığı zaman henüz Türkiye, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1951 Cenevre Konvansiyonu'nu onaylamamıştı. Türkiye, 1951 Cenevre Konvansiyonu'nu 24 Ağustos 1951 tarihinde imzalamış; 5 Ekim 1961 tarihinde onay kanunu Resmi Gazete'de yayımlanmış⁵⁴ ve 3 Mart 1962 tarihinde Konvansiyon Türkiye açısından bağlayıcılık kazanmıştır⁵⁵. BMMYK, 1960 yılından 2016 yılına kadar olan süreçte, ev sahibi ülke anlaşması olmaksızın Türkiye'deki faaliyetlerini sürdürmüştür. Halen 2016 yılında yapılan Ev Sahibi Ülke Anlaşması uyarınca Türkiye'deki faaliyetlerini sürdürmektedir.

YUKK'dan önce iltica talepleri, 1994-2014 yılları arasında yürürlükte olan ve kısaca "1994 Yönetmeliği" veya "Göç ve İltica Yönetmeliği" olarak anılan Yönetmelikte düzenlenmişti. 1994 Yönetmeliği, 1951 Cenevre Konvansiyonu ile 1967 Protokolü esas alınarak hazırlanmıştı. Bununla beraber 1994 Yönetmeliği'nin uygulama alanı, 1951 Cenevre Konvansiyonu'na nazaran daha genişti. Çünkü 1994 Yönetmeliği, sadece mültecilere değil aynı zamanda sığınmacılara (YUKK'un 62. maddesindeki adıyla "şartlı mültecilere") sınırlarımıza topluca gelen yabancılara ve nüfus hareketlerine yönelik hükümler de getirmekteydi. 1951 Cenevre Konvansiyonu, adından da anlaşılacağı üzere, sadece mültecilere ilişkin düzenleme getirmektedir⁵⁶. 1994 Yönetmeliği kapsamında Avrupa'dan gelenler "mülteci"; Avrupa dışından gelenler ise "sığınmacı" olarak adlandırılmıştı. Diğer bir ifadeyle, 1994 Yönetmeliği'nde, Türkiye'nin 1951 Cenevre Konvansiyonu'na koyduğu coğrafi sınırlamaya uygun olarak Avrupa gelenlere "mülteci"; Avrupa dışından gelenlere "sığınmacı" denilmişti. 1994 Yönetmeliği'nde yer alan "sığınmacı" kavramının yerine YUKK'un 62. maddesinde "şartlı mülteci" kavramı kullanılmıştır. Başka bir ifadeyle, 1994 Yönetmeliği'nde yer alan sığınmacı tanımı YUKK'un 62. maddesinde aynen korunmakla beraber "sığınmacı" kavramı terk edilerek bu kavram yerine "şartlı mülteci" kavramı kullanılmıştır⁵⁷.

BMMYK, 10 Eylül 2018 tarihine kadar olan süreçte, Suriyeliler hariç Avrupa dışından gelen ve iltica talep eden yabancılar için mülteci statüsü belirleme

⁵⁴ Cenevre'de 28 Temmuz 1951 Tarihinde İmzalanmış Olan Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmenin Onaylanması Hakkında Kanun, Kanun No: 359, Kabul Tarihi: 29.8.1961, RG 5.10.1961/10898.

Madde 1- Cenevre'de 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanmış olan Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme ilişkin deklarasyonla birlikte onaylanmıştır.

Madde 2- Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmenin 42 nci maddesinin bahsettiği imkâna uygun olarak, onaylama anında aşağıdaki itirazı kayıt kabul edilmiştir.

"Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, mülteciye Türkiye'de Türk uyruklu kimselerin haklarından fazlasını sağladığı şeklinde yorumlanamaz".

Madde 3- Bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 4- Bu kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

⁵⁵ Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair 1951 Cenevre Konvansiyonu'na taraf devletler, Konvansiyonu'nun imzalandığı, onaylandığı ve bağlayıcılık kazandığı tarihler için bkz. Nuray EKŞİ, Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Temel Mevzuat, 13. baskı, İstanbul 2018, s. 942-950.

⁵⁶ Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 44) 47.

⁵⁷ Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 47) 218-219.

işlemleri yapmıştır. Daha önce muhtelif vesilelerle ifade edildiği üzere YUKK'un yürürlüğe girmesine kadar olan süreçte Avrupa ülkeleri dışından gelen ve sığınma talebinde bulunan yabancılar paralel prosedüre tabiydiler. Çünkü 1951 Cenevre Konvansiyonu'na, Türkiye coğrafi kısıtlama koyduğundan sadece Avrupa'dan gelenlere mülteci; diğer ülkelere gelenlere ise sığınmacı –YUKK'un 62. maddesindeki ifadeyle şartlı mülteci muamelesi– yapmaktaydı. Avrupa dışından gelenler, sığınma taleplerini BMMYK ve İçişleri Bakanlığı'na yapabilmekteydiler. Başvuruların aynı anda her iki makama yapılması sebebiyle bu prosedür, “paralel prosedür” olarak adlandırılmaktaydı. Paralel prosedürde, İçişleri Bakanlığı ile BMMYK işbirliği yapmakta ve sorumluluk paylaşmaktaydı. BMMYK'ya sığınma talebinde bulunan ve Avrupa dışından örneğin, İran'dan ve Irak'tan gelen yabancılar, güvenli üçüncü ülkelere yerleştirilmekteydi. BMMYK'dan koruma talep eden yabancıların İçişleri Bakanlığı'ndan da koruma talep etmesine engel bir durum yoktu. Bununla beraber, İçişleri Bakanlığı, BMMYK tarafından talebi reddedilen yabancıların sığınma talebini olumlu şekilde sonuçlandırmamaktaydı. Paralel prosedürde, BMMYK ile İçişleri Bakanlığı arasındaki işbirliği son derece önem taşımaktaydı. Türkiye'deki BMMYK ofisleri, iltica talebiyle kendisine başvuran yabancılar, dosyanın İçişleri Bakanlığı ile paylaşılması için izin formu doldurtmaktaydı. BMMYK, bilgi paylaşımına gitmekle beraber başvuruların gizliliği esası uyarınca tam bir bilgi paylaşımı her zaman gerçekleştirilememekteydi. BMMYK veya İçişleri Bakanlığı'nca sığınma talebi reddedilenler, İçişleri Bakanlığı tarafından sınırırđı edilmektedir⁵⁸.

2008 yılından itibaren BMMYK, Türkiye'de kurumsal yapının ve idari kapasitenin güçlendirilmesi çalışmalarına katkıda bulunmuştur. Özellikle YUKK'un ve YUKK'a ilişkin yönetmeliklerin hazırlık süreçlerine katılmış; seminerler, çalıştaylar, yuvarlak masa toplantıları, konferanslar, paneller düzenlemiş; sivil toplum ve devlet kurumları arasında işbirliğini geliştirmeye çalışmıştır⁵⁹. GİGM'in kurulmasından sonra da bu faaliyetlerini sürdürmüş ve sürdürmeye devam etmektedir. Ayrıca GİGM'in kurulduğu 11 Nisan 2013 tarihinden 10 Eylül 2018 tarihine kadar olan süreçte Avrupa dışından gelen yabancıların uluslararası koruma başvurularının GİGM tarafından kayıtlarının alınması ve kayıtları alındıktan sonra belirli illere sevk edilmeleri de dahil olmak üzere GİGM'e destek olmuştur. GİGM'e mobil kayıt merkezleri başılamıştır. Diğer bir ifadeyle BMMYK 10 Eylül 2018 tarihinden önce, Suriyeliler hariç, Avrupa dışından gelen yabancıların yaptığı uluslararası koruma başvurularını almakta, başvurusunu aldığı yabancıya sevk mektubu vermekte ve başvurularını aldığı yabancıları bu mektupla beraber kayıt yaptırmaları için ilgili il göç idaresi müdürlüklerine yönlendirmekteydi. İl göç idaresine kayıt yaptıran yabancılar, Türkiye'de yasal olarak kalabilmekte ve hizmetlere erişebilmektedir. BMMYK,

⁵⁸ Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 47) 218-219.

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı)*, (Beta 2012) 9-27.

10 Eylül 2018 tarihinden itibaren Türkiye’de kayıt işlemleri artık yapmayacağını; uluslararası koruma talep eden yabancıların ilgili göç idaresi müdürlüklerine başvurması gerektiğini duyurmuştur⁶⁰.

10 Eylül 2018 tarihinden itibaren BMMYK’nın uluslararası koruma ihtiyacı olan yabancılarla ilgili olarak Türkiye’deki faaliyetleri, bilgilendirme ve danışmanlık hizmetleriyle sınırlandırılmıştır. Bu hizmetler eğitim faaliyetleri ve danışmanlık; hukuki danışmanlık ve destek; psikolojik ve psikiyatrik danışmanlık ve destek; özel ihtiyaç sahiplerinin hak ve hizmetlere erişimine yönelik danışmanlık olarak belirtilmiştir⁶¹. Ayrıca yardım başvurusu yapıldıktan ve bu başvuru bir incelemeden geçirildikten sonra tıbbi ve yasal işlemler için tercüman desteği; sosyal ve maddi yardım amaçlı ev ziyaretleri; Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı, il göç idaresi müdürlükleri, GİGM, mahkeme ve barolar gibi devlet kurumlarına sunulacak dilekçelerin yazımında yardım da yapmaktadır⁶². BMMYK, başta GİGM, AFAD, Aile Sosyal Hizmetler ve Çalışma Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı olmak üzere muhtelif bakanlık, kamu kurumu ve STK’larla operasyonel ortaklık ilişkisi içindedir. BMMYK, birçok sivil toplum kuruluşuyla da operasyonel faaliyetlerini sürdürmektedir. BMMYK, uluslararası koruma ihtiyacı olan yabancıları, özellikle Göçmenlerle Dayanışma Derneği (SGDD/ASAM) ile İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı’na (İKGV) yönlendirmektedir.

BMMYK’nın Türkiye’deki faaliyetlerini daraltma düşüncesinin filizlenmesine yol açan etkenler arasında Türkiye’nin idari kapasitesini artırması ve geniş kapsamlı yasal düzenlemeler yapması da yer almaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere son yıllarda BMMYK’nın Türkiye’deki faaliyetlerini daraltma yönündeki düşüncesi tam olarak hayata geçirilememiştir. Ancak BMMYK’nın Türkiye’de yaptığı faaliyetlerin yanı sıra Türkiye’nin göç ve iltica alanında idari kapasitesini artırması; insan hakları odaklı bir göç ve iltica politikası izlemesi; iltica sistemi içinde yer alanların haklara erişiminde yaşanan sorunların ortadan kaldırılması; muhtelif uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum örgütleriyle yürütülen projelerle Türkiye’nin göç ve iltica açısından cazip hale getirilmesi; Türkiye’nin kara ve deniz sınırlarının göçü önlemede yetersiz kalması; Yunanistan ve İran başta olmak üzere bazı ülkelerin yasadışı olarak ülkelerinde bulunan yabancıları sistematik olarak Türkiye sınırlarına zorla bırakması, göçün özellikle yasadışı göçün Avrupa’dan Türkiye’ye kaymasına; Türkiye’nin kapasitesinin çok üstünde yasadışı göçmen sayısı ile karşı karşıya kalmasına neden olmuştur.

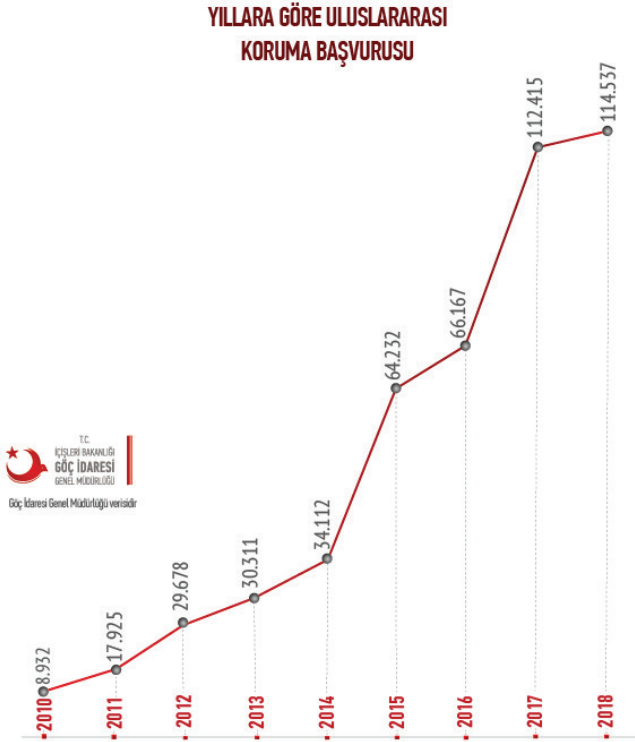
⁶⁰ <http://help.unhcr.org/turkey/tr/information-for-non-syrians/reception-registration-and-rsd-with-unhcr/> (23.11.2018).

⁶¹ <http://help.unhcr.org/turkey/tr/how-to-seek-help/> accessed 24 November 2018.

⁶² <http://help.unhcr.org/turkey/tr/how-to-seek-help/> accessed 24 November 2018.

Özellikle 2008 öncesinde Türkiye'nin idari ve yasal kapasitesinin yetersiz olduğu düşüncesiyle Türkiye'ye gelen ve iltica talep edenlerin üçüncü ülkelere yerleştirilmesinde rol oynayan BMMYK, artık bu görevini etkin bir şekilde yerine getirmekten bilinçli olarak kaçınmaktadır. Oysa BMMYK aracılığıyla gerçekleştirilen yeniden yerleştirmeler (resettlement) Türkiye gibi sürekli kitlesel göç akımlarına maruz kalan bir ülke açısından son derece önemlidir. Yeniden yerleştirme, Türkiye'nin idari, siyasi ve ekonomik yükünün azaltılmasının yanı sıra Türkiye'de iltica sistemi kapsamında kalan kişilere karşı daha insan hakları odaklı bir politikanın izlenmesinin de aracı olacaktır.

2011 yılından itibaren Türkiye'de bulunan yasadışı göçmen ve iltica talep edenlerin sayısında inanılmaz bir artış olmuştur. Bu artışın temel sebeplerinden biri Suriye krizi sebebiyle açık kapı politikasının izlenmesidir. 2011 yılından önce yasadışı göçmen sayısı, 2011 yılı ve sonrasındaki gelişmeler sonucu Türkiye'ye yönelen yasadışı göç sayısı ile kıyaslanamayacak ölçüde azdı. Aynı şekilde Avrupa dışından gelip de iltica talep edenlerin sayısı da azdı. 28.03.2019 tarihi itibarıyla kayıtlı Suriyeli sayısı 3.641.344'tür.



Kaynak: http://www.goc.gov.tr/icerik6/uluslararasi-koruma_363_378_4712_icerik (6.4.2019).

BMMYK tarafından Türkiye’den üçüncü ülkelere yerleştirilenlerin sayısı aşağıdaki tabloda belirtilmiştir.

Yıl	Yerleştirilen Sayısı	Yerleştirmede İlk 5 Sırada Olan Ülkeler				
2005	2,059	ABD	Kanada	Finlandiya	Avustralya	Hollanda
2006	1,994	ABD	Kanada	Avustralya	Finlandiya	
2007	5,287	ABD	Kanada	Avustralya	Finlandiya	
2008	7,590	ABD	Avustralya	Kanada	Norveç	
2009	6,731	ABD	Avustralya	Kanada	Norveç	
2010	6,871	ABD	Kanada	Avustralya	Norveç	İsveç
2011	6,472	ABD	Kanada	Avustralya	Norveç	
2012	7,907	ABD	Avustralya	Kanada	Norveç	Finlandiya
2013	10,251	ABD	Kanada	Avustralya	Almanya	Finlandiya
2014	15,717	ABD	Kanada	Avustralya	Norveç	İsveç
2015	18,260	ABD	Kanada	Avustralya	Birleşik Krallık	Norveç
2016	28,915	ABD	Kanada	Almanya	Fransa	Birleşik Krallık
2017	17,166	Almanya	ABD	Hollanda	Fransa	Norveç
2018	16,042	Almanya	ABD	Kanada	Hollanda	Fransa

Kaynak: BMMYK Ülke Ofisi 19.03.2019 tarihli e-mail ile gönderilen tablo

Her iki tablo karşılaştırıldığında Türkiye’den iltica talebi fahiş şekilde artmasına rağmen BMMYK tarafından yapılan yerleştirmelerde sayısında artış yerine azalma vardır. Oysa artan iltica taleplerine bağlı olarak ağır bir yükümlülük altına giren Türkiye’nin yükünün bir nebze azaltılması ve yük paylaşımı açısından BMMYK’nın inisiyatif olarak geçmişe nazaran daha fazla yerleştirme yapması gerekmektedir. Örneğin, 2010 yılında 8.932 yabancı uluslararası koruma talep etmiş; BMMYK 6.871 yerleştirme yapmıştır. 2018 yılında 114.537 yabancı uluslararası koruma talep etmiş; BMMYK 16.042 yerleştirme yapmıştır.

Üçüncü ülkelere yerleştirme yapmanın, BMMYK’nın görevi olmadığı söylemleri ise doğru değildir. Çünkü BMMYK’nın Tüzüğü’nde yer alan birçok maddeden yeniden yerleştirmenin de BMMYK’nın görevi olduğu açıkça anlaşılmaktadır. BMMYK’nın Tüzüğü’nün I. Bölümünün 2. paragrafının (f) bendine göre, mültecilere, normalde ulusal makamlarca yabancılara verilen evrakı ve seyahat belgesini, özellikle mültecilerin yeniden yerleştirilmelerini sağlayacak evrakı verecektir⁶³. Aynı maddenin (g) bendi⁶⁴ uyarınca mültecilerin malvarlığının transfer edilmesi ve özellikle yeniden yerleştirilmesi için gerekli izinleri alabilmeleri için hükümetler ile BMMYK arasında işbirliği yapılacaktır. Ayrıca BMMYK’nın Tüzüğü’nün 9. maddesinin metni şöyledir:

⁶³ (f) Providing refugees with travel and other documents such as would normally be provided to other aliens by their national authorities, especially documents which would facilitate their resettlement.

⁶⁴ (g) Permitting refugees to transfer their assets and especially those necessary for their resettlement.

9. BMMYK, elindeki imkânlarla bağlı olarak mültecilerin ülkelerine geri dönmesi ve yeniden yerleştirilmeleri (resettlement) de dahil olmak üzere ek faaliyetlerde (additional activities) bulunacaktır⁶⁵.

Yine BMMYK'nın Tüzüğü'nün 8. maddesinin (c) bendinde⁶⁶, mültecilerin ülkelerine geri dönmesi için hükümet veya özel kurumlar tarafından yapılan çabaların teşvikine destek vermesi öngörülmüştür. Aynı maddenin (e) bendine göre, BMMYK, mültecilerin malvarlığının transfer edilmesi ve özellikle yeniden yerleştirmeleri için gerekli izinlerin alınmasında çaba sarf edecektir⁶⁷. Zaten 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun "emvalin transferi" başlığını taşıyan 30. maddesine göre, her âkit devlet, mültecilerin, ülkesine ithal ettikleri emvali, yerleşmek üzere kabul edilecekleri diğer bir memleketin ülkesine, kendi kanun ve nizamlarına göre nakletmelerine müsaade eder. Her âkit devlet, yerleşmek üzere kabul oldukları diğer bir memlekette yerleşmelerine lüzumlu herhangi diğer emvali götürmek için müsaade isteyen mültecilerin müracaatlarını müsait surette tetkik eder.

O halde, bazı söylemlerin aksine, mültecilerin yeniden yerleştirilmesi BMMYK'nın görevleri arasındadır. BMMYK'nın bu görevi, Tüzüğü'nde açıkça belirtilmiştir. BMMYK'nın bu görevi yerine getirmesinde karşılaşıcağı tek sınırlama mali olanaklarıdır. BMMYK bu görevi olanakları ölçüsünde yerine getirecektir. 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 35. maddesi uyarınca yeniden yerleştirmelerde, hem mültecinin bulunduğu devlet hem de mültecinin yeniden yerleştirileceği devlet, BMMYK ile işbirliği yapacaktır.

Sonuç

BMMYK'nın temel görev alanına, 1951 Cenevre Konvansiyonu kapsamında mülteci statüsü almak için başvuru yapan veya bu statüyü alan yabancılar girmektedir. Bununla beraber BM Genel Kurul kararlarıyla BMMYK'nın görev alanı genişletilmiştir. BMMYK, mülteci tanımına girmeseler bile ülkesi içinde yerinden edilenlere (internally displaced persons-IDPs)⁶⁸, vatansızlara, hassas gruplara, özel ihtiyaç sahiplerine ve hatta yasadışı göçmenlere yönelik olarak bazı faaliyetlerde bulunmaktadır⁶⁹. BMMYK'nın, faaliyetlerini ülkesi içinde yerinden edilenlere,

⁶⁵ 9. The High Commissioner shall engage in such additional activities, including repatriation and resettlement, as the General Assembly may determine, within the limits of the resources placed at his disposal.

⁶⁶ (c) Assisting governmental and private efforts to promote voluntary repatriation or assimilation within new national communities.

⁶⁷ (e) Endeavouring to obtain permission for refugees to transfer their assets and especially those necessary for their resettlement.

⁶⁸ Christiane Ahlborn, "The Normative Erosion of International Refugee Protection through UN Security Council Practice" (2011) Volume 24 Leiden Journal of International Law 1015.

⁶⁹ Ayrıca BM Güvenlik Konseyi'nin barış operasyonları kapsamında ülkesi içinde yerinden edilen insanların ülkelerini terk edip diğer ülkelere giderek iltica taleplerini engellediğini; çatışma bölgelerinde BMMYK'nın rolünü artırarak bu bölgelerde BMMYK'yı söz konusu barış operasyonlarının bekçisi haline getirdiği; böylece BMMYK'nın Tüzüğü'nde ifadesi bulan siyasi olmayan bir organ olmadan uzaklaştırdığına ilişkin eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ahlborn (n 68) 1009-1027.

iklim değışiklikleri veya doğal afetlerden etkilenenlere, şehirleşme sebebiyle yer değıştirenlere, çöken veya kırılğan devletlere ve rejim yayılması tehditlerine de yayması⁷⁰, mülteci krizi olmayan ülkeler de dahi etkin bir rol almasına neden olmuştur.

BMMYK'nın Tüzüğü'nde de, BMMYK'nın mültecilere ilişkin görevleri belirlenmiştir. Belirtilen görevler arasında, mültecilerin “gönüllü olarak geri dönüşlerini” sağlamak ve “gönüllü geri dönüşlerde yardımcı olmak” da yer almaktadır. Ayrıca BMMYK Tüzüğü'nde mültecilerin yeniden yerleşimleri için gerekli işlemleri yapmak da BMMYK'nın görevleri arasında yer almaktadır. 1980'li yıllardan itibaren Avrupa dışından gelen ve iltica talep eden yabancıların Türkiye'den güvenli üçüncü ülkelere yerleştirilmesinde BMMYK öncü bir rol oynamıştır. Ancak BMMYK'nın bu rolü, YUKK'un hazırlık çalışmalarının başlamasından itibaren giderek azalmıştır. Hatta BMMYK, Eylül 2018'den itibaren Türkiye'deki operasyonlarını, danışmanlık ve yardım hizmetleri çatısı altında toplamıştır. BMMYK'nın Tüzüğü'nde belirtilen gönüllü geri dönüşlere ve yeniden yerleştirmelere yardımcı olma faaliyetleri ise, neredeyse hiç gerçekleştirilmemektedir.

Türkiye, halen dünyada en çok uluslararası koruma başvurusu yapılan ve uluslararası koruma veya geçici koruma verilen yabancıyı barındıran ülkelerin başında gelmektedir. Üstelik Türkiye'de uluslararası koruma başvurusu yapan veya uluslararası koruma alan yabancıların sayısının azalması yerine artması beklenilmektedir. BMMYK'nın Türkiye'deki operasyonel faaliyetlerini danışmanlık ve yardım hizmetleriyle sınırlandırması, Türkiye'de BMMYK'yı Kızıllaç ve Kızılay gibi bir kurum haline dönüştürmekten başka bir anlam taşımamaktadır. Türkiye, iltica alanında kendi sorumluluklarıyla şu an başa çıkabilmektedir. Üstelik BMMYK tarafından verilen danışmanlık ve yardım hizmetleri, Türkiye'nin yasadışı göçün cazibe noktası haline gelmesine katkıda bulunmaktadır. BMMYK'nın Türkiye'deki operasyonlarını yardım ve danışmanlığa dönüştürmesi, bizzat kendi Tüzüğü'ne aykırıdır. Ancak BMMYK'nın Türkiye'deki asıl görevi, yeniden yerleştirme ve gönüllü geri dönüş desteği vermek; diğer devletlerin yük veya sorumluluk paylaşımı (burden sharing or responsibility sharing)⁷¹ konusunda bazı adımlar atmalarını sağlamak olmalıdır. Bu sayede sayılar ve Türkiye'nin mali yükü az da olsa azaltılabilecek; gerçekten korumaya ihtiyacı olan yabancılara daha iyi imkânlarla koruma sağlanabilecektir. Aksi halde yakın bir zamanda artan sayılara, maliyete ve Türk vatandaşlarının tepkilerine bağlı olarak ortaya çıkacak sorunlarla başa çıkmada zorluklar yaşanabilecektir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Betts, Loescher and Milner, (n 5) 133-145.

⁷¹ Yük/sorumluluk paylaşımının “mali yük paylaşımı” veya “fiziksel yük paylaşımı” şeklinde gerçekleştirilmesi hakkında bkz. Rebecca Dowd and Jane McAdam, “International Cooperation and Responsibility Sharing to Protect Refugees: What, Why and How?”, (2017) Volume 66 International and Comparative Law Quarterly 875-879.

Kaynakça/References

- Ahlborn C, "The Normative Erosion of International Refugee Protection through UN Security Council Practice", (2011) Volume 24 Leiden Journal of International Law 1009-1027.
- Amerasinghe CF, *Principles of the Institutional Law of International Organizations* (2nd edn, Cambridge University Press 2005).
- Baruteiski M, "The Limits to the UNHCR's Supervisory Role" in James C. Simeon (eds), *The UNHCR and the Supervision of International Refugee Law* (Cambridge University Press 2013).
- Betts A, Loescher G and Milner J, *The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR): The Politics and Practice of Refugee Protection* (2nd edn, Routledge 2012).
- Dowd R and McAdam J, "International Cooperation and Responsibility Sharing to Protect Refugees: What, Why and How?" (2017) 66 International and Comparative Law Quarterly, 863-892.
- Dunoff LJ, "Chapter 5: Is Sovereign Equality Obsolete?, Understanding Twenty-First Century International Organizations" in Janne E Nijman and Wouter G Werner (eds), *Netherlands Yearbook of International Law Editors* (2012) 99-127.
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5th edn, Beta 2018).
- Ekşi N, *Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Temel Mevzuat*, 13th edn, Beta 2018).
- Ekşi N, *Geri Gönderme Merkezlerinin Denetlenmesine İlişkin Kılavuz İlkeler*, İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü-Uluslararası Göç Örgütü-IOM, (Ankara, 2017).
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, (4th edn, Beta 2016).
- Ekşi N, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim*, (Beta 2014).
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı)* (Beta 2012).
- Juss SS, "The UNHCR Handbook and the Interface between Soft Law and Hard Law in International Refugee Law" in Satvinder Singh Juss and Colin Harvey (eds), *Contemporary Issues in Refugee Law*, (Cheltenham 2013) 31-67.
- Kälın W, "Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Article 35 and Beyond" in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (eds), *Refugee Protection in International Law* (Cambridge University Press 2003) 613-666.
- Klabbers J, *An Introduction to International Institutional Law*, (Cambridge University Press 2002).
- Lewis C, *UNHCR and International Refugee Law: From Treaties to Innovation*, (Routledge 2012).
- Sands P and Klein P, *Bowett's Law of International Institutions*, (Sweet& Maxwell 2001).
- Saraçlı M, *Uluslararası Hukukta Yerinden Edilmiş Kişiler* (Seçkin 2011).
- Thomas Hammarberg, "Human Rights of Asylum Seekers and Refugees" (Strasbourg, 1 October, 2009) CommDH (2009)31.
- TÜRK Volker, "The UNHCR's Role in Supervising International Protection Standards in the Context of its Mandate" in James C. Simeon (eds), *The UNHCR and the Supervision of International Refugee Law* (Cambridge University Press 2013) 39-58.
- UN General Assembly, Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 14 December 1950, A/RES/428(V) <www.refworld.org/docid/3ae6b3628.html> accessed 30 December 2018.
- UN General Assembly, Refugees and Stateless Persons, (3 December 1949) A/RES/319 (IV) <https://www.refworld.org/docid/3b00f1ed34.html> [accessed 30 March 2019].

UN Commission on Human Rights, Report of the Representative of the Secretary-General, Mr. Francis M. Deng, 1997/39. Addendum: Guiding Principles on Internal Displacement, (11 February 1998), E/CN.4/1998/53/Add.2 <https://www.refworld.org/docid/3d4f95e11.html> accessed 30 December 2018.

Uzun E, “Uluslararası Hukuk Çerçevesinde BMMYK’nın Yapısı, Görevleri ve Uluslararası Mülteci Hukukunun Gelişimindeki Yeri”, (2014) 2(2) Göç Araştırmaları Dergisi, 61-85.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 22.04.2019
Revizyon Talebi: 26.05.2019
Son Revizyon Tarihi: 01.06.2019
Kabul: 02.06.2019

Tahkim Alanında Toplumsal Cinsiyetin Yansımaları (Hakem Seçiminde Cinsiyet Çeşitliliği)

Seda Özmumcu*

Öz

Tahkim kavramı, genel olarak uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında ve tahkime elverişli olan konularda, bir hakem veya hakem kurulu aracılığı ile çözüme kavuşturulmasını ifade etmektedir. Tahkimin tarihçesi ile ilgili eserler incelenirse; bu kurumun çok eski zamanlardan beri mevcut olduğu görülecektir. Ancak günümüzün modern toplumlarında tahkim, bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak her ülkenin ulusal ve uluslararası yasal düzenlemeler ile kabul ettiği kurallara bağlı bulunmaktadır. Modern toplumlarda özellikle şirketler arasında hızla değişen ve gelişen ticari hayat ile birlikte tahkim bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak daha yaygın kullanılmaktadır.

Bununla birlikte dünya genelinde tahkim alanında çalışan kadınların sayısının erkeklere kıyasla daha az olduğu ve buna neden olan çeşitli etkenlerin bulunduğu görülmektedir. Bu makalenin amacı, tahkim alanında toplumsal cinsiyet eşitsizliğine sebep olan bu sorunları tespit etmektedir. Uluslararası planda hakem heyetlerine atanmak için çaba gösteren kadın hukukçular, tahkim sahasında önlerine çıkan görünen veya görünmeyen bu engelleri aşmak için, erkek hakemlere göre çok daha fazla çalışmak ve bu şekilde deneyim kazanmaya ihtiyaç duymaktadır. Konuyu ülkemiz açısından değerlendirdiğimizde ise, Türkiye’de hakem heyetlerinde görev üstlenen kadınların sayısı hakkında yeterli istatistik veri olmadığı için, bu konuda bir oran vermek mümkün değildir. Fakat tahkim, ülkemizde de kadın hakem sayısının artması bakımından gelişmeye ve desteklenmeye açık bir alandır. Bu alanın geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması için de gerekli çalışmalar yapılmalıdır.

Anahtar Kelimeler

Tahkim • Hakem • Cam tavan • Boru hattı • Toplumsal cinsiyet

Reflection of Gender in the Field of Arbitration (Gender Equality in Arbitral Appointments)

Abstract

The concept of arbitration generally refers to resolution of disputes outside the state’s judiciary through an arbitrator or an arbitral tribunal for subjects that are arbitrable. If the works regarding the history of arbitration are examined, it will be seen that this concept was existent for a long period of time. However; in today’s modern societies, arbitration as a dispute resolution method is based on rules that are accepted by each country through national and international legislation. Arbitration is being used more often by modern societies as a dispute resolution method, especially with the fast changing and developing commercial relationships among companies.

Together with this, around the globe it is seen that there are less women working in the field of arbitration compared to men and there are several factors causing this. The aim of this article is to determine the problems that are causing gender inequality in the field of arbitration. Women that show effort in order to be appointed as arbitrators in arbitral tribunals in an international scope require to work and gain more experience compared to men in order to overcome the obstacles that are either visible or invisible. When we examine the situation in Turkey, since there is not sufficient statistical data on number of woman taking part in arbitral tribunals in Turkey, it is not possible to give a ratio in this matter. Still, arbitration is open for development and support in terms of enhancing the number of woman arbitrators in our country. Necessary work should be done in order to develop and generalize this field.

Keywords

Arbitration • Arbitrator • Glass ceiling • Pipeline • Gender

* Sorumlu Yazar: Seda Özmumcu (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye.
Eposta: ozmumcu@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-6395-8668

Atf: Özmumcu S, “Tahkim Alanında Toplumsal Cinsiyetin Yansımaları” (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 371
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0006>

Extended Summary

The concept of arbitration generally refers to resolution of disputes outside the state's judiciary through an arbitrator or an arbitral tribunal for subjects that are arbitrable. If the works regarding the history of arbitration are examined, it will be seen that this concept was existent for a long period of time. However; in today's modern societies, arbitration as a dispute resolution method is based on rules that are accepted by each country through national and international legislation. Arbitration is being used more often by modern societies as a dispute resolution method, especially with the fast changing and developing commercial relationships among companies.

Together with this, around the globe it is seen that there are less women working in the field of arbitration compared to men and there are several factors causing this. Among those factors the obstacle defined as pipeline, under the headline of supply-side problems, comes first. Pipeline shows that even women are successful in the field of arbitration, they are not appointed as arbitrators as much as they should and hence not represented well in the arbitral community. Another factor which prevents women from working in the field of arbitration is the barrier called glass ceiling. Glass ceiling, as a concept means artificial and invisible barriers which are created by behavioral and corporate prejudice that prevent women from reaching high level management positions in business life.

When examined worldwide, the fact that the number of women aiming to act as arbitrators in an arbitral tribunal is so low shows the difference dramatically compared to women working in different fields of law (such as lawyers, judges, prosecutors and notaries).

However, the existence of gender equality in the field of arbitration is of paramount importance for the implementation of this method in a fair and effective process. In other words, gender diversity is a particularly necessary element in the effectiveness and fairness of arbitration. In arbitration panels, having various arbitrator groups (in terms of color, race, culture and gender) within the arbitral tribunal is also important in terms of the democratic representation of the parties in disputes. This also helps all parties have equal changes to achieve justice. In this sense, the diversity of the arbitrators who form the arbitration panels will provide greater credibility to the arbitration process in the eyes of the parties to the dispute. In other respects, the variety of arbitrators can bring different perspectives and problem-solving skills to the table and bring creative solutions to the problem, which, when viewed from a single point of view, are not possible. In fact, choosing more women arbitrators in panels may result in more equitable decisions, which are not based on conscious or unconscious gender prejudices. This result was supported by several studies that analyzed the effects of gender and arbitrator on arbitral awards. On the other side, the

inclusion of more women arbitrators on panels will help to reduce the majority of the problems associated with "group-think" or group decision making.

The aim of this article is to determine the problems that are causing gender inequality in the field of arbitration. Women that show effort in order to be appointed as arbitrators in arbitral tribunals in an international scope require to work and gain more experience compared to men in order to overcome the obstacles that are either visible or invisible. When we examine the situation in Turkey, since there is not sufficient statistical data on number of woman taking part in arbitral tribunals in Turkey, it is not possible to give a ratio in this matter. Still, arbitration is open for development and support in terms of enhancing the number of woman arbitrators in our country. Necessary work should be done in order to develop and generalize this field.

Giriş

Bu çalışmanın konusu, günümüzde genel olarak bakıldığında, ilk bakışta alternatif uyuşmazlık çözümleri kapsamında yer alan ve aslında uyuşmazlık taraflarının, anlaşmazlıkları için devlet yargısına başvurmalarının bir alternatifi olarak değerlendirilen tahkim alanında, toplumsal cinsiyetin yansımaları hakkında bir değerlendirmeyi hedef almaktadır. Batı hukuklarında bu konuda yapılan çeşitli bilimsel çalışmalar, tahkim alanında, toplumsal cinsiyet bakımından kadın ve erkek hakemler arasında tam bir eşitlik olmadığını göstermektedir.¹ Bu çalışmanın amacı da dünya genelinde, tahkim alanında kadın ve erkek hakemler arasında toplumsal cinsiyet bakımından ortaya çıkan sorunları gündeme getirmeyi hedeflemektedir.

I. Tahkim Alanında Cinsiyet Ayırımının Uyuşmazlık Çözümüne Etkileri

A. Tarihsel Süreç

Tahkim alanında kadınların mevcut durumları hakkında bir sonuca gidebilmek için, bu konuyu öncelikle bir bütün olarak ele alarak, hukuk alanında kadınların yükselişi ile değerlendirmek gerekmektedir. Batı hukuklarında tarihsel süreçte bakıldığında, hukuk mesleği alanında erkeklerin daha egemen olmalarına rağmen, son yıllarda kadınların da bu konuda önemli adımlar attıkları görülmektedir. Günümüzde üniversite öğrencilerinin tamamının yarısından fazlasını ve yaklaşık olarak hukuk fakültesi öğrencilerinin de yarısından fazlasını kadınlar oluşturmaktadır.² Bu durum, Amerika Birleşik Devletleri'nde özel sektördeki iş gücünün yarısından fazlasını meydana getirmektedir. Bununla birlikte iş dünyasındaki bu başarının, tahkim dünyasındaki gerçeği yansıtmadığı ifade edilmektedir.³

Amerika Birleşik Devletleri'nde, 1985 yılında yapılan bir araştırmaya göre, tahkim alanında görev yapan hakemlerin %90'nını erkeklerin oluşturduğu belirtilmiştir.⁴

¹ Amerika Birleşik Devletleri'nde 2014 yılında Marquette Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından Amerikan Barolar Birliği (American Bar Association) *Uyuşmazlık Çözümü Bölümü, Uyuşmazlık Çözüm Komitesi*'nin desteği ile yürütülen bir araştırma programında, uyuşmazlık çözümlerinde cinsiyet farklılıkları üzerine hazırlanan bu araştırmanın sonucuna göre, kadın ve erkek hakemler arasında sayısal bir eşitlik olmadığı gözlenmiştir (Bu konuda geniş bilgi için Bkz. Gina Viola Brown/Andrea Kupfer Schneider, "Gender Difference in Dispute Resolution Practice : Report on the ABA Section of Dispute Resolution Practice Snapshot Survey", (2014) 47 Akron Law Review, 975, 975-976; Teresa F. Frisbie, "Correcting The Neutral Selection Gender Bias", (2014) 8 Chicago Daily Law Bulletin, 165;

² Deborah Rothman, "Gender Diversity in Arbitrator Selection", (2012) Dispute Resolution Magazine, 22. Bu konuda ayrıca Bkz. David H. Burt/Laura A. Kaster, "Why Bringing Diversity to ADR is a Necessity", (2013) ASSOCIATION OF CORPORATE COUNSEL, 41 vd; Caley E. Turner, "Old, White, and Male": Increasing Gender Diversity in Arbitration Panels", (unpublished final paper, Arbitration Practice & Advocacy, (2014) Pepperdine University School of Law, 1. [Rothman'a göre, Amerika Birleşik Devletleri'nde çeşitli kurumlar tarafından yapılan araştırma sonuçlarına göre, tüm üniversite öğrencilerinin % 57'sini, tıp ve hukuk alanında eğitim gören öğrencilerin yaklaşık yarısını ve işletme masterı yapmaya hak kazanan öğrencilerin % 40'ından fazlasını kadınlar meydana getirmektedir. Bununla birlikte genel orana bakıldığında, devletin yüksek makamlarında görev alan kadın sayısının aslında düşük olduğu ifade edilmektedir. (Rothman, 22-23)].

³ Turner, s.1. (Tahkim alanında cinsiyet etkilerinin ortaya çıkardığı sonuçlar hakkında geniş bilgi için Bkz. Brian Bemmels, "The Effect of Grievants' Gender and Arbitrator Characteristics on Arbitration Decisions", (1990) 48, Labor Studies Journal, 1990, 48 vd.

⁴ Nicole Buonocore, "Resurrecting A Dead Horse-Arbitrator Certification As A Means to Achieve Diversity", (1999) 76

Uygulamada alternatif uyuşmazlık çözüm süreci içinde birçok eğitilmiş profesyonel kadın hukukçular olmasına rağmen, bu kadın hukukçuların tahkim heyetlerine nadiren atandıkları ve görev yaptıkları ortaya konulmuştur.⁵ Bu konu ile ilgili olarak doktrinde bir görüşe⁶ göre, kadınların bazı durumlarda daha iyi akademik geçmişlerine rağmen, uyuşmazlık çözücü olarak atanmalarında orantılı bir artışın olmadığı vurgulanmıştır. Nitekim bu durum doktrinde “*glass ceiling*” (cam tavan) olarak tanımlanmıştır.⁷ “Cam tavan” kavramı, ilk olarak 1970’li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri’nde kullanılmaya başlanan, kadınların üst düzey yönetim kademelerinde yükselmelerini önleyen davranışsal ve kurumsal önyargılar ile oluşan, gözle görülmeyen yapay bariyerleri ifade etmektedir.⁸

Böyle bir durum karşısında, kadın hakem daha yetenekli olmak ve erkek hakem ile aynı başarıyı göstermek için daha çok çalışmak zorunda kalmaktadır.⁹ Çünkü bu cam tavanın tahkim alanında daha belirgin bir şekilde kendini gösterdiği ifade edilmiştir.¹⁰ Tahkim alanında çalışmak isteyen kadın hakemler açısından da bu cam tavanı kırmak, genel yaklaşıma bakıldığında çok da kolay görünmemektedir.

Bununla birlikte toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin bu gözlemleri daha çok sistematik olmayan deliller ile desteklenmektedir. Bu konu ile ilgili olarak 2002 yılında yapılan bir ankete göre, hakemlerin % 85’ini hakem kurulları meydana getirirken, cinsiyet oluşumunun etkilendiği ortaya çıkmıştır. Bu yanıtların geçerliliği ise, çok sayıda yapılan araştırma tarafından da desteklenmiş bulunmaktadır.¹¹ 2012 yılında Kaliforniya’da yapılan bir araştırmada, tahkimde yer alan hakemlerin sayısının sadece % 25’inin kadın olduğu belirlenmiştir. Bu oranın, dünyada tahkim alanında etkili bir kurum olan JAMS’da¹² sayısal olarak daha az olduğuna işaret edilmiştir. Zira buradaki erkek hakemlerin % 80’inin erkek ve listede yer alan en iyi hakemlerin ise, sadece % 12’sinin kadınlardan oluştuğu ifade edilmiştir.¹³ Bununla birlikte yine de JAMS tahkim alanında cinsiyet çeşitliliğine özen gösteren kurumlar arasında yer almaktadır.¹⁴ Bir başka önemli tahkim kurumu olan Ulusal Hakemler Akademisi’nde

University of Detroit Mercy Law Review, 483. [1985 yılında yapılan bu araştırmanın sonuçlarına göre, ortalama hakem yaşının 59,3, hakemlerin %91,5 nun erkek ve %96,5 nun da beyaz ırktan olduğuna işaret edilmiştir. (Buonocore, 483; Turner, 3, dn.7)].

⁵ Turner, 3-4.

⁶ Burt/Kaster, 44.

⁷ Cynthia Alkon, “Women Labor Arbitrators: Women Members of the National Academy of Arbitrators Speak About the Barriers of Entry into the Field”, (2007) 6 APPALACHIAN JOURNAL of LAW, 195.

⁸ Radiye Çakmak, Kadın İşgücü ve Yönetim Kadrolarında Kadın İstihdamı, (2001) İÜSBE (yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 65.

⁹ Alkon, 205; Turner, 4.

¹⁰ Alkon, 205; Rothman, 23.

¹¹ Alkon, 197 vd.; Turner, 4.

¹² JAMS = Judicial Arbitration and Mediation Services.

¹³ Victoria Pynchon, “Do I Look Fat in This Profession? Escaping Gender Bias in ADR”, (2013), 3 ABA Section of Litigation, (<http://apps.americanbar.org>); Turner, 4.

¹⁴ Sarah Rudolph Cole, “The Lost Promise Arbitration”, (2017) 70 SMU Law Review, 849, 882.

de (*National Academy of Arbitrators*) benzer şekilde kadın hakemlerden oluşan kadronun sadece bütünüün %15'i civarında olduğu açıklanmıştır.¹⁵

Amerika Birleşik Devletleri'nde Amerikan Tahkim Birliği (*American Arbitration Association*) gibi, cinsiyet çeşitliliği hususuna özen gösteren kuruluşlarda bile, bu konuda çok az ilerleme kaydedilmiştir. Amerikan Tahkim Birliği'nde, hakem seçim listelerinde en az % 20 civarında bir çeşitlilik sağlamayı taahhüt etmesine rağmen, bu kuruluşun hakemler arasında çeşitliliğin artırılmasında başarılı olamadığına ve Amerikan Tahkim Birliği panellerinin % 70-80 beyaz ve erkek hakemlerden oluştuğuna dikkat çekilmiştir.¹⁶

Bu istatistikler, başarılı hakem olma niteliği taşıyan kadınların, yetenekleri ve deneyimleri dikkate alınmaksızın cinsiyetleri sebebi ile dezavantajlı durumda olduklarını göstermektedir. Diğer taraftan, Amerika Birleşik Devletleri'nde karmaşık ve yüksek meblağlı uyuşmazlıkların çözümünde hakem sıfatıyla görev yapmak isteyen kadınların durumunun daha kötü olduğu ifade edilmektedir.¹⁷ Hakem heyetlerinde görev yapmak için seçilen az sayıdaki kadın hakem ise, çoğunlukla geleneksel olarak kadınların daha fazla etkili oldukları iş veya aile hukuku gibi alanlarda çalışmaktadır.¹⁸

Bu konu tahkim alanında, toplumsal planda algılama açısından daha farklı görüntüye sahip bulunmaktadır. Batı hukuklarında yapılan araştırmalar, özellikle uluslararası tahkim sahasında hakem olarak görev yapan kadınlar ve erkekler arasındaki en çarpıcı dengesizliği ortaya koymaktadır. Bu konuda 2009 yılında yapılan bir araştırma tahkim alanında, uluslararası hakemlerin sadece % 4' ünün kadın olduğunu ortaya çıkarmıştır.¹⁹

2010 yılında Amerikan Tahkim Birliği tarafından yayınlanan rapora göre, Milli Liste (*National Roster*) olarak isimlendirilen listeden sadece % 25'ini temsilen, yüksek meblağlı uyuşmazlıkları içeren davaların yalnızca %15'inde kadınlar hakem olarak atanmıştır.²⁰ Tahkim alanında uluslararası ticari uyuşmazlıklarda hakem

¹⁵ Buonocore, 491-492; Alkon, 196; Turner, .4. [Doktrinde Alkon, Amerika Birleşik Devletleri'nde, Ulusal Hakemler Akademisi'ne üye olmaya kabul edilmenin başlıca koşullarının, kişinin "iyi ahlak sahibi olması" ve "iş yönetimi uyuşmazlıklarında gerçekten deneyimli olması" gerektiğini vurgulamaktadır. Bunun yanında hakem olmak isteyen yeni bir üyenin, bu kuruma kabul edilmeden önce beş yıllık süre içinde en az elli tahkim dosyasında görev almasını şart koşturmaktadır (Alkon, 196)].

¹⁶ Turner, 4. Bu konuda ayrıca Bkz. F. Peter Phillips, "Diversity in ADR More Difficult to Accomplish than First Thought", (2009) Dispute Resolution Magazine, 14 vd.

¹⁷ Rothman, 23; Turner, 5.

¹⁸ Turner, 5.

¹⁹ Michael D. Goldhaber, "Too Few Woman Among Top International Arbitrators", 2009, (<http://www.law.com>). Bu konuda ayrıca Bkz. Joseph D. Garrison, "Perceived Difference in Male and Female Mediators and Arbitrators", (2011-2012) 18 Dispute Resolution Magazine, 29,30. [Goldhaber'a göre, bu durum 2009 yılının verileri çerçevesinde, 250 hakem içinde %4 oranında kadın hakem olmasının rakamsal olarak 10 olduğuna dikkate çekmektedir].

²⁰ Turner, 5.[Doktrinde Rothman tarafından, buna ek olarak Amerikan Tahkim Birliği'nin 2010 yılında yürüttüğü bir araştırmanın raporlarına göre, uyuşmazlık taraflarının tamamen kadın hakemlerden oluşan bir hakem heyeti seçtiği panel sayısının sadece üç olduğu ifade edilmiştir (Rothman, 23)].

olmayı umut eden kadınların karşılaştığı beklentiler, bu konuda daha fazla zaman kaybetmelerine neden olmaktadır. Çünkü araştırmacılara göre, bu tür uyuşmazlıklara en iyi ihtimalle % 6'sına kadın hakemlerin seçildiği tespit edilmiştir²¹

Columbia Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından, yatırım anlaşması tahkimlerinde yaklaşık olarak iyi bilinen iki yüz elli yatırım anlaşması tahkimi üzerine yapılan bir araştırmada da, bu durumun benzer bir şekilde ümitsiz istatistikleri içerdiği belirlenmiştir. Burada da hakem atamalarının sadece % 6,5' nun kadınlara ait olduğu tespit edilmiştir.²² Amerika Birleşik Devletleri'nde 2010 yılında Amerikan Tahkim Birliği (*American Arbitration Association*) tarafından rapor edilen bir başka araştırmanın verilerine göre, çok büyük ticari tahkimlerde, aynı panelde hakem olarak görev yapan kadınları görmenin çok nadir olduğu ifade edilmiştir. Gerçekten de aynı yıl Amerikan Tahkim Birliği tarafından uyuşmazlığın taraflarınca seçilmiş, tümüyle kadınlardan oluşan sadece üç tahkimin yerine getirildiği rapor edilmiştir. 2010 yılında yüksek parasal talepleri içeren uyuşmazlıklarda Amerikan Tahkim Birliği tarafından yürütülen tahkimlere yaklaşık olarak % 15 civarında kadınlar tayin edilmiştir.²³

2014 yılında Amerikan Barolar Birliği tarafından *Uyuşmazlık Çözümü Bölümü, Uyuşmazlık Çözüm Komitesi*'nin desteği ile yürütülen bir araştırma programında, uyuşmazlık çözümlerinde cinsiyet farklılıkları konusunda hazırlanan bir araştırmaya göre, hakem heyetlerine katılan 294 hakemden sadece 42 tanesinin kadın olduğu ve bunun da oran olarak %14 civarında olduğu belirtilmiştir.²⁴ Arabuluculuk alanında ise, bu oran bir ölçüde değişiklik göstermektedir. Kadın arabulucuların ise, kadın hakemlere göre daha fazla sayıda oldukları ve bu oranın da yaklaşık olarak %37 civarında olduğu ifade edilmiştir.²⁵

B. Tahkimde Kadınların Hakem Olmalarını Etkileyen Faktörler

Yukarıda uluslararası alanda ortaya konulan veriler, modern tahkim panellerinde toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin ne kadar yaygın olduğuna ilişkin net bir tablo çizmektedir. Bununla birlikte, bir sonraki ve belki de daha önemli olan adım, hukuk mesleğinin diğer alanlarında kadınların ilerlemesine rağmen, bu cinsiyet eşitsizliğinin neden devam ettiğinin düşünülmesi gerektirir. Doktrinde bu konu üzerine çalışan bilim insanlarının çoğu, bu ciddi cinsiyet eşitsizliğinin iki temel kategoriye ayrılabileceğini kabul etmektedir. Bunlar, arz ve talep dengesine göre oluşan problemler olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Talep yönlü problemlerin de büyük ölçüde gizli ön yargılar ve cinsiyetten kaynaklandığı ifade edilmektedir.²⁶

²¹ Bu konuda geniş bilgi için Bkz. Burt/Kaster, 42; Turner, 5.

²² Rothman, 24. Bu konuda ayrıca Bkz. Turner, 5.

²³ Rothman, 23.

²⁴ Brown/ Kupfer Schneider, 9; Frisbie, Bkz. yukarıda dn.1.

²⁵ Brown/ Kupfer Schneider, 9-10; Frisbie, Bkz. yukarıda dn.1.

²⁶ Bu konuda geniş bilgi için Bkz. Rothman, 24-25; Turner, 6.

1. Arz Yönlü Problemler (Supply-Side Problems)

Batıda bu konuda birçok akademisyen, tahkim alanının dışında tutulan kadınlar için, bunun sebebi olarak “*pipeline*” (boru hattı) adı verilen problemi sorumlu tutmaktadır.²⁷ *Pipeline*, en temel anlamı ile bir hakem olarak (kişiyi) nihai bir kariyere doğru götüren iş pozisyonları veya kariyer seçimleri, iş tecrübesi ve eğitimi gibi bir dizi zincire atıfta bulunmaktadır.²⁸ *Pipeline*, özellikle kadınlar için dezavantajlı bir durum meydana getirmektedir. Çünkü kadınlar, genellikle hakem olarak seçilmelerine neden olan mesleki pozisyonlarda yeterli derecede temsil edilememektedir. Böylelikle bu boru hattı boyunca, kadınlar başarılı bir hakem olarak istedikleri kariyere bir türlü ulaşamamaktadırlar.²⁹

Bu konuda muhtemelen, kadınları başarılı bir hakem olmak için boru hattından uzak tutan en önemli faktörün, kadınların hukuk mesleğinde yüksek mevkilere ulaşma ihtimallerinin erkeklerden çok daha az olması gösterilmektedir.³⁰ Aslında hukuk fakültelerinden mezun olan öğrencilerin yarısı kadın olmasına rağmen, bu kadınlar aynı dönemde birlikte mezun oldukları erkekler ile ortalama olarak aynı seviyeyi elde edememektedir. Gerçekten de hukuk mesleğinde faaliyet gösteren kadınların üçte birinden azı ortak seviyesine ulaşabilmektedir. Onların personel avukatları gibi pozisyonlarda çalışma şansları daha yüksektir.³¹

Hukuk mesleğinin zirvesinde başarılı kadınların olmaması, kadınları tahkim boru hattından uzak tutan tek sorun değildir. Bununla birlikte tahkim alanında erkeklerin egemen olması ve kadın hakemler için rol modellerinin bulunmaması da bu mesleği yapan kadınların sayısını azaltmaktadır.³² Bu konuda bir görüşe³³ göre, kadınların bu alana dâhil olmaları yaklaşık olarak otuz yıl öncesine dayalıdır. Dolayısıyla kadınlar tahkim alanında, erkek meslektaşları kadar daha uzun süre bulunmamıştır.

Bu konuda başka bir görüşe³⁴ göre ise, niteliği gereği tahkim, tarafların hakemlerde çok fazla güvene ihtiyaç duydukları bir alandır. Bir hakemin, taraflarca seçilen ve güven duyulan bir hakem olabilmesi için, yılların deneyimine sahip olması gerekmektedir. Bu noktada kadınların erkeklere göre, köklü bir imaja ve yıllara dayanan deneyime sahip olmadıkları için daha az seçildikleri ifade edilmektedir. Nitekim geleneksel olarak hakemlerin çoğu mesleki anlamda birbirlerini gözettilikleri için, aralarında güçlü bir ağ bulunduğunu ve buna bağlı olarak da erkek avukatların erkek hakemleri seçtikleri belirtilmektedir. Bu bağlamda tahkim alanında başarılı olan ve hatta daha uzun süreli

²⁷ Bu konuda özellikle Bkz. Mark Smalls, “It’s Time to Focus on Diversity in ADR”, (2011) The Recorder (www.therecorder.com). Rothman, 24; Turner, 6.

²⁸ Rothman, 24; Turner, 6.

²⁹ Smalls, Bkz. yukarıda dn. 27; Rothman, 24; Turner, 6.

³⁰ Rothman, 24; Turner, 6.

³¹ Rothman, 24; Turner, 6.

³² Rothman, s.24; Turner, 7.

³³ Bounocore, 492: Bu konuda ayrıca Bkz. Turner, 7.

³⁴ Dorissa Bolinski/David Singer, “Why Are So Few Women in the ADR Field?” (1993) 48 Arbitration Journal, 61, 62.

deneyime sahip olan çok az sayıda kadın hakem bulunmaktadır. Bu konuda kadınları destekleyecek güçlü ağı olmaması da, genç kadın hukukçuların tahkim hattında ilerlemelerine engel teşkil etmektedir.³⁵ Bu konuda doktrinde **Rothman**, tahkim alanında kadınların neden daha az sayıda oldukları hususunu bir başka cephesiyle değerlendirmiştir. Yazara göre, kıdemli kadın hakemler de, çoğu zaman, erkeklerin egemen oldukları bir meslekte başarılı olmak için çok fazla çalıştıkları ve erkeklerle uyumlu olmak zorunda olduklarına inandıkları için, nitelikli bir kadın hakemi desteklemek konusunda isteksiz kalmaktadırlar.³⁶ Dolayısıyla bu tür tutum ve davranışların konuya bütüncül bakıldığında, kesinlikle kadınlara zarar verdiği işaret edilmektedir.³⁷

2. Talep Yönlü Problemler (Demand-Side Problems)

Pipeline (boru hattı) sorunu her ne kadar kadınların, tahkim alanında başarılı hakem olmaları önünde bir engel ve bu problemin önemli bir parçası olsa da, tek başına yeterli bir neden olarak görülmemektedir. Hatta bazı yazarlar, bunu en önemli nedenlerden biri olarak da görmemektedir.³⁸

Tahkim alanında başarı elde etmeyi düşünen kadınların içinde buldukları bu durum, onların uzmanlık ve saygınlık (itibar) eksikliğini değil, daha ziyade onların kadın olarak statülerinden kaynaklanan bu engellerin üstesinden gelmeleri gerektiğini ortaya koymaktadır. Zira hakem seçme süreci, çok defa açık bir şekilde ayrımcı olmamakla birlikte, genellikle gizli ön yargılar ve cinsiyetin rolü sebebiyle ayrımcı seçimlere neden olmaktadır. Bu faktörler, hakemin cinsiyetine dayalı olarak, bir hakem hakkında bireylerin zihinsel bir şekilde varsayımında bulunmalarına neden olmaktadır. Bireyler, bu konuda bilinçli olarak kendi önyargılarının farkına varmasalar bile, bu tür görevlere seçilmek için kadınlar nitelikli olmalarına rağmen, bu durum yukarıda belirtilen faktörler nedeniyle hakem panellerine daha az sayıda kadının seçilmesi ile sonuçlanmaktadır.³⁹

Hakem seçimi sürecinde gizli ön yargı ve cinsiyet rolünün varlığı, bu konu üzerinde yürütülen çeşitli çalışmalar yoluyla ifade edilmiştir. Elbette çoğu avukat ve hakem, kararlarını bilinçli bir şekilde cinsiyet ayrımına dayandırmamaktadır. Bununla birlikte, hakemleri seçenlerin erkek olması, onların kendi mesleki deneyimlerini yakın bir şekilde yansıttıklarına inandıkları bir hakemi seçmeleri büyük bir olasılık olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durum tahkim sürecinde seçim yapmaları konusunda, erkeklere güçlü bir avantaj sağlamaktadır.⁴⁰

³⁵ Turner, 7.

³⁶ Rothman, s.25.

³⁷ Ramit Mizrahi, "Hostility to the Presence of Women": Why Women Undermine Each Other in to Workplace and the Consequence for Title VII", (2004) 113 Yale Law Journal, 1579, 1599.

³⁸ Turner, 8.

³⁹ Turner, 8.

⁴⁰ Turner, 8.

Bu belirli bir sistematığe dayalı olmayan delillerin yanı sıra farklı seçim süreçleri hakkında gizli ön yargıların ve cinsiyet rolünün etkilerini değerlendiren geniş bir araştırma bulunmaktadır. Bu konuda yapılan araştırmaların çoğu, insanların başarıyı erkek olmakla ilişkilendirdiklerini, kadınlar başarısızlığa uğradıklarında meydana gelen olumsuz sonuçlar nedeniyle suçlandıklarını, erkekler başarısızlığa uğradığında ise, bu durumu kontrollerinin ötesindeki faktörlere bağlı tuttukları göstermiştir.⁴¹ Buna ilave olarak kadınlar, erkekler ile mukayese edildiğinde, başarılı olarak görülebilmeleri için, onların daha fazla somut başarı kanıtlarına sahip olmaları ve daha fazla yetenek göstermeleri gerekmektedir. Bu durum biraz da bireylerin kadınların başarısızlıkları ve hatalarını fark etme konusunda daha güçlü bir içsel eğilime sahip olmalarından kaynaklanmaktadır.⁴²

Buna karşılık erkeklerin başarılarını fark etme konusunda ise, aynı derecede daha güçlü bir eğilim göstermektedirler. Bu eğilim, Harvard ve Princeton Üniversitesi tarafından yürütülen bir orkestra giriş seçme sınavı çalışması ile örnek olarak gösterilmiştir. Orkestra giriş sınavı hakkında karar veren ekip, seçim sürecinde cinsiyetin rol oynamadığını ileri sürmüş ve sanatçılar özellikle yeteneklerine dayalı olarak seçilmiştir. Bununla birlikte karar veren ekip, giriş sınavında sanatçıların cinsiyetinin görülmediği bir ortamda sınav yapmaya ikna edilmiştir.⁴³ Bu çerçevede sözü edilen seçimlerin ilk aşaması, kadınların bu turda sınavı geçme şansını %50 artırmıştır. Son turda ise kadınların seçilme şansı % 300 artmıştır. Bu durum açık bir şekilde, karar veren ekibin iddialarının aksine olmasına rağmen, cinsiyetin seçimler üzerine çarpıcı bir etkisi olduğunu göstermiştir. Böyle bir durum, muhtemelen tahkim alanında da var olan olay ile aynı özellikleri göstermektedir.⁴⁴

Amerika Birleşik Devletleri'nde bu gizli önyargının hakem seçimini etkilediği iddiasını kabul etmekte tereddüt edenler de bulunmaktadır.⁴⁵ Ancak kadın çalışanlara karşı bu gizli önyargının yaygınlığını kanıtlayan ve böyle bir önyargının karar verme üzerine etkilerini ortaya koyan başka araştırmalar da bulunmaktadır. Bu konu ile ilgili olarak bir Harvard araştırmasında ortaya çıkan sonuçlar şu şekilde açıklanmıştır. Örnek olarak, New York Üniversitesi'nde Harvard İşletme Bölümü MBA öğrencilerine iki girişimci kapitalisti tanımlayan bir görev verilmiştir. Girişimcilerin değerlendirildiği bu çalışmada öğrenciler tarafsız (*unbiased*) olduklarını beyan etmişlerdir.⁴⁶ Çalışmaya dâhil olanların yarısına “*Heidi*” olarak tanımlanan bir girişimci kapitalistin ismi verilmiştir. Diğer yarısına ise, “*Howard*” olarak belirlenen diğer girişimci kapitalistin ismi verilmiştir. Bunlardan birine, kadın; diğerine ise, erkek ismi verilen bu girişimciler,

⁴¹ Bounocore, 492. Bu konuda ayrıca Bkz. Garrison, 31.

⁴² Turner, 9.

⁴³ Pynchon, yukarıda Bkz. dn.22.

⁴⁴ Pynchon, yukarıda Bkz. dn.22.

⁴⁵ Turner, 9.

⁴⁶ Rothman, 25; Turner, 9.

isimleri hariç birbirinin tamamen aynıdır. Katılımcı öğrenciler, puanlama yaparken ön yargıları olmadığını iddia etmelerine rağmen, oy birliği ile erkek girişimciden ziyade kadın girişimciden daha olumsuz şekilde etkilendiklerini ifade etmiştir. Örneğin, hem kadın hem de erkek öğrenciler, kadın girişimcinin görünürdeki saldırganlığı hakkında olumsuz cevap vermişlerdir. Ancak aynı özellikler erkek girişimciye tam olarak uygulandığında ise, bunlara hiç biri olumsuz yanıt vermemiştir.⁴⁷

Bu araştırmanın sonuçları, özellikle tahkim alanında kadınlar için sorunlar olduğunu göstermektedir. Hakemler güvenlerini göstermelidir. Bu konuda etkili sayılabilmeleri için, karar almakta daha girişken olmaya ihtiyaçları bulunmaktadır. Buna karşılık bu şekilde davrananların kadın olduğu hallerde ise, onların bu tutumlarının hem kadınlar hem de erkekler tarafından olumsuz görülmesi kuvvetle muhtemeldir. Aslında kadınların mükemmel bir şekilde kabul edilebilir veya istenebilir şekilde yararlı taktikleri olmasına rağmen, tahkim heyetlerine seçilebilmeleri için yeterli değildir.⁴⁸

Diğer taraftan kadınların başarılı hakem olmalarını önleyen gizli ön yargıların olduğunu, bu konuda yapılan bir dizi çalışma ile kanıtlanmıştır. Bu eğilim erkeklerde belirli özellikleri överken, kadınlarda ise, aynı özellikleri eleştirmektedir. Örneğin, bir çalışmada öğrencilerden özgeçmişleri ve dergi makalelerini derecelendirmeleri istenmiştir. Burada hem kadın hem de erkeklerden oluşan değerlendirici öğrenciler, kendilerine yazarın kadın olduğu söylendiğinde makalelere daha düşük puan vermiştir. Bundan sonra yazarın cinsiyeti hakkında bilgi verilmeden makalenin derecelendirilmesi istenmiştir. Bu durumda kadınlar tarafından yazılan seçilmiş makalelerin sayısı önemli ölçüde artmıştır. Bu araştırma, bilinçaltı da dâhil olmak üzere, gizli ön yargıların desteklendiği ve kadınların cinsiyetinin yaptıkları işin gerçek kalitesinden çok daha güçlü bir belirleyici etkiye sahip olabildiğini göstermiştir. Bu sonuçlar konuya kadın hakemler cephesinden bakıldığında, kadın hakemin yaptığı işin, erkek hakem ile aynı kalitede olsa bile, onun önemli bir tahkim paneline atanma ihtimalinin düşük olduğu anlamına gelmektedir.⁴⁹

Aynı zamanda genellikle bir kadının kendi çalışma alanında daha fazla deneyime sahip olması ve bu deneyimin daha fazla kanıtlanması gerekmektedir. Bu nedenle bir kadın hakemin erkeklerle aynı düzeyde nitelikli bir hakem olarak kabul edilebilmesi için bir erkekte daha fazla deneyime ihtiyacı bulunmaktadır.⁵⁰

C. Tahkim Alanında Cinsiyet Çeşitliliği ve Yararları

Tahkim alanında, hakem seçimi sürecinde çeşitli sebeplerle cinsiyet eşitsizliği ile karşı karşıya kalmak son derece yaygın olarak karşılaşılan bir durumdur.

⁴⁷ Rothman, 25. Bu konuda ayrıca Bkz. Turner, 9-10.

⁴⁸ Turner, 10.

⁴⁹ Turner, 10.

⁵⁰ Turner, 10.

Hâlbuki cinsiyet çeşitliliği adil ve etkili bir tahkim süreci için özellikle gerekli bir unsurdur. Kadın hakemlerin uyuşmazlık çözümüne getirdikleri birçok yararlı katkıyı dikkate almadan önce, genel olarak bu çeşitliliğin yararlarını incelemek yerinde bir yaklaşımdır.⁵¹

Aslında birçok araştırmacı, modern iş yaşamında çeşitliliğin getirebileceği yararları kabul etmektedir. Bu bağlamda tahkim paneli de bunun dışında değildir. Hakem çeşitliliği, yargı yoluna başvurmak yerine tahkim yoluna gitmeyi tercih eden tarafların, adil bir şekilde anlaşılması ve kendilerine adil bir şekilde davranılmasını sağlamak için esas tutulmaktadır. Bu konuda tahkim üzerine çalışan kurumların, bir uyuşmazlığı neyin tetiklediği ve bunun altında yatan sebeplerin ne olduğunu tespit edebilmeleri için, yeterli ölçüde çeşitliliğe ihtiyaçları bulunmaktadır. Hakem heyetlerinde görev alacak olan hakem sıfatına sahip kişilerin, tarafları ileriye doğru götürmeye yardım etmek için, yaratıcı ve deneyimli olmaları, bu becerileri henüz paylaşmadan önce de arka planda eğitim, ırk, cinsiyet, yaş ve kültür açısından değişimleri gerekmektedir.⁵²

Araştırmacılar son yıllarda, özellikle tahkim alanında çeşitliliğin başladığına işaret etmektedir. Bu noktada, çeşitliliğin faydalarının birçoğunun tahkim süreci ve onun sonuçları üzerine de doğrudan etkisi olduğu ifade edilmektedir. Çünkü tahkim, tarafların uyuşmazlıklarını yargı yoluna götürmek yerine, hakem önünde çözüme kavuşturmayı seçmeleri anlamına gelmektedir. Bu sebeple tahkim yoluna başvuran tarafların, hakem kararlarını kabul etme ve buna riayet etmelerinin yanı sıra kamu adaletini ve adilliği sağlayan kilit unsurdan önce, çeşitli birey grupları tarafından da temsil edilmeleri gerekmektedir.⁵³

Tahkim panellerinde, heyet içinde çeşitli (renk, ırk, kültür, cinsiyet anlamında) hakem grubuna sahip olmak, uyuşmazlıklarda tarafların demokratik bir şekilde temsil edilmeleri bakımından da büyük bir öneme sahiptir.⁵⁴ Bu aynı zamanda bütün tarafların adaleti elde etmek için eşit şansa sahip olmalarına da yardım etmektedir. Bu anlamda hakem heyetlerini meydana getiren hakemlerin çeşitliliği, uyuşmazlığın tarafları gözünde, tahkim sürecine daha fazla güvenilirlik sağlayacaktır. Diğer taraftan hakem çeşitliliği, tahkim masasına gelindiğinde, bu masaya farklı bakış açıları ve problem çözme becerilerini getirebilir ve soruna yalnızca tek bir bakış açısı ile bakıldığında, mümkün olmayacak gibi görünen sorunlara yaratıcı bir şekilde çözüm getirebilir.⁵⁵

⁵¹ Turner, 11.

⁵² Burt/Kaster, 46; Turner, 11.

⁵³ Turner, 11-12.

⁵⁴ Bu konuda geniş bilgi için Bkz. Carrie Menkel-Meadow, "Women in Dispute Resolution : Parties, Lawyers and Dispute Resolvers, What Difference Does "Gender Difference" Make?" (2012) Dispute Resolution Magazine, 4, 8; Sasha A. Carbone /Jeffrey T. Zaino, "Increasing Diversity Among Arbitrators: A Guideline to What the New Arbitrator Should be Doing to Achieve this Goal", (2012) NYSBA Journal, 33 vd; Turner, 12.

⁵⁵ Turner, 12; Menkel-Meadow, 8.

D. Kadınların Hakem Heyetlerine Katılmasının Yararları

Geniş bir bilimsel araştırma topluluğu, toplumsal cinsiyetin bireysel ve grup kararı vermedeki etkilerini araştırmıştır. Bu araştırmada ortaya çıkan veriler, tahkim heyetlerine daha fazla kadın hakemin dâhil edilmesinin daha adil ve etkili bir tahkim sürecine yol açacağı sonucunu desteklemektedir.⁵⁶ Bu konu hakkında daha önce de tartışıldığı gibi, cinsiyet konusundaki ön yargıların hem hakem seçimi hem de hakem kararları üzerinde önemli etkisi bulunmaktadır. Nitekim tahkim alanında hakem heyetlerine daha fazla kadın hakem seçilmesi, bilinçli veya bilinçsiz cinsiyet ön yargılarına dayanmayan, muhtemelen daha adil kararların alınması ile sonuçlanabilir.⁵⁷ Bu sonuç, tahkim kararları üzerine cinsiyetin ve hakemin etkilerini analiz eden birkaç araştırma ile desteklenmiştir. Bu konuda beş yüzden fazla tahkim davasını kapsayan bir araştırmada, kadın hakemlerin bütün davalarda hem kadınlara hem de erkeklere eşit şekilde muamele ettikleri belirlenmiştir.⁵⁸ Buna karşılık, erkek hakemlerin ise, bu noktada kadınlar ve erkekler arasında aynı dengeyi koruyamadıkları görülmüştür. Bu durum kadın hakemlerin, hakem heyetlerinde karar verme noktasında, daha az cinsiyet yanlılığına sahip olduğunu göstermiştir. Bu doğrultuda daha fazla kadın hakem sayısının bu tür ön yargıları ortadan kaldırmakta yardımcı olabileceği ifade edilmiştir.⁵⁹

Diğer taraftan, hakem heyetlerine daha fazla kadın hakemin dâhil edilmesi, “*grup düşüncesi*” veya “*grup kararı alma*” ile ilişkilendirilen problemlerin büyük bir kısmının azalmasına yardımcı olacaktır. Bu konuda yapılan bir araştırmada ortaya çıkan sonuca göre, insanların bir grupla birlikte veya grupla karar verirken, bireysel olarak karar verdiklerinden daha farklı olarak daha fazla alışılmadık sonuçlara varma eğiliminde olduklarını belirlemiştir.⁶⁰ Bu durum hakkında yapılan olası açıklamaya göre, bireylerin grup olarak hareket ettikleri hallerde, grup kararı verirken, bireysel olarak kendilerini sorumlu hissetmedikleri ve diğer hakemlerin desteği olmadan rahatlıkla karar alamadıklarından dolayı bu yüzden karar vermek istedikleri gözlenmiştir.⁶¹ Bu *grup-düşünce olgusu*, özellikle bir hakem heyetinin tüm üyelerinin benzer özellikleri ve benzer yaşam deneyimlerini paylaştığı hallerde tehlikeli hale gelmektedir.⁶²

Bununla birlikte yapılan araştırmalar, kadınların daha fazla sayıda dâhil olduğu grup kararlarında, sonuç olarak ortaya çıkacak tehlikeleri azaltabileceğini göstermiştir. Örnek olarak, yapılan araştırmalar “*cinsiyet dengeli liderliği*” (genderbalanced

⁵⁶ Turner, 12-13.

⁵⁷ Turner, 13.

⁵⁸ Turner, 13.

⁵⁹ Turner, 13.

⁶⁰ Jane Byeff Korn, “Institutional Sexism: Responsibility and Intent”, (1995) 83 Texas Journal of Women and the Law, 83, 118-119.

⁶¹ Jane Byeff Korn, 119; Turner, 13.

⁶² Turner, 13.

leadership) olan şirketlerin erkeklerin egemen olduğu rakip şirketlere göre daha iyi yönetildiklerini ve daha az risk aldıklarını göstermiştir.⁶³ Bunun yanı sıra bu araştırma, üst düzey yönetim seviyelerinde üç ya da daha fazla kadına sahip şirketlerin, örneğin liderlik, motivasyon ve çalışma ortamı gibi alanlarda, daha yüksek puan aldığını göstermiştir. Bu bağlamda tahkim panellerine daha fazla kadın hakemin dâhil edilmesi, gereksiz risklerden kaçınmak, güçlü bir motivasyon ve liderlik sağlamak başarılı bir tahkim yürütmenin anahtarı olması nedeniyle gereklidir.⁶⁴

Tahkim panellerine kadınların dâhil edilmesi aslında büyük bir önem taşımaktadır. Şöyle ki; kadınların cinsiyet önyargılarını ve grup düşünme problemlerini azaltmalarına ilişkin yeteneklerine ek olarak, tahkim alanında görev almaya son derece uygun başkaca toplumsal cinsiyet özellikleri de bulunmaktadır. Bu konu ile ilgili olarak, özellikle kadınlar ve erkekler arasındaki iletişim ve karar verme şeklindeki farklılıkları analiz etmek amacıyla çok sayıda araştırma yapılmıştır.⁶⁵ Nitekim bu alanda ortaya çıkan sonuçlar, kadınların tahkim sürecini geliştirmeye yönelik işlevsel özelliklere sahip olduklarını göstermiştir. Örneğin, stresin bir dereceye kadar erkek ve kadınların performansları üzerindeki etkilerini analiz eden son bir araştırma, stresin erkeklerde, diğer insanların duygularını ve bakış açılarını tanıma ve de hileyi ortaya çıkarma gibi yetenekler de dâhil olmak üzere, empati kurma kabiliyetini zayıflattığını tespit etmiştir. Hâlbuki kadınlarda ise, tüm bu yetenekleri artırmaktadır. Buna ilave olarak, stres erkeklerin daha ben merkezli olmalarına ve kendi duygularını ve niyetlerini diğer insanlarınkilerden daha az ayırt edebilen bir hale gelmelerine neden olmaktadır.⁶⁶ Bu sonuçlar, genellikle yüksek stresli bir ortam olduğu için, tahkim müzakerelerinin gerçekleştiği tahkim odasında meydana geldiğinden ötürü, özellikle tahkim süreci ile ilgilidir. Stres, erkeklerin empatik yeteneklerini yitirmelerine neden olabileceğinden, stres altındaki erkek hakemlerin talep sahibi (*claimant*) olan kişiler ile ilgili olarak muhtemelen zor zamanlar yaşayabilecekleri ve dolayısıyla talep sahibini tatmin etmeyen bir karara varma olasılıklarının daha yüksek olduğu tespit edilmiştir. Kadınlarda ise, stresin empatik yetenekler üzerinde bir etkiye sahip olmadığı, yüksek riskli tahkimlerde, tahkim panellerine daha fazla kadının dahil edilmesinin, taraflar arasında empati ve anlayışı ve bunun çözüme ulaşma şansını artırabileceğine işaret edilmektedir.⁶⁷

Bu konuda yapılan diğer araştırmalarda da benzer sonuçlar elde edildiği görülmüştür. Bunların da ortak kadın özelliklerinin tahkim sürecine faydalı olduğu fikrini daha da desteklediği belirlenmiştir. Örneğin, kadın ve erkeklerin grup karar

⁶³ Turner, 13-14.

⁶⁴ Turner, 14.

⁶⁵ Turner, 14.

⁶⁶ Nora H Murphy/Judith A. Hall/ C. Randal Colvin, "Accurate Intelligence Assessments in Social Interactions: Mediators and Gender Effects", (2003) 71 JOURNAL OF PERSONALITY, 465, 471.

⁶⁷ Turner, 14.

verme alışkanlıklarını analiz eden bir araştırma, kadınların belirsizlik, şüphe ve grup dinamikleri gibi konularda erkeklerden daha fazla ilgili olduklarını ortaya koymuştur.⁶⁸

Buna bağlı olarak tahkim alanında zamandan ve masraftan tasarruf etmek ve de gereksiz olumsuz sonuçlardan kaçınmak gibi faktörler büyük önem taşımaktadır. Tahkim panellerine daha fazla kadın hakemin dâhil olması, alınan her kararda bu önemli faktörlerin dikkate alınmasını sağlamaya yardımcı olacak ve böylece hem hakem hem de tahkime başvuran tarafların memnuniyetini artıracak şekilde çalışacaktır.⁶⁹

Sonuç

Genel olarak bir değerlendirme yapıldığında, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin modern tahkim panellerinde bir kural olduğu görülmektedir. Böyle bir durum, kadın hakemlerin tahkim alanında sunduğu önemli faydalar dikkate alındığında, hem hakemlerin hem de tahkime başvuran kişilerin, önemli bir fırsattan mahrum kalmasına neden olmaktadır. Cinsiyet eşitliğine giden yol tam olarak net olmamakla birlikte, kendi eşsiz deneyimleri ve beceri kümeleriyle daha fazla kadının tahkim panellerine getirilmesine yardımcı olabilecek ve yapılması gereken çok sayıda çaba bulunmaktadır. Öncelikle, bu konuda tahkim kurumları ve hukuk firmalarının kendi kuruluşları içerisinde tahkim alanında güçlü çeşitlilik girişimlerini teşvik etmeleri gerekmektedir.

Günümüzde özellikle tahkim, geleneksel yargı sürecinden daha fazla tercih edilmektedir. Bununla birlikte Amerikan Barolar Birliği ve bu konu ile yakından ilgili çeşitli kuruluşlar tarafından bazı girişimler yapılsa da, bu gayretlerin tahkim alanında cinsiyet çeşitliliği açısından yeterli seviyeye ulaşamadıkları görülmektedir. Hukuk alanında çalışan ve tahkim alanında çalışmayı umut eden kadınların, cinsiyet çeşitliliğini arttırmaya yardımcı olmak için atabilecekleri bazı adımlar bulunmaktadır. Bu konuda yapılan araştırmalar, kadınların kendi zekâlarını gizleme, beklentilerini azaltma ve kendi yeteneklerini önemsiz görme eğiliminde olduğunu göstermiştir. Buna karşılık, erkeklerin ise kendilerini ve özgüvenlerini ifade etme olasılıklarının çok daha yüksek olduğu görülmüştür. Bu konuda kadınların da daha fazla güven duygusu yaratabilmek ve kendi becerilerini geliştirmek için çaba göstermeleri gerektiğine işaret edilmiştir.

Buna bağlı olarak şu anda alternatif uyumsuzluk çözümünde çalışan ve özellikle tahkim alanında başarılı olan kadınların, bu konuda diğer kadınları teşvik etmeleri için çaba sarf etmeleri gerektiği vurgulanmıştır. Günümüzde kadınlar da tahkim alanına girmeli ve bu konuda çaba gösteren kadınları açık bir şekilde desteklemelidir.

⁶⁸ Maria L. Sanz De Acedo Lizarraga/Maria T. Sanz De Acedo Baquedano/ Maria Cardelle Elawar, "Factors that Affect Decision Making: Gender and Age Differences", (2007) 7 INT'L JOURNAL OF PSYCHOLOGY AND PSYCHOLOGICAL THERAPY, 381, 387. Bu konuda ayrıca Bkz. Turner, 15.

⁶⁹ Turner, 15.

Bu konuyu Türk hukuku bakımından değerlendirdiğimizde, bu konuda önceden yapılmış belirli istatistik verilere sahip olmadığımız için bir oran vermenin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Ancak genele bakıldığında, tahkim alanında çalışan kadın hakemlerimizin çok az sayıda olduklarını söylememiz yanlış olmayacaktır. Gelecekte bu sayının giderek artması için, tahkim alanında çalışan kadın hakem sayısının artırılması amacıyla gerekli destek ve teşviklerin sağlanması gerektiği düşünceindeyiz.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

- Alkon, C, "Women Labor Arbitrators: Women Members of the National Academy of Arbitrators Speak About the Barriers of Entry into the Field", (2007) 6 APPALACHIAN JOURNAL OF LAW, 195-217
- Bemmels B, "The Effect of Grievants' Gender and Arbitrator Characteristics on Arbitration Decisions", (1990) 48 Labor Studies Journal, 48-61
- Bolinski D and Singer D, "Why Are So Few Women in the ADR Field?" (1993) 48 Arbitration Journal, 61-65.
- Brown, G V and Kupfer Schneider A, "Gender Difference in Dispute Resolution Practice : Report on the ABA Section of Dispute Resolution Practice Snapshot Survey" (2014) 47 Akron Law Review, 975-996.
- Buonocore N, "Resurrecting A Dead Horse-Arbitrator Certification As A Means to Achieve Diversity", (1999) 76 University of Detroit Mercy Law Review, 1999, 483-500.
- Burt D H and Kaster, L A, "Why Bringing Diversity to ADR is a Necessity", (2013) ASSOCIATION OF CORPORATE COUNSEL, 41-46.
- Byeff Korn J, "Institutional Sexism: Responsibility and Intent", (1995) 83 Texas Journal of Women and the Law, 83-124.
- Carbone, S A and Zaino, J T. "Increasing Diversity Among Arbitrators: A Guideline to What the New Arbitrator Should be Doing to Achieve this Goal", (2012) NYSBA Journal, 33-37.
- Çakmak R, *Kadın İşgücü ve Yönetim Kadrolarında Kadın İstihdamı*, (2001) İÜSBE (yayınlanmamış yüksek lisans tezi).
- Frisbie T F, "Correcting The Neutral Selection Gender Bias", (2014) 8, Chicago Daily Law Bulletin, 165.
- Garrison J D, "Perceived Difference in Male and Female Mediators and Arbitrators", (2011-2012) 18 Dispute Resolution Magazine, 29-31.
- Goldhaber M D, "Too Few Woman among Top International Arbitrators", 2009. (<http://www.law.com>).
- Menkel Meadow C, "Women in Dispute Resolution : Parties, Lawyers and Dispute Resolvers, What Difference Does "Gender Difference" Make?" (2012) Dispute Resolution Magazine, 4-8.
- Mizrahi R, "Hostility to the Presence of Women": Why Women Undermine Each Other in to Workplace and the Consequence for Title VII" , (2004) 113 Yale Law Journal, 1579-1621.
- Murphy, N H, Hall, J A and Colvin, C. R, "Accurate Intelligence Assessments in Social Interactions: Mediators and Gender Effects", (2003) 71 JOURNAL OF PERSONALITY, 465-493.
- Phillips F P, "Diversity in ADR More Difficult to Accomplish than First Thought", (2009) Dispute Resolution Magazine, 14-16.
- Pynchon V, "Do I Look Fat in This Profession? Escaping Gender Bias in ADR", ABA Section of Litigation, 2013/3. (<http://apps.americanbar.org>).
- Rothman D, "Gender Diversity in Arbitrator Selection", (2012) Dispute Resolution Magazine, 22-26.
- Rudolph Cole S, "The Lost Promise Arbitration", (2017) 70 SMU Law Review, 849-890.
- Sanz De Acedo Lizarraga M L, Sanz De Acedo Baquedano M T and Cardelle Elawar M, "*Factors that Affect Decision Making: Gender and Age Differences*", (2007) 7 INT'L JOURNAL OF PSYCHOLOGY AND PSYCHOLOGICAL THERAPY, 381-391.
- Smalls M, "It's Time to Focus on Diversity in ADR", The Recorder, 2011, (www.therecorder.com).
- Turner C E, "Old, White, and Male": Increasing Gender Diversity in Arbitration Panels", 2014, (unpublished final paper, Arbitration Practice & Advocacy, Pepperdine University School of Law).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 13.01.2019
Revizyon Talebi: 07.05.2019
Son Revizyon Tarihi: 25.06.2019
Kabul: 30.06.2019

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Konut Finansmanı Sözleşmeleri

Yasemin Yılmaz

Öz

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda (TKHK) konut finansmanı sözleşmesi, konut edinmeleri amacıyla; tüketicilere kredi kullanılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullanılması ve bu kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kredi kullanılmasıyla yönelik sözleşme olarak tanımlanmıştır.

Konut finansmanı sözleşmeleri Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda düzenlenmek sureti ile tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir. Bu çerçevede 6502 sayılı TKHK kapsamında konut finansmanı sözleşmesinden bahsedebilmek için bu sözleşmenin tüketici ile konut finansmanı kuruluşu arasında kurulması gerekmektedir. Gerçekten de kanunda sayılanlar dışında başka gerçek veya tüzel kişilerden kredi temin edilmesi halinde yapılan sözleşmenin konut finansmanı sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Çalışmamızda tüketicilerin konut edinmeleri amacıyla kurulan finansman sözleşmeleri 6502 sayılı TKHK kapsamında sözleşmenin tanımı, tarafları, unsurları, türleri, hukuki niteliği, bağlı kredi, tarafların karşılıklı hakları ve borçları ile sözleşmenin sona ermesi hususları çerçevesinde inceleme konusu yapılacaktır. Belirtilmelidir ki konut finansmanı sisteminin, tüketicilerin ihtiyaç duydukları konutu edinmek amacıyla konut finansmanı kuruluşuyla konut finansmanı sözleşmesi yapması ve teminatlı kredi alacağına menkul kıymete bağlanarak tedavüle konulması şeklinde iki aşamalı bulunmakta ise de çalışmamızda sadece konut finansmanı sisteminin birinci aşaması, yani tüketici ile konut finansmanı kuruluşu arasında konut edinme amacıyla yapılan kredi sözleşmeleri incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Konut finansmanı • Konut finansmanı sözleşmeleri • Konut finansmanı sözleşmelerinin türleri • Konut finansmanı kuruluşları • Bağlı kredi sözleşmesi

The Housing Finance Agreements in Content of the Law on Consumer Protection Number 6502

Abstract

In the Code on Consumer Protection number 6502 a housing finance agreement is described as an agreement intended at providing loan facilities to consumers for acquiring a house, leasing of houses for the consumers through financial leasing, extension of loans for consumers where such loans are secured by the houses that the consumer owns and loans extended to refinance the loans explained in this context.

The housing finance agreements are adopted as a consumer transaction by arranging in the Code on Consumer Protection. Within this framework, to mention about the housing finance agreement in content of the Law on Consumer Protection number 6502, concluding between consumer and housing finance institute of this agreement is required. In fact that accepting as the housing finance agreement of concluded agreement is not possible when the credits are acquired from another natural or legal persons except stated in code.

* Sorumlu Yazar: Yasemin Yılmaz (Hâkim, Doktora Öğr.), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: yasemin.yilmaz.09@hotmail.com ORCID: 0000-0002-7075-1841

Atf: Yılmaz Y, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Konut Finansmanı Sözleşmeleri" (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 389 <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0010>

In our study within scope of the Law on Consumer Protection number 6502 finance agreements that are concluded for acquiring a house of consumers will be explained in comprehension matters which contact its definition, its content, its parties, its factors, its kinds, its legal characteristic, linked credit, parties' mutual rights and debts and discharging of contact. It is crucial to state that although there are two stages of housing finance system that concludes the housing finance agreement with housing finance institute for acquiring a house which consumers require and in shape of putting into circulation by bonding to transferable security of secured credit, in our study, only first stage of the housing finance system namely credit contacts that are concluded so as to acquire a house between consumer and the housing finance institute will be examined.

Keywords

The housing finance • The housing finance agreements • Kinds of the housing finance agreements • Housing finance institutes • Linked credit agreement

Extended Summary

Housing finance refers to providing loan facilities to the consumers for the purpose of acquiring housing, leasing housing to the consumers for the purpose of leasing, providing loan facilities to the consumers under the guarantee of the houses they own and providing loan facilities to refinance these loans. There are two stages in the housing finance system: Making a housing finance agreement with the housing finance company to acquire the housing that consumers need and putting the guaranteed credit into circulation by bonding to the security.

However, in our study, only the first stage has been examined, that is, the issue of making the loan agreement with the aim of acquiring a housing between the consumer and the housing finance company. The aim of the housing finance contracts is to enable consumers to acquire housing. The housing finance contracts have four types; providing loan facilities to the consumers with the aim of acquiring housing, leasing housing to the consumers on the purpose of leasing, providing loan facilities to the consumers under the guarantee of the house they own and providing loan facilities to refinance these loans. These types of housing finance contracts are limited and besides these, even if they are intended to acquire housing, the loan agreement is not accepted as a housing finance contract.

The housing finance contracts are contracts in which a certain amount of money is given to the consumer who receives loans for the purpose of acquiring housing and the consumer gets into debt to repay the loan used at certain maturities. The legal characteristics of housing finance contracts, as a form of consumer contracts, is controversial in the doctrine.

According to our predominant opinion, housing finance contracts are in the form of consumption debt contracts. Accordingly, the housing finance contracts are firstly applied to the provisions of the Law on the Consumer Protection regarding housing finance, and in cases where there are no provisions in the Law on the Consumer

Protection, the general provisions regarding the consumption debt in the Turkish Code of Obligations shall apply.

The housing finance contracts are established in two stages. In the first stage, the consumer requesting a loan applies to the housing finance institution and fills the form prepared in advance and makes a proposal for a loan. In the second stage, the housing finance institution makes a search about the consumer and if it finds the result positive, the consumer is given a pre-contractual information form that includes credit conditions and credit information, the contract is established upon acceptance of the proposal by the consumer.

While the main debt of the financing institution from the contracting parties is to transfer and deliver the loan amount determined in the contract to the consumer, the main debt of the consumer is to repay the loan granted to the housing finance institution in the housing finance contracts. Apart from this, the housing finance institution has the rights to demand interest from the consumer in return of providing loan facilities, to request the execution of the entire loan debt in case of default and to demand early payment compensation in case of early payment and to use the loan determined to the consumer in the contract, informing the consumer, as well as debts. The consumer has the rights to use the loan, to request a reduction in the rate of interest and early payment and has the debts provide accurate information to the housing finance institution during loan negotiations, accept the loan, show guarantee against the loan, pay the contractual expenses and pay interest on the loan.

According to the Turkish Code of Obligations, the debt relationship ends in cases of performance, impossibility of performance, release, exchange, renewal and merger of creditor and debtor. Some of these situations ends the debt in the Turkish Code of Obligations are specially regulated in terms of housing finance contracts in the Law on the Consumer Protection.

The most natural way to end debts is performance. Accordingly, the housing finance contract expires in case the entire loan provided by the consumer under the contract is executed. Also the housing finance contract ends if the consumer pays entire debt in the housing finance contract.

Finally, in the event that the consumer has the right to demand the full amount of remaining debt in the case that the consumer is in default in payment of the installments, the housing finance contract expires upon the consumer's payment of the entire debt.

Lastly, we include the tied loan agreement to our study. The tied loan agreement refers to an agreement in which the housing finance loan exclusively granted for the financing of an agreement in the case of the purchase of a particular house and these

two agreements form an objective economic union. The independent agreements are the points in question in the tied loan agreements. The first one is the sales agreement between the consumer and the seller, and the second one is the loan agreement which is intended to finance the sales agreement. As well as, the sales agreement and the loan agreement are legally independent from each other, there is an economic commitment between these two agreements. Since the loan agreement has the characteristics of the housing finance agreement, in case of the agreement's form, content, pre-contractual information obligation, early payment, default and etc. the provisions in the Law on the Consumer Protection concerning the housing finance contract are applied.

Giriş

Temel insan haklarından biri olan konut hakkı, sosyal haklar içerisinde yer almaktadır ve sosyal devlet anlayışı gereğince devletin herkesin insan onuruna yakışır şekilde hayat standardı sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu kapsamda kişilerin barınma gereksinimlerinin karşılanabilmesi için ihtiyaç duydukları konutları edinmelerinde gerekli finansmanı ve finansman sözleşmelerinde korunmalarını sağlamak vb. amaçlarla 5582 sayılı Konut Finansman Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu (SPK) ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gibi çeşitli kanunlarda değişiklik yapılmıştır. Gerçekten de 4077 sayılı TKHK'ya 'Konut Finansmanı Sözleşmeleri' başlığı ile 10/b maddesi eklenerek konut finansmanı sözleşmeleri de tüketici işlemi olarak kabul edilmiş ve bu şekilde tüketici mevzuatı kapsamına alınmıştır. Daha sonra 4077 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmış ve akabinde konut finansmanı sistemi 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un üçüncü bölümünde konut finansmanı başlığı altında 32-39 maddeleri arasında, 4077 sayılı kanuna göre daha sistematik ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir.

Çalışmamızda tüketicilerin konut edinmeleri amacıyla kurulan finansman sözleşmeleri 6502 sayılı TKHK kapsamında sözleşmenin tanımı, tarafları, unsurları, türleri, hukuki niteliği, bağlı kredi, tarafların hakları ve borçları ile sözleşmenin sona ermesi hususları inceleme konusu yapılacaktır. Hemen belirtilmelidir ki çalışmamız sadece konut finansmanı sözleşmeleriyle sınırlı olup konut finansmanından doğan alacakların menkul kıymetleştirilmesi bahsi incelenmeyecektir.

I. Tanım

A. Konut Finansmanı Kavramı

Kişilerin uzun vadede konut edinmelerini sağlamaya yönelik olarak 'kira öder gibi konut edinme'¹ veya 'mortgage'² sistemi olarak kamuoyunun gündemine gelen 5582 sayılı Konut Finansman Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun³ ile başta 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁴ ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu⁵ olmak üzere birçok kanunda düzenlemeler yapılmıştır.

¹ Uygulamada uzun süreli konut finansmanını ifade etmek için 'mortgage', 'tutsat-tutulu satış', 'ipotekli konut finansmanı', 'uzun vadeli konut finansmanı' gibi birçok terim kullanılmakta ise de, çalışmamızda uzun vadeli konut kredisi ile konut edinme sistemini daha iyi ifade ettiğini düşündüğümüz için bunlara göre daha yaygın bir şekilde kullanılan 'konut finansmanı' kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

² Kate Green, *Land Law*, (3th edn, 1997) 79 ff.; P.V. Baker, *Megarry's Manual Of The Law Of Real Property*, (4th edn, 1969) 460 ff.; Roger J. Smith, *Property Law*, (2th edn, 1998) 538 ff.

³ Konut Finansman Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası:5582, Kabul Tarihi: 21.2.2007, RG 21.02.2007/26454.

⁴ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4077, Kabul Tarihi: 23.02.1995, RG 8.3.1995/22221.

⁵ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 2499, Kabul Tarihi: 28.7.1981, RG 30.7.1981/17416.

Konut finansmanı sözleşmelerinin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmesi ile konut finansmanı sözleşmeleri de tüketici işlemi kabul edilerek tüketici mevzuatı kapsamına alınmıştır. Daha sonra 4077 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmış ve konut finansmanı sistemi 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un⁶ 32-39. maddeleri arasında, 4077 sayılı kanuna göre daha sistematik ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu⁷ md.57/f.1'e göre konut finansmanı, konut edinmeleri amacıyla tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması ve bu kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kredi kullandırılması olarak ifade edilmiştir.

Konut finansmanı sisteminin, tüketicilerin ihtiyaç duydukları konutu edinmek amacıyla konut finansmanı kuruluşuyla konut finansmanı sözleşmesi yapması ve teminatlı kredi alacağının menkul kıymete bağlanarak tedavüle konulması şeklinde iki aşaması bulunmakta⁸ olup çalışmamızda sadece konut finansmanı sisteminin birinci aşaması, yani tüketici ile konut finansmanı kuruluşu arasında konut edinme amaçlı kredi sözleşmesi yapılması konusu incelenecektir.

B. Konut Finansmanı Sözleşmeleri

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 32. maddesinde ve Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği (KFS Yön.)⁹ md.4/f.1-h bendinde konut finansmanı sözleşmesi, konut edinmeleri amacıyla; tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması ve bu kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kredi kullandırılmasına yönelik sözleşmeler olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda tüketicilerin konut edinmek amacıyla kredi kullanması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında kredi kullandırılması ve bu kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kredi kullandırılması konusunda tüketici ile finansman kuruluşunun anlaşması halinde konut finansmanı sözleşmesi söz konusu olacaktır.

⁶ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 7.11.2013, RG 28.11.2013/28835.

⁷ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 6.12.2012, RG 30.12.2012/28513.

⁸ Aydın Zevkliler and Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (1th edn, Seçkin 2016) 266; Ahmet Kalender, *Konut Kredisi Sözleşmesi* (Seçkin 2016) 21-22; Gençer Özdemir, *Konut Kredileri ve Konut Kredilerinde Teminat İşlemleri* (Seçkin 2017) 29; Cevdet Yavuz, Faruk Acar and Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (14 th edn, Beta 2016) (Borçlar Hukuku Dersleri) 453; Sezer Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (On İki Levha 2010) (Konut Finansmanı Sözleşmeleri) 5; Çiğdem Mine Yılmaz, *Mortgage Sisteminin Hukuki Niteliği ve Türk Hukuk Sistemindeki Yeri* (Yetkin 2012) 18, 52.

⁹ Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği, RG 28.05.2015/29369.

C. Konut Kavramı

Konut finansmanı sözleşmelerinin amacı tüketicinin konut edinmesini sağlamaktır. Konut kavramı ise ne 4077 sayılı TKHK'da ne de 6502 sayılı TKHK'da tanımlanmıştır.

Genel olarak konut, kişinin barınmasına elverişli, yerleşme amacıyla kullandığı çeşitli taşınır ve taşınmaz yapıları ifade etmektedir¹⁰. Yani, kişinin yerleşme ihtiyacını karşılayan her türlü taşınır ve taşınmaz yapı konut kavramı içine girmektedir. Ancak burada üzerinde durulması gereken husus barınma ihtiyacını karşılayan her yapının konut finansmanı sözleşmelerine konu olup olamayacağıdır.

Kural olarak konut, taşınmaz mülkiyetinin madde kapsamında arazinin bütünüyle parçası olup (Türk Medeni Kanunu (TMK)¹¹ md.718/f.2) taşınır mülkiyetine konu olamaz¹². Ancak bazı taşınırların insanların hayatlarını sürekli olarak devam ettirmek üzere konut olarak kullanılması da mümkündür. Karavan niteliğindeki araçlar, taşınmaz üzerine yerleştirilen konteynırlar veya deniz araçlarının barınma amaçlı kullanılması buna örnek olarak gösterilebilir¹³. Bu tarz yapıların barınma ihtiyacını karşılaması bakımından konut olarak nitelendirilmesi mümkün olsa da taşınmaz gibi güvenilir bir teminat niteliği taşımadığından konut finansmanı sözleşmelerine konu olamazlar. Gerçekten de bu tür yapılar teminata elverişli olmadığından finansman kuruluşlarının kredi vermesinde çekingen davranmalarına yol açacaktır¹⁴. Ancak anılan nitelikteki yapıların satın alınmasında finansman ihtiyacının karşılanması için yapılacak sözleşme, şartlarının bulunması kaydıyla tüketici işlemi olarak, TKHK md.22 kapsamında tüketici kredisi sözleşmesi niteliğinde olabilir.

Bu açıklamalarımıza binaen, konut finansmanı siteminde, yerleşme niyetiyle oturlan her yapı konut olarak kabul edilmemiş, sadece kredi sözleşmesinin amacını teşkil eden ve teminat işlevi olan taşınmazlar konut olarak kabul edilmiştir¹⁵. Nitekim doktrindeki baskın görüş¹⁶ de TKHK kapsamında konut kavramının sadece taşınmazları kapsadığını kabul etmekte bunun dışında karavan, baraka gibi taşınır nesnelerin konut amacıyla kullanılsalar dahi konut finansmanı sözleşmeleri kapsamında konut sayılmayacağını belirtmektedir.

Ayrıca belirtmelidir ki, konut finansmanı sözleşmesi kapsamında konuttan bahsedebilmek için konutun fiziksel özelliklerinin sözleşmeye bir etkisi bulunmamakta ve tüketicinin satın almış olduğu konutun tamamlanması, kat

¹⁰ Duygu Koçak, *Konut Finansmanı Kanunu Öncesi ve Sonrası Mortgage Türk Uzun Vadeli Konut Finansman Sisteminde Varlığa Dayalı Menkul Kıymetleri Rolü* (Beta 2007) 13; Sezer Çabri, *6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Adalet 2016) (Şerh) 510 ff; Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) s.68.

¹¹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası:4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

¹² Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 71; Çabri, *Şerh* (n 10) 512.

¹³ Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 71.

¹⁴ İ. Yılmaz Aslan, *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku* (4th edn, Ekin 2014) 439; Koçak (n 8) 13.

¹⁵ Aslan (n 14) 439; Koçak (n 10) 13.

¹⁶ Aslan (n 14) 439; Zevkililer and Özel (n 8) 266; Kalender (n 10) s.41; Koçak (n 10) 13.

mülkiyetinin oluşturulması veya yapı kullanma izninin alınmış olması şart olmayıp henüz inşa edilmemiş olması da mümkündür¹⁷.

II. Konut Finansmanı Sözleşmesinin Tarafları

6502 sayılı TKHK kapsamında konut finansmanı sözleşmesinden bahsedebilmek için bu sözleşmenin tüketici ile konut finansmanı kuruluşu arasında akdedilmesi gerekmektedir. Kanunda sayılanlar dışında başka gerçek veya tüzel kişilerden kredi temin edilmesi halinde bu sözleşmeler konut finansmanı sözleşmesi kabul edilmeyecektir. Bu başlık altında konut finansmanı sözleşmelerinin tarafları olan ‘tüketici’ ve ‘konut finansmanı kuruluşu’ kavramları açıklanacaktır.

A. Tüketici

6502 sayılı TKHK kapsamında konut finansmanı sözleşmelerinden bahsedebilmek için bu sözleşmelerin taraflarından birinin mutlaka tüketici olması gerekmektedir.

TKHK md.3/f.1-k bendine göre tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir. TKHK ile paralel tanım, KFS Yön. md.1/f.2 ve Konut Finansmanı Kuruluşlarınca Verilecek Sözleşme Öncesi Bilgi Formu ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹⁸ md.4/f.1-ğ bendinde de yapılmıştır. Ayrıca gerek TKHK md.39/f.3. hükmü gerekse de bu yönetmeliklerde konut finansmanı sözleşmeleri bakımından konut yapı kooperatiflerinin gerçek kişi ortakları da tüketici olduğu kabul edilmiştir.

6502 sayılı TKHK kapsamında konut finansmanı sözleşmesinden bahsedebilmek için sözleşmenin tüketici tarafının ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesi tek başına yeterli olmamakta ayrıca konut edinmek amacıyla hareket edilmesi de gerekmektedir. Eş bir deyişle konut finansmanı sözleşmesi ancak ticari ve mesleki olmayan amaçlarla konut edinmek için hareket edilmesi halinde söz konusu olabilecektir.

Gerçekten de gerek 6502 sayılı TKHK md.32/f.1’de gerekse de 6362 sayılı SPK md.57/f.1’de açıkça belirtildiği üzere, konut finansmanı sözleşmesinden bahsedebilmek için tüketicilere konut edinmek amacıyla kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması ve bu kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kredi kullandırılması gerekmektedir.

¹⁷ Kalender (n 8) 41-42; Zevkililer and Özel (n 8) 266-267; Seza Reisoğlu, ‘Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları’(2007) (61) Bankacılar Dergisi 75, 79; Çabri, *Şerh* (n 10) 538; Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 87 ff; Nihat Yavuz, *Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, (Kartal 2007) 850.

¹⁸ Konut Finansmanı Kuruluşlarınca Verilecek Sözleşme Öncesi Bilgi Formu ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG 31.05.2007/26538.

Konut edinmek amacıyla ancak ticari veya mesleki amaçlarla hareket edilmesi halinde ise yapılan işlem 6502 sayılı kanun kapsamında konut finansmanı olarak değerlendirilmeyecektir Nitekim Yargıtay kararları ile de sabit olduğu üzere yatırım amacıyla konut alınması TKHK kapsamı dışındadır¹⁹.

Konut finansmanı sözleşmeleri açısından taşınmazın edinilme amacının belirlenmesinde imar mevzuatı gereğince hazırlanan imar planları herkes için bağlayıcı olduğundan imar planında taşınmazın ‘konut, ticaret veya konut-ticaret’ şeklinde belirtilen kullanım amaçlarının dikkate alınması gerekmektedir²⁰. Bu kapsamda imar planında ‘konut’ olarak belirlenen bir taşınmazın edinilmesi için yapılan finansman sözleşmeleri kanunda aranan diğer şartları da taşınması halinde TKHK kapsamında olabileceken, kullanım amacı ‘ticari’ olarak belirlenen taşınmazın edinilmesi bu kanun kapsamında değerlendirilmeyecektir²¹. Kullanım amacı ‘konut-ticari’ olarak belirlenen taşınmazların hem konut hem de ticari amaçla edinilmesi mümkün olduğundan krediyi alanın taşınmazı edinme amacı, işlemin TKHK kapsamında olup olmaması bakımından belirleyici olacaktır.

Konut finansmanı sözleşmeleri açısından ticari veya mesleki olmayan amacı incelensek, tüketicinin taşınmazı satma, kira geliri veya kar elde etme amacıyla satın alması ve bunun için konut finansmanı sözleşmesi yapması halinde bu işlem tüketici sözleşmesi olarak TKHK kapsamında sayılmayacak, yapılan konut finansmanı sözleşmesi genel hükümlere tabi olacaktır²². Tüketicinin barınma amacıyla konutu kiraya vermesi halinde ise bu işlemin tüketici işlemi olduğunun kabul edilmesi gerekir²³. Nitekim burada tüketicinin amacı barınma amaçlı konut edinmek olduğundan taşınmazın belli bir dönem veya kredi borcu bitene kadar kiraya verilmesi, konut finansman sözleşmesinin tüketici işlemi olma niteliğini değiştirmeyecektir²⁴. Burada asıl amaç gelir elde etmek değil barınma ihtiyacını karşılamaktır.

Son olarak konut kredisi ile birden fazla bağımsız bölüm satın alınması halinde kişinin tüketici sayılıp sayılmayacağı hususuna da değinmek gerekmektedir. Bu konuda farklı yargı kararları bulunmaktadır. Bazı yargı kararlarında²⁵ fazla sayıda konut alınması yatırım amaçlı olarak kabul edilip satın alan kişiyi tüketici sayılmasına

¹⁹ Yargıtay 13. HD, 15055/354, 17.1.2012 ‘... tasarruf ve geleceğini garanti altına almak amacıyla beş adet bağımsız bölüm satın alındığından davacı tüketici tanımına girmediğinden, olayda 4077 sayılı kanun hükümlerinin uygulanması da mümkün değildir.’ <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 19.11.2017.

²⁰ Özdemir (n 8) 52; Çabri, *Şerh* (n 10) 537; Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 59.

²¹ Özdemir (n 8) 52-53; Çabri, *Şerh* (n 10) 537; Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 59.

²² Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 57.

²³ Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 57.

²⁴ Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 57.

²⁵ Yargıtay 20. HD, 5661/7476, 23.6.2016 ‘Taraflar arasında, 4077 Sayılı Kanun kapsamında herhangi bir satış yahut hizmet ilişkisi bulunmadığı gibi, davacı tarafın bireysel tüketim açısından, aynı işletmeden 7 adet devre mülk satın almış olması hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi, davacı da yasanın tanımlanan tüketici tanımına uymamaktadır.’ <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 19.11.2017.

rağmen, bazı yargı kararlarında ise sayısal çokluğunun²⁶ kişinin tüketici sayılmasına engel olmayacağı sonucuna varılmıştır. Kanımızca, burada satın alınan bağımsız bölümlerin sayısından ziyade her somut olayda kişinin ticari veya mesleki amaçla hareket edip etmediğine bakılmalı ve bu çerçevede barınma ihtiyacı için konut satın alınmasında ilgili kişinin tüketici olduğunun, barınma dışında yatırım amaçlı satın almalarda ise tüketici olmadığının kabulü gerekmektedir.

B. Konut Finansmanı Kuruluşları

Konut finansmanı sözleşmesinin diğer tarafında konut finansmanı kuruluşları yer almaktadır. 6362 sayılı SPK md.57/f.2, 6502 sayılı TKHK md.3/f.1-g bendi ve Konut Finansmanı Kuruluşlarının Verilecek Sözleşme Öncesi Bilgi Formu ve Esasları Hakkında Yönetmelik md.4/f.1-e bendine göre konut finansmanı kuruluşları, konut finansmanı kapsamında doğrudan tüketiciye kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan bankalar ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketleridir. Buna göre konut finansmanı sözleşmenin mutlaka bankalar, finansal kiralama şirketleri ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansman şirketlerinden biriyle yapılması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile tüketicilerin kanunda sınırlı sayıda düzenlenmiş ve finansman sağlama işini ticari ve mesleki olarak yapmakta olan bu finansman kuruluşları dışındaki kişilerle yaptıkları finansman sözleşmeleri TKHK kapsamında konut finansmanı sözleşmesi olmayacak, ancak genel hükümlere tabi olacaktır²⁷.

1. Bankalar

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na²⁸ göre bankalar Mevduat Bankaları, Katılım Bankaları ve Kalkınma ve Yatırım Bankaları olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Kanunun

²⁶ Yargıtay 13. HD 10605/17689, 10.7.2012 'Davacı ile davalılar arasında 3 adet dairenin satımına ilişkin sözleşme bulunup, sadece dairelerin sayısal çokluğu davacıyı kanunda belirtilen tüketici tanımının dışına çıkarmaz, somut uyumsuzlukta taraflar arasında 4077 sayılı kanunda belirtilen şekilde bir alım satım ilişkisi bulunmaktadır.' <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 19.11.2017.

İstanbul 7. HD, 1703/1497, 27/09/2018 'Dairenin sayısına değil alıcının nihai amacına bakmak gerekir.' <www.uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 29.06.2019.

İstanbul 7. HD, 1520/1387, 26/10/2017 'Konut alım satımına dair uyumsuzlukların 4077 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için açıklanan özellikler yanında tüketicinin mali satın alma amacı da çok büyük önem taşımaktadır. Zira, yukarıda açıklanan kurallar nihai tüketici tarafından kullanım amacıyla alınan konut ve tatil amaçlı taşınmazlar yönünden geçerlidir.' <www.uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 29.06.2019.

İstanbul 3. HD, 728/717, 23/06/2017 'Benzer davalarda emsal alınan Yargıtay 13.Hukuk Dairesi Başkanlığının 2015/28495 E.- 2015 27777 K. sayılı ilamında "Uyumsuzluğun 6502 sayılı kanun kapsamında değerlendirilmesi için tüketicinin mali satın alma amacı büyük önem taşımaktadır. Yasa, nihai tüketici tarafından kullanım amacı ile alınan konut ve tatil amaçlı taşınmazlar yönünden geçerlidir. Bir mal veya hizmetin kişisel ihtiyaçlar dışında belirli bir meslek icrası, belirli bir üretimde kullanma, yeniden satış, kiraya verme, ticari olarak kullanma vs. gibi mesleki veya ticari amaçlarla satın alanların tüketici kabul edilemeyecekleri kuşkusuzdur. Satın alınan dairenin satın alma amacının araştırılması gerekir." hususları vurgulanmıştır. Somut davada davacının yatırım amacıyla hareket ettiği, ancak davacının tacir olmadığı gibi ticari işlemesinin de bulunmadığı anlaşılmakla, davacı işleminin tüketici işlemi olmadığı belirlendiğinden, bu davada görevli Asliye Hukuk Mahkemesidir.' <www.uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 29.06.2019.

²⁷ Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 61; Kalender (n 8) 57.

²⁸ Bankacılık Kanunu, Kanun Numarası:5411, Kabul Tarihi: 19.10.2005, RG 1.11.2005/25983.

3. Maddesine göre *mevduat bankası*, kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini; *katılım bankası*: özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini, *kalkınma ve yatırım bankası ise*, mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında; kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini ifade etmektedir.

Katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankaları TKHK kapsamında tüketici ile konut finansmanı amacıyla kanunda öngörülen tüm sözleşme tiplerini akdetme yetkisine sahip olmasına rağmen, mevduat bankalarının finansal kiralama yoluyla konut finansmanı sözleşmesi yapması kanunen yasaktır²⁹. Gerçekten de mevduat bankaları tüm bankacılık faaliyetlerini yapabilse de Bankacılık Kanunu md.4/f. son hükmü gereğince finansal kiralama sözleşmeleri yapmaları mümkün olmadığından tüketici ile konut finansmanına yönelik finansal kiralama sözleşmesi de yapamayacaklardır.

2. Finansal Kiralama Şirketleri

Tüketicilerin konut edinmek amacıyla finansal kiralama şirketleriyle yapmış olduğu finansal kiralama sözleşmelerinin konut finansmanı kapsamında olacağı hem 6362 sayılı SPK md.57/f.2'de hem de 6502 sayılı TKHK md.3/f.1-g bendinde düzenlemiştir.

Finansal kiralama sözleşmesi yapma yetkisi ise 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu (FKFFŞK)³⁰ md.3/f.1-d bendinde belirtildiği üzere katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları ile finansal kiralama şirketlerine verilmiştir. Bu çerçevede sadece FKFFŞK'de sayılan bu kuruluşlar ile yapılan finansal kiralama sözleşmeleri 6502 sayılı kanun kapsamında konut finansmanı sözleşmesi olarak değerlendirilecek olup sayılanlar dışındaki banka ve kuruluşların yaptıkları finansal kiralama sözleşmeleri TKHK kapsamında olmayacaktır.

3. Finansman Şirketleri

Finansman şirketleri, her türlü mal ve hizmet alımı amacıyla, gerçek ve tüzel kişilere finansman sağlayan kredi kuruluşlarıdır³¹. 6362 sayılı SPK ve 6502 sayılı

²⁹ Mevduat bankalarının asli fonksiyonlarından biri bireylere kredi sağlamak olduğundan mevduat bankalarının konut edinme amaçlı kredi sözleşmelerinin tamamında kredi veren taraf olarak yer alabileceğini söyleyen karşı görüş için bkz: Kalender (n 8) 59.

³⁰ Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu, Kanun Numarası:6361, Kabul Tarihi:21.11.2012, RG 13.12.2012/28496.

³¹ Özdemir (n 8) 56; Kalender (n 8) 62.

TKHK’da konut finansmanı sözleşmelerinin bankalar ve finansal kiralama şirketleri dışında finansman şirketleri tarafından da yapılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre finansman şirketleri kredi veren olarak konut finansmanı sözleşmesinin tarafı olabilecektir.

III. Konut Finansmanı Sözleşmesinin Unsurları

Konut finansmanı sözleşmesinin unsurları; mesleki ve ticari olmayan bir konut edinmeye yönelik bir miktar kredinin verilmesi ve tüketicinin krediyi belli bir ödeme planı çerçevesinde geri ödemeyi borçlanmasıdır.

A. Ticari ve Mesleki Olmayan Bir Konut Edinmeye Yönelik Bir Miktar Kredinin Verilmesi

6502 sayılı TKHK kapsamında konut finansmanı sözleşmesinden bahsedebilmek için sözleşmenin tüketici ile kanunda sayılan finansman kuruluşları arasında yapılması gerektiğini yukarıda söylemiştik³². Bu bağlamda sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olması gerektiğinden ve gerek 6502 sayılı TKHK md.3/f.1-k bendine gerekse de Konut Finansmanı Kuruluşlarınca Verilecek Sözleşme Öncesi Bilgi Formu ve Esasları Hakkında Yönetmelik md.4/f.1-ğ bendine göre tüketici ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden kişi olarak tanımlandığından konut finansmanı sözleşmesi açısından da yine aynı şekilde ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket edilmesi gerekmektedir. Ancak önemle belirtilmelidir ki konut finansmanı sözleşmesinin konusunu tüketicinin yapmış olduğu bütün kredi sözleşmeleri değil, sadece konut edinmeye yönelik kredi sözleşmeleri oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, konut finansmanı sözleşmesinden bahsedebilmek için öncelikle ticari ve mesleki olmayan amaçlarla bir konut edinmek için bir miktar kredinin kullanılması gerekmektedir.

Ayrıca belirtilmelidir ki, kredinin konut finansmanı kredisi olarak değerlendirilebilmesi için kullanılacak kredin tutarında herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır³³. Bu çerçevede tüketicinin yüksek veya düşük bedelle edineceği konutlan için konut kredisi sözleşmesi yapması mümkündür.

B. Tüketicinin Krediyi Belirli Bir Ödeme Planı Çerçevesinde Geri Ödemeyi Borçlanması

Konut finansmanı sözleşmelerinin diğer bir unsurunu tüketicinin almış olduğu krediyi belli bir ödeme planı çerçevesinde geri ödemeyi borçlanması oluşturmaktadır. Ödeme planının uzun yıllara yayılmış olması ise konut finansmanı sözleşmelerinin önemli bir özelliğidir.

³² Bkz: II-Konut Finansmanı Sözleşmesinin Tarafları.

³³ Özdemir (n 8) 59.

IV. Konut Finansmanı Sözleşmesinin Türleri

6502 sayılı TKHK md.32/f.1'de konut finansmanı sözleşmesinin dört şekilde yapılabileceği öngörülmüştür. Bahsi geçen hükme göre konut edinmeleri amacıyla tüketicilere kredi kullanılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullanılması ve bu kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kredi kullanılmasına yönelik sözleşmeler konut finansmanı sözleşmesi olarak kabul edilmiştir.

Maddede belirtilen konut finansmanı sözleşmesi türleri sınırlı sayıda olup bunlar dışında konut edinme amacı olsa dahi yapılan kredi sözleşmesi konut finansmanı sözleşmesi olarak kabul edilemez.

A. Tüketicilerin Konut Edinmeleri Amacıyla Kurulan Kredi Sözleşmeleri

Tüketicilerin konut edinmek amacıyla yapmış olduğu kredi sözleşmeleri SPK md.57/f.1 ve TKHK md.32 kapsamında konut finansmanı sözleşmesi olarak kabul edilmesine rağmen, bu sözleşme ne SPK'da ne de mülga 4077 sayılı TKHK veya 6502 sayılı TKHK'da tanımlanmıştır.

Gerçekten de her iki kanunda da tanımlanmayan bu kredi sözleşmesiyle ilgili olarak 6502 sayılı TKHK'da sadece sözleşmenin amacı ve geçerlilik şekline ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu çerçevede tüketicilerin konut edinmeleri amacıyla kurulan kredi sözleşmeleri, kanundaki geçerlilik şartlarını ihtiva etmesi kaydıyla, konut finansmanı kuruluşu ile tüketici arasında, tüketicinin konut edinmesi amacıyla bir miktar kredinin kullanılması hususunda anlaştıkları sözleşme olarak tanımlanabilir³⁴.

B. Tüketicilere Konut Sağlama Amacıyla Kurulan Finansal Kiralama Sözleşmeleri

Finansal kiralama sözleşmesi 6502 sayılı TKHK'da tanımlanmamış, KFS Yön. md.4/f.1-d bendinde 21.11.2012 tarihli ve 6361 sayılı FKFFŞK'nın üçüncü maddesinin birinci fıkrasının ç bendinde tanımlanan finansal kiralama sözleşmesini ifade ettiği belirtilmiştir.

6361 sayılı FKFFŞK md.3/f.1-ç bendine göre finansal kiralama, bir finansal kiralama sözleşmesine dayalı olmak koşuluyla, bu kanun veya ilgili mevzuatı uyarınca yetkilendirilen kiralayıcı tarafından finansman sağlamaya yönelik olarak bir malın mülkiyetinin kira süresi sonunda kiracıya devredilmesi; kiracıya kira süresi sonunda malın rayiç bedelinden düşük bir bedelle satın alma hakkı tanınması; kiralama süresinin malın ekonomik ömrünün yüzde sekseninden daha büyük bir bölümünü

³⁴ Kalender (n 8) 28.

kapsaması veya finansal kiralama sözleşmesine göre yapılacak kira ödemelerinin bugünkü değerlerinin toplamının malın rayiç bedelinin yüzde doksandan daha büyük bir değeri oluşturması hâllerinden herhangi birini sağlayan kiralama işlemi şeklinde tanımlanmıştır.

FKFFŞK md.18/f.1'e göre ise, finansal kiralama sözleşmesi kiralayanın, kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü bir kişiden veya bizzat kiracıdan satın aldığı veya başka suretle temin ettiği veya daha önce mülkiyetine geçirmiş bulunduğu bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmasını öngören sözleşme olarak düzenlenmiştir.

Bunun dışında finansal kiralama sözleşmesi Konut Finansmanı Kuruluşlarınca Verilecek Sözleşme Öncesi Bilgi Formu ve Esasları Hakkında Yönetmelik³⁵ md.4/f.1-d bendinde de tanımlanmıştır. Buna göre finansal kiralama sözleşmesi, konut finansmanı kuruluşunun, tüketicinin talebi ve seçimi üzerine üçüncü kişiden satın aldığı veya başka suretle temin ettiği bir konutun zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmasını öngören sözleşmeyi ifade etmektedir.

Yönetmelikteki tanım kanundakine paralel nitelikte olsa da FKFFŞK md.18/f.1'deki tanımdan farklı olarak finansal kiralama sözleşmesinin konusunun sadece konut olabileceğini düzenlemiştir.

Finansal kiralama sözleşmelerinde finansman kuruluşları tüketicilere doğrudan kredi vermek yerine fon tesis etmekte ve tüketicinin seçtiği taşınmazı satın almakta, satın alınan konutun mülkiyeti finansman kuruluşunda kalmakta; buna karşılık zilyetliği ise tüketicie bırakılmaktadır³⁶.

Belirtilen bu hükümlerden finansal kiralama sözleşmesinin unsurlarını kiralayanın finansal kiralama konusu konutun zilyetliğini her türlü faydayı sağlamak üzere tüketicie bırakması, kiracının kararlaştırılan kira bedelini ödeme borcu altına girmesi ve tarafların anlaşması olarak sayabiliriz³⁷.

C. Tüketicinin Sahip Olduğu Konutun Teminatı Karşılığında Kurulan Kredi Sözleşmeleri

Konut finansmanı sözleşmelerinin diğer bir türü de tüketicinin sahip olduğu konutun teminatı karşılığında kurulan kredi sözleşmeleridir. Bu sözleşme bakımından tüketicinin sahip olduğu konutu teminat göstererek almış olduğu her türlü kredinin konut finansmanı sistemi içerisinde sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışmalıdır.

³⁵ Konut Finansmanı Kuruluşlarınca Verilecek Sözleşme Öncesi Bilgi Formu ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG 31.05.2007/26538.

³⁶ Zevkliler and Özel (n 8) 267.

³⁷ Kalender (n 8) 31.

Bir görüşe göre³⁸ konut edinme amaçlı olmak şartıyla temin edilen krediler konut finansmanı kapsamında sayılmalıdır³⁹. Diğer görüşe göre ise⁴⁰ tüketicinin sahip olduğu konutu teminat göstererek almış olduğu kredi gerçek anlamda konut finansmanı sözleşmesi niteliğinde değildir. Bu tür kredilerde konut edinme amacı olmayıp tüketici başka bir ihtiyacını karşılamak üzere kredi sözleşmesi yapmakta ve yapılan bu kredi sözleşmesi için sadece konutunu teminat olarak göstermektedir.

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir tartışma da teminat olarak gösterilen taşınmazın mülkiyetinin kime ait olması gerektiğine ilişkindir. Bir görüş⁴¹, hükümde geçen '*sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması*' şeklindeki ifadeden üçüncü kişilerin tüketici lehine konutlarını ipotek ettirmesinin sistemin dışında kaldığının anlaşıldığı ileri sürülmektedir. Diğer bir görüş⁴² ise alınan kredi karşılığında tüketicinin veya üçüncü bir kişinin konutunu ipotek ettirmesi arasında fark olmadığını belirtmektedir. Bu görüşe göre önemli olan alınan kredi karşılığı bir taşınmazın teminat olarak gösterilmesi ve teminatla güvence altına alınan alacağın menkul kıymetleştirmeye konu olabilmesidir.

Kanımızca, birinci tartışmaya ilişkin olarak, TKHK md.32'de açıkça konut finansmanı sözleşmesinden bahsedebilmek için sözleşmenin konut edinme amacıyla yapılmış olması ön koşul olarak arandığından, tüketicinin sahip olduğu konutun teminatı karşılığında kredi kullanmak için yaptığı her sözleşmenin konut finansmanı sözleşmesi olarak kabul edilmemesi, sadece konut edinmek amacıyla yapılan bu tarz kredi sözleşmelerinin konut finansmanı sözleşmesi olarak kabul edilmesi kanunun açık hükmü karşısında daha yerindedir. İkinci tartışma bakımından ise, kanunun lafzında '*sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması*' açık bir şekilde şart olarak arandığından teminat olarak gösterilecek konutun tüketiciye ait olması gerekmektedir.

D. Konut Finansmanı Sözleşmeleriyle Sağlanan Kredilerin Yeniden Finansmanı Amacıyla Kurulan Kredi Sözleşmeleri

Konut finansmanı sözleşmeleriyle sağlanan kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kurulan kredi sözleşmeleri de SPK md.57 ve 6502 sayılı TKHK md.32 kapsamında

³⁸ Kalender (n 8) 34; Osman Oy, *Türkiye'de Mortgage Uygulaması: Konut Finansmanı Sistemi ve Ana Hatları ile Gayrimenkul Mevzuatı* (Beta 2007) 101.

³⁹ Yargıtay 13. HD, 7119/23068, 02.07.2015 '*Konutun sözleşmeden önce yahut sonra devralınmasına ilişkin bir ayrım bulunmayıp tam tersine sahip oldukları konutların teminatı altında kullanılan kredilerin de konut finansman kredisi kapsamında bulunduğu belirtildiği ... nin konut kredilerinde kesilmesinin mümkün olmadığı, davalının şahsi konut finansmanı için kredi kullandığı, konut kredisi kullanım amacı taahhütnamesinde ancak kredinin başka amaçla kullanılması halinde ... yükümlülüğünün doğacağı şeklindeki bilgilendirmenin sözleşmedeki ... ibaresinin karşılığı olduğu ve kredinin başka amaçla kullandığı iddia ve ispat olunamadığına göre ... den davalının sorumlu tutulamayacağı...*' <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 19.11.2017.

⁴⁰ Aslan (n 14) 439; Reisoğlu (n 17) 77; Çabri, *Şerh* (n 10) 490; Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 29; Yılmaz (n 8) 65.

⁴¹ Reisoğlu (n 17) 78; Özdemir (n 8) 61-62; Murat Aydoğdu, *Konut Finansmanı Sistemi (Mortgage) Sisteminin Tüketici Hukukuna Etkileri ve Sistemde Yer Alan Menkul Kıymetler* (Adalet 2010) (Mortgage) 56; Yılmaz (n 8) 65.

⁴² Çabri, *Şerh* (n 10) 490-491; Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 29.

konut finansmanı sözleşmesinin son türünü oluşturmaktadır. Konut finansmanı sözleşmesinin bu türünde, tüketicilerin konut edinmeleri amacıyla kurulan kredi sözleşmeleriyle sağlanan kredilerin yeniden yapılandırılması sözleşmesi yapılmaktadır. Bu sözleşmenin diğer konut finansmanı sözleşmelerinden farkı daha önce temin edilen kredinin yeniden yapılandırılmasıdır. TKHK md.32’de de belirtildiği üzere yeniden yapılandırılan sözleşmede de amaç, tüketicinin konut edinmesidir.

KFS Yön. md.12/f.1’e göre, konut finansmanı sözleşmesinde kredi faiz oranında, kredinin vadesinde, konut finansmanı sözleşmesinde belirtilen faiz türünde veya kredinin para biriminde değişiklik yapılması, aynı konut teminat gösterilerek birden fazla konut finansmanı sözleşmesi kurulmuşsa bunların tek bir konut finansmanı sözleşmesi ile birleştirilmesi hususlarından en az birinin gerçekleşmesi halinde yeniden finansman söz konusu olur. Paralel düzenleme Konut Finansmanı Kapsamındaki Kredilerin Yeniden Finansmanına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁴³ md.5’te yer almakla birlikte ek olarak konut finansmanı kuruluşunda değişiklik yapılması da yeniden finansman kapsamında kabul edilmiştir.

Bu düzenleme ile konut finansmanı niteliğini ihtiva eden kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kullanılan kredilerin de konut finansmanı tanımına dâhil edilmesi amaçlanmıştır. Tüketicilerin mevcut kredilerini erken ödeyerek kapatmak amacıyla yeni bir kredi kullanmaları mümkün olup kapatılan kredi konut finansmanı kapsamına giren bir kredi ise, yeni açılan kredi de bir konut finansmanı işlemi olarak kabul edilmektedir⁴⁴.

KFS Yön. md. 12/f.2 ve Konut Finansmanı Kapsamındaki Kredilerin Yeniden Finansmanına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik md.7 uyarınca konut finansmanı sözleşmesinde yeniden finansman kapsamında yapılacak değişikliklerde tüketiciden yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile onay alınması gerekmektedir. Hemen belirtilmelidir ki finansman kuruluşunda değişiklik yapılması şeklinde yapılan yeniden finansman sözleşmesinde bu onay aranmayacaktır. Gerçekten de bu halde tüketici başka bir konu finansmanı kuruluşu ile yeni bir kredi sözleşmesi yapmak suretiyle önceki sözleşmeden doğan borcunu erken ödeme ile sona erdirdiğinden onay alınması gerekmemektedir. Diğer bir deyişle tüketicinin onayı sadece konut finansmanı kuruluşunun değişmesi dışındaki işlemler bakımından gereklidir.

Ayrıca tüketiciden onay alınmadan önce KFS Yön. md. 12/f.2 ve Konut Finansmanı Kapsamındaki Kredilerin Yeniden Finansmanına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik md.6 kapsamında konut finansmanı kuruluşunca, yeniden finansman amacıyla konut finansmanı sözleşmesinde yapılan değişikliklerin tüketiciye nasıl

⁴³ Konut Finansmanı Kapsamındaki Kredilerin Yeniden Finansmanına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG 29.09.2007/26658.

⁴⁴ Oy (n 38) 102; Çabri, *Şerh* (n 10) 502-503.

yansıyacağına ilişkin karşılaştırmalı bilginin yazılı olarak (en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde) tüketiciye verilmesi gerekmektedir.

V. Konut Finansmanı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Konut finansmanı sözleşmesi belirli bir miktar paranın konut edinmek amacıyla kredi alan tüketiciye verilmesi, tüketicinin de kullandığı krediyi belirli vadelerle geri ödemeyi borçlandığı sözleşmedir. Tüketici sözleşmelerinin bir türü olan konut finansmanı sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre⁴⁵ tüketici kredisi sözleşmesi borçlar hukukunda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden herhangi birine tam olarak uymadığından kendine özgü bir yapısı olup sui generis bir karakter taşımaktadır. 6502 sayılı TKHK’da açıkça düzenlenmesinden sonra tüketici kredisi sözleşmesinin sui generis veya başka nitelikte olması mümkün değildir⁴⁶. Başka bir görüşe göre⁴⁷, banka kredi sözleşmeleri kendine özgü yapısı olan ve bünyesinde karz (ödünç) sözleşmesi yanında kefalet gibi başka nitelikteki sözleşme edimlerini barındıran yani birden fazla sözleşme tipinin karakteristik edimini taşıdığından kendine özgü (sui generis) bir sözleşmedir. Bizim de katıldığımız doktrindeki ağırlıklı görüşe göre⁴⁸ ise konut finansmanı sözleşmesi tüketim ödünçü (karz) sözleşmesi niteliğindedir. Buna göre konut finansmanı sözleşmelerine ilk önce konut finansmanına ilişkin TKHK’daki hükümler uygulanacak, TKHK’da hüküm bulunmayan hallerde ise Türk Borçlar Kanunu (TBK)⁴⁹’daki tüketim ödünçüne ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

VI. Sözleşmenin Şekli

6502 sayılı TKHK md. 32/f.2 ve KFS Yön. md.8’e göre konut finansmanı sözleşmeleri yazılılık geçerlilik şartına tabi tutulmuştur. Buna göre konut finansmanı sözleşmeleri yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Ancak aynı maddenin devamında belirtildiği üzere geçerli bir sözleşme yapmamış olan konut finansmanı kuruluşu, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez. Doktrindeki hâkim görüşe göre⁵⁰ burada tüketici lehine tek taraflı

⁴⁵ Şebnem Akipek, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi* (Seçkin 1999) 41 ff.

⁴⁶ Özdemir (n 8) 66; Cevdet Yavuz, Faruk Acar and Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (10th edn, Beta 2014) (Özel Hükümler) 845; Kalender (n 8) 79.

⁴⁷ Şener Akyol, ‘Banka Sözleşmeleri’ (2001) Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen’e Armağan, 94; Kalender (n 8) 79.

⁴⁸ Yavuz, Acar and Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri* (n 8) 455; Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 33 ff; Faruk Acar, ‘Konut Finansmanı Sözleşmesinin Sona Ermesi ile İlgili Bazı Düşünceler’ (2017) (1) Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları, 372, 372.

⁴⁹ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

⁵⁰ Murat Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri* (Adalet 2015) (Tüketici Hukuku Dersleri) 259; Çabri, *Şerh*, (n 10) 548; Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 127ff.

hükümsüzlük vardır ve buna göre sözleşmenin geçersizliğini sadece tüketici ileri sürebilir. Diğer bir deyişle, burada doktrinde ‘esnek hükümsüzlük’ olarak nitelendirilen yaptırım öngörülmektedir ve bu hükümsüzlük hali hükümsüzlüğün tüketici tarafından ileri sürülmesine ve onun lehine olmak üzere hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulmasına imkân tanımaktadır⁵¹.

Ayrıca KFS Yön. md. 8/f.2 uyarınca konut finansmanı sözleşmesinin en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmesi ve bir örneğinin, kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur.

Konut finansmanı sözleşmeleri için öngörülen şeklin kapsamı KFS Yön md.9’da belirtilmiştir. Sözleşmenin içeriğinde yer alan hususların ayrıca belirtilmiş olması nedeniyle konut finansmanı sözleşmeleri için aranan yazılı şeklin niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş⁵² TKHK’da öngörülen şeklin adi yazılı şekil olduğunu savunurken bizim de katıldığımız diğer bir görüşe⁵³ göre ise, KFS Yön. md.9’da sözleşmenin içeriğinde yer alması gereken zorunlu hususların olması ve TKHK md.4/f.1’de TKHK’da yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmelerin en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmesinin aranması sebebiyle buradaki şeklin nitelikli adi yazılı şekil olduğunun kabulü gerekmektedir.

Son olarak konut finansmanı sözleşmelerinde sözleşmenin zorunlu içeriğine uyulmaması halinde yaptırımın ne olacağı hususuna da değinmek gerekmektedir. KFS Yön. md.9’da belirtilen sözleşmenin zorunlu içeriğine uyulmaması halinde, TKHK md.4/f.1 hükmü gereğince bu eksiklik sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyecek ve eksikliğin sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhal giderilmesi gerekecektir.

VII. Konut Finansmanı Sözleşmesinin Kurulması

Konut finansmanı sözleşmeleri iki aşamada kurulur. Birinci aşamada kredi talep eden tüketici konut finansmanı kuruluşuna başvurarak önceden hazırlanan formu doldurur ve bu şekilde kredi verilmesi konusunda öneriye davette bulunur⁵⁴. İkinci aşamada ise, konut finansmanı kuruluşu tüketici hakkında araştırma yapar ve sonucu olumlu bulursa tüketiciye kredi koşullarının ve krediye ilişkin bilgilerin yer aldığı sözleşme öncesi bilgi formu verilerek öneride bulunur ve tüketicinin bu öneriyi kabulü ile de sözleşme kurulur⁵⁵.

⁵¹ Necip Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan and Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I.: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme (7th edn, Filiz 2017) 67-68; Emine Ashı Küçükaydın, *Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı* (1th edn, On İki Levha 2018) 67 ff.

⁵² Aslan (n 14) 440.

⁵³ Kalender (n 8) 82; Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 123.

⁵⁴ Kalender (n 8) 65, 71-72.

⁵⁵ İbid 65,72-73.

Hemen belirtilmelidir ki konut finansmanı kuruluşunun tüketicinin kredi talebini olumsuz karşılaması ve bu talebini reddetmesi halinde KFS Yönetmeliği md.7'ye göre tüketiciyi yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile derhal ve ücretsiz olarak bilgilendirmesi zorunludur.

VIII. Bağlı Kredi Sözleşmesi

A. Tanımı

Bağlı kredi sözleşmesi TKHK md.35/f.1 hükmünde, konut finansmanı kredisinin münhasıran belirli bir konutun satın alınması durumunda bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik bir birlik oluşturduğu sözleşme olarak tanımlanmıştır.

Bağlı kredi sözleşmelerinde birbirinden bağımsız iki sözleşme söz konusudur. Bunlardan birincisi tüketici ile satıcı arasında yapılan satış sözleşmesi, ikincisi ise satış sözleşmesinin finansmanını sağlamaya yönelik kredi sözleşmesidir⁵⁶. Bağlı kredi sözleşmesinde satış sözleşmesi ile kredi sözleşmesi hukuken birbirinden bağımsız olmakla birlikte, bu iki sözleşme arasında ekonomik bir bağlılık söz konusudur⁵⁷.

Bağlı kredi sözleşmesi konut finansmanı sözleşmesi niteliğinde olduğundan sözleşmenin şekli, içeriği, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü, erken ödeme, temerrüt vb. hallerde TKHK md.32 vd. hükümlerine tabidir. Bu nedenle bu başlık altında sadece bağlı kredi sözleşmesine özgü hususlar incelenecektir.

B. Unsurları

1. Tüketicinin Bir Konutun Edinilmesi İçin Kredi Sözleşmesi Yapması

Bağlı krediden bahsedebilmek için öncelikle kredinin belirli bir konutun bedelini finanse etmesi için verilmiş olması gerekir⁵⁸. Bağlı kredi sözleşmesi iki şekilde yapılabilir. Ya kredi verenin belirlediği belirli bir konutun edinilmesi amacıyla ya da belirli bir satıcı ile sözleşme yapmak koşuluyla verilir⁵⁹.

Bağlı kredi sözleşmesinde kredi belli bir konutun satın alınması veya belli bir kişiyle satış sözleşmesi yapılması amacıyla verildiğinden kredi sözleşmesi tamamen veya kısmen satım sözleşmesini finanse etmekte ve bundan dolayı satım sözleşmesi ile kredi sözleşmesi bileşik sözleşme niteliğindedir⁶⁰.

⁵⁶ Sezer Çabri, 'Konut Finansmanında Bağlı Kredi Sözleşmesi' (2017) (1) Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları (Bağlı Kredi) 344, 346-347; Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 174-175; Zevkliler and Özel (n 8) 274.

⁵⁷ Çabri, *Bağlı Kredi* (n 56) 345; Zevkliler and Özel (n 8) 274.

⁵⁸ Çabri, *Şerh* (n 10) 583.

⁵⁹ Çabri, *Bağlı Kredi* (n 56) 347-348; Çabri, *Şerh* (n 10) 581 ff; Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 174; Zevkliler and Özel (n 8) 274.

⁶⁰ Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 175.

2. İki Sözleşme Arasında Ekonomik Birliğin Varlığı

Ekonomik birlik bu iki sözleşmenin birbirine bağlanmasını, aynı amaçla yapılmasını ifade eder⁶¹. Ekonomik birliğin hangi hallerde olacağı KFS Yön. md.15/f.2'de belirtilmiştir. Bunlardan birincisi satıcının tüketici için krediyi finanse etmesidir (KFS Yön. md.15/f.2-a). Bu halde tüketicinin yararlanacağı kredi sözleşmesi bizzat satıcı veya sağlayıcı tarafından yapılmaktadır. İkincisi satış sözleşmesinin üçüncü bir tarafça finanse edilmesi durumunda konut finansmanı kuruluşunun kredi sözleşmesinin imzalanması veya hazırlanması ile ilgili olarak satıcının hizmetlerinden yararlanmasıdır (KFS Yön. md.15/f.2-b). Bu halde tüketici konutun alınması konusunda satıcı ile anlaşmakta, kredi sözleşmesi ise satıcı tarafından kredi vereni temsilen yapılmaktadır⁶². Burada satıcı kredi verenin doğrudan temsilcisi konumundadır⁶³. Üçüncüsü ise, belirli bir konutun verilmesinin kredi sözleşmesinde açıkça belirtilmesidir (KFS Yön. md.15/f.2-c).

3. Satıcı ile Konut Finansmanı Kuruluşu Arasında Satış Sözleşmelerinin Finansmanına İlişkin Sözleşme Yapılması

Bağlı krediden bahsedebilmek için mutlaka satıcı ile konut finansmanı kuruluşu arasında konutun tedarikine ilişkin bir sözleşmenin bulunması gerekmektedir. Gerçekten de TKHK md.35/f.4 uyarınca konut finansmanı kuruluşu ile satıcı arasında belirli bir konutun tedarikine ilişkin bir sözleşme olmaksızın, tüketicinin kendisi tarafından belirlenen konutun bedelinin kredi veren konut finansmanı kuruluşu tarafından ödenmesi suretiyle kullanılan krediler bağlı kredi sayılmaz.

C. Konutun Hiç Ya Da Gereği Gibi Teslim Edilmemesinden Sorumluluk

TKHK md.35/f.2'ye göre bağlı kredilerde, konutun hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi nedeniyle tüketicinin bu Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen seçimlik haklarından birini kullanması hâlinde, satıcı ve konut finansmanı kuruluşu müteselsilen sorumludur. Ancak, konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu; konutun teslim edilmemesi durumunda konut satış sözleşmesinde veya bağlı kredi sözleşmesinde belirtilen konut teslim tarihinden, konutun teslim edilmesi durumunda konutun teslim edildiği tarihten itibaren, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıldır.

Anılan düzenleme ile bağlı kredilerde konutun hiç ya da gereği gibi teslim edilmesinden dolayı konut finansmanı kuruluşunun satıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağı öngörülmüştür. Buna göre tüketici konutun hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesinden dolayı satıcı yanında konut finansmanı kuruluşuna da başvurabilecektir.

⁶¹ Çabri, *Bağlı Kredi* (n 56) 352; Çabri, *Şerh* (n 10) 584.

⁶² Çabri, *Bağlı Kredi* (n 56) 354; Çabri, *Şerh* (n 10) 585.

⁶³ Çabri, *Bağlı Kredi* (n 56) 354; Çabri, *Şerh* (n 10) 585.

Konutun gereği gibi teslim edilmemesi hususunda TKHK md.35/f.2 lafzından, tüketicinin TKHK md.11'deki ayıba ilişkin seçimlik haklarını tamamının satıcı yanında konut finansmanı kuruluşuna karşı da ileri sürebileceği gibi bir anlam çıkarılabilir de madde gerekçesinde tüm seçimlik hakların konut finansman kuruluşuna karşı ileri sürülemeyeceği açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Gerçekten de madde gerekçesinde belirtildiği üzere, tüketici satıcıdan onarım veya yenisi ile değiştirme istemişse, yani borcun içeriğini değiştirerek bir ifa talebinde bulunmuşsa, konut finansmanı kuruluşuna karşı herhangi bir talepte bulunamaz. Buna karşılık tüketici bedelde indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini kullanmışsa satıcının yanında konut finansmanı kuruluşuna da zararın tazmini için başvurabilir. Bu durumda konut finansmanı kuruluşu ile satıcı müteselsilen sorumludur.

Bağlı kredilerde konut finansmanı kuruluşunun borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde satıcı ile olan müteselsil sorumluluğu, kullanılan kredi miktarı ve konutun teslim edilmemesi durumunda satış sözleşmesinde veya bağlı kredi sözleşmesinde belirtilen konut teslim tarihinden, konutun teslim edilmesi durumunda ise konutun teslim edildiği tarihten itibaren bir yıllık süre ile sınırlıdır.

IX. Konut Finansmanı Sözleşmelerinin Hükümleri ve Sona Ermesi

A. Konut Finansmanı Sözleşmelerinin Hükümleri

1. Tarafların Hakları ve Borçları

Konut finansmanı sözleşmelerinde sözleşmenin taraflarından finansman kuruluşunun asıl borcu sözleşmede kararlaştırılan kredi tutarını tüketiciye devir ve teslim etmek iken, tüketicinin asıl borcu ise, kendisine kullanılan krediyi konut finansmanı kuruluşuna geri ödemektir.

Bu başlık altında konut finansmanı kuruluşu ile tüketicinin konut finansmanı sözleşmelerinden doğan hakları ve borçları incelenecektir. Ek olarak belirtilmelidir ki, taraflardan biri için hak olan bir husus diğer taraf açısından borç niteliğinde olduğundan tekrardan kaçınmak amacıyla bu hak ve borca ayrıca yer verilmeyecektir.

a. Tüketicinin Hakları ve Borçları

(1) Tüketicinin Hakları

Konut finansmanı sözleşmesi kapsamında tüketicinin sahip olduğu başlıca haklar krediyi kullanma, faiz miktarında indirim yapılmasını isteme ve erken ödemektir.

Ayrıca belirtilmelidir ki tüketici kredisi ve ön ödemeli konut satış sözleşmeleri

bakımından tüketicinin cayma hakkı⁶⁴ olmasına rağmen konut satış sözleşmeleri bakımından böyle bir hakkı bulunmamaktadır⁶⁵.

i-Faiz Miktarında İndirim Yapılmasını İsteme Hakkı

KFS Yön. md.4/f.1-ç bendine göre erken ödeme, tüketicinin, konut finansmanı kuruluşuna borçlandığı tutarın tamamını veya bir taksit tutarından az olmamak üzere herhangi bir tutarı vadesinden önce ödemesini ifade etmektedir.

TKHK md.37/f.1'e göre tüketici, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunabileceği gibi, konut finansmanı borcunun tamamını da erken ödeyebilir. Bu hâllerde, konut finansmanı kuruluşu, erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür.

ii-Erken Ödeme Hakkı

Konut edinmek amacıyla konut finansman kuruluşundan kredi alma yoluna giden tüketici, sözleşme ilişkisi devam ederken eline toplu para geçmesi halinde kredi borcunu kapatmak veya vade sayısını düşürmek isteyebilir. Tüketicinin erken ödeme yapması konut finansmanı kuruluşunun sözleşmede kararlaştırılan faiz kazancından mahrum kalacağı anlamına gelmektedir. Bununla birlikte tüketicinin erken ödeme imkânı da bulunmaktadır. Gerçekten de TKHK md.37/f.1 hükmü uyarınca tüketicinin iki şekilde erken ödeme yapması söz konusu olabilmektedir. Buna göre tüketici ya vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunarak ya da konut finansmanı borcunun tamamını ödeyerek erken ödemede bulunabilmektedir.

Erken ödeme hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş⁶⁶ erken ödemenin sözleşmenin feshi niteliğinde olduğunu ileri sürerken, diğer bir görüş⁶⁷ erken ödemenin borcun ifa ile sona ermesi anlamına geldiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre konut finansmanı sözleşmelerinde borç zamana yayılmıştır, bu nedenle kredi alanın erken ödeme hakkını kullanması kalan borcun tamamını ifa etme zorunluluğunu kaldırmamaktadır. Ayrıca tüketicinin erken ödeme beyanında bulunması sözleşmeyi ortadan kaldırma amacı taşımamaktadır⁶⁸.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: Küçükaydın (n 51) 73 ff- 79 ff.

⁶⁵ Konut finansmanı sözleşmelerinde tüketiciye cayma hakkının tanınmamasının gerekçesi olarak, sözleşmenin tüketicinin kredi alma bilinci ve istemi ile kredi verenin işyerinde imzalandığı ve bu nedenle acele bir kararla kredi alması söz konusu olmayacağından bu hususta korunmaya değer hukuki bir yararının bulunmadığı belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Bilgehan Çetiner, 'Konut Kredileri ve Tüketicinin Korunması' (2007) (4) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 351, 355-356.

⁶⁶ Aslan (n 14) 443; Zevkliler and Özel (n 8) 278, 279; Çetiner (n 65) 365.

⁶⁷ Çabri, *Şerh* (n 10) 611; Özdemir (n 8) 122.

⁶⁸ Çabri, *Şerh* (n 10) 612.

Bizim de katıldığımız başka bir görüş ise⁶⁹, erken ödemenin hukuki niteliğini belirlerken ikili bir ayırım yapmaktadır. Tüketicinin bir veya birden fazla taksiti erken ödemesi halinde bu ödeme kısmi ifa niteliğinde olup TKHK md.37/f.1 hükmü gereğince alacaklı kısmi ifayı reddedemeyecektir. Borcun tamamının erken ödenmesi halinde ise, bu erken ödeme sözleşmenin feshi niteliğinde olup burada fesih hakkı doğrudan kanundan (TKHK md.37) doğmaktadır.

Gerçekten de madde gerekçesinde, tüketicinin vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksiti erken ödeyebileceği ya da konut finansmanı sözleşmesini feshederek kredi borcunun tamamını erken ödeyebileceği ve hatta tüketicinin konut finansmanı sözleşmesini feshetmesi için ne haklı bir sebebinin olması ne de bir feshi ihbar süresine uyması arandığından borcun tamamının erken ödenmesi halini sözleşmenin feshi olarak kabul etmek gerekmektedir.

Ayrıca gerekçede tüketiciye böyle bir imkânın getirilmesinin bir hukuk politikası tercihi olduğu ve amacın, tüketicilerin ellerine geçen ek bir parayı hemen kredi borçlarını kapatmak için kullanmaları ve mümkün olduğu ölçüde borç sarmalından çıkmalarını sağlamak, kredi borcunun tümünü kapatamadıkları hallerde de en azından bir veya birden fazla taksit ödemelerine imkân vermek olduğu belirtilmiştir. Son olarak, kredi verenin erken geri ödemeyi kabul etmemesi halinde, TBK md.106 vd. hükümleri uyarınca alacaklı temerrüdüne düşeceği belirtilmiştir.

iii-Erken Ödemeden Dolayı İndirim İsteme Hakkı

TBK md.96'ya göre kural olarak erken ifada bulunan borçlu bu nedenle indirim yapılmasını isteyemez. Meğerki kanun, sözleşme veya adet gereği olsun. Konut finansmanı sözleşmeleri bakımından ise TBK md.96'ya kanunen bir istisna getirilmiştir. Gerçekten de TKHK md.37/f.1'e göre borçlu tüketicinin erken ödeme yapması halinde, konut finansmanı kuruluşu erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür

Madde gerekçesinde gerek taksitlerin erken ödenmesi gerekse kredi sözleşmesinin feshi nedeniyle kredinin tümünün erken geri ödenmesi halinde kredi verenin erken ödenen miktara göre gerekli faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme ile tüketicilerin erken geri ödeme yapmaya teşvik edilmesi amaçlanmıştır.

Ayrıca belirtilmelidir ki erken ödeme hakkı tüketicilere kanunen tanınmış bir hak olup erken ödeme halinde konut finansmanı kuruluşunun erken ödeme indirimi yapmayacağına yönelik sözleşme koşulları haksız şart niteliğinde olacaktır ve burada 6502 sayılı TKHK md.5 ve TBK md.27 hükümleri uyarınca esnek hükümsüzlük söz konusudur.

⁶⁹ Kalender (n 8) 131-132.

(2) Tüketicinin Borçları

Konut finansmanı sözleşmelerinde tüketicinin en temel borcu kredi bedelini geri ödemektir. Bunun dışında kredi görüşmeleri sırasında konut finansmanı kuruluşuna doğru bilgi verme, krediyi kabul etme, krediye karşılık teminat gösterme, sözleşmeden kaynaklanan masrafları ve krediye karşılık faiz ödeme borcu da bulunmaktadır.

Kural olarak konut finansmanı sözleşmelerinde tüketicinin teminat gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır⁷⁰. Ancak finansman tutarının yüksek olması, kredi tutarının uzun vadeye yayılmış şekilde geri ödenmesi, kredi alacaklarının menkul kıymetleştirilerek piyasaya sürülmesi vb. nedenler konut finansmanı kuruluşlarını teminat almaya zorlamaktadır⁷¹. Bu nedenle uygulamada hiçbir konut finansmanı kuruluşu alacağı teminat altına almaksızın konut finansmanı sözleşmesi kurmamaktadır. Konut finansmanı kuruluşunun teminat istemesi halinde ise tüketicinin teminat borcu doğar.

Ayrıca belirtilmelidir ki TKHK md.38/f.1-c.1 uyarınca konut finansmanı sözleşmeleri kapsamında tüketicinin sigorta yaptırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Gerçekten de anılan hükme göre tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla açık talebi olmaksızın kredi ile ilgili sigorta yaptırılamaz.

b. Konut Finansmanı Kuruluşunun Hakları ve Borçları

(1) Konut Finansmanı Kuruluşunun Hakları

Konut finansmanı kuruluşunun konut finansmanı sözleşmesi kapsamında başlıca hakları tüketiciye kullandığı kredi karşılığında faiz istemek, tüketicinin temerrüdü halinde kanundaki koşulların gerçekleşmesi şartıyla kredi borcunun tamamının ifasını istemek ve erken ödeme halinde erken ödeme tazminatı talep etmektir.

i-Faiz İsteme Hakkı

6502 sayılı TKHK kapsamında yapılan konut finansmanı sözleşmeleri doktrindeki baskın görüşe göre tüketim ödünçü sözleşmesi niteliğinde olduğunu yukarıda söylemiştik⁷². Tüketim ödünçü sözleşmeleri adi tüketim ödünçü ve ticari tüketim ödünçü şeklinde iki türü bulunmaktadır. Konut finansmanı sözleşmelerinin hangi tüketim ödünçü türünde olduğuna dair ise ne TBK'da ne de 6502 sayılı TKHK'da bir düzenleme bulunmaktadır. Buna bağlı olarak da tarafların sözleşmede faizi kararlaştırmadığı konut finansmanı sözleşmelerinde konut finansmanı kuruluşunun faiz isteme hakkının olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.

⁷⁰ Reisoğlu (n 17) 80; Kalender (n 8) 46, Çabri, *Şerh* (n 10) 488; Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 25; Özdemir (n 8) 59, 88 ff.

⁷¹ Özdemir (n 8) 59; Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 25, 208.

⁷² Bkz: V-Konut Finansmanı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.

Bu konuya ilişkin olarak doktrinde savunulan bir görüşe göre⁷³, 6502 sayılı TKHK kapsamında kurulan konut finansmanı sözleşmelerinde sözleşmede açıkça yazmasa dahi konut finansmanı kuruluşunun faiz isteme hakkı bulunmaktadır. Bu görüşü savunanlar Türk Ticaret Kanunu (TTK)⁷⁴'daki ticari iş karinesinden hareket etmektedirler. Buna göre konut finansmanı sözleşmeleri, kredi veren açısından ticari iş niteliğinde olduğundan sözleşmede kararlaştırılmasa bile kredi verenin faiz isteme hakkı bulunmaktadır.

Bu görüş kabul edildiğinde tüketicilerin tacir sıfatına sahip bir kişiden temin ettiği her türlü kredinin TTK hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesinin gerekeceği, sözleşmede yer almasa bile konut finansmanı kuruluşunun tüketiciden faiz isteyebileceği, faiz oranının TTK'ya göre serbestçe belirlenebileceği ve teselsül karinesinin de geçerli olabileceği ve böylece TKHK hükümlerinin uygulanmasının neredeyse sona ereceği ve bu halde kanunun benimsemiş olduğu tüketicinin korunması amacının gerçekleşmesinin mümkün olmayacağı gerekçeleriyle doktrinde eleştirilmektedir⁷⁵.

Bizim de katıldığımız doktrindeki diğer bir görüş ise⁷⁶, tüketicilerin taraf olduğu herhangi bir konut finansmanı sözleşmesine TTK'nın uygulanmasının mümkün olmadığını, konut finansmanı sözleşmelerinin adi tüketim öduncü sözleşmesi niteliğinde olduğunu ve bu nedenle TBK'nın ticari olmayan tüketim öduncü sözleşmelerine ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca 6502 sayılı TKHK md.36/f.2'de açıkça '*sözleşmede belirtilmek suretiyle*' denildiği için konut finansmanı kuruluşunun faiz talep edebilmesi ancak faizin sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması halinde mümkündür.

Uygulamada ise, konut finansmanı kuruluşları önceden hazırladıkları standart sözleşme metinlerinde faizi kararlaştırmış olduğundan hatayla da olsa faizin talep edilmediği bir konut finansmanı sözleşmesine rastlanılmamaktadır⁷⁷.

(a)-Faiz Oranı

TKHK md.36/f.1 ve KFS Yön. md.14'te belirtildiği üzere kredilerde geri ödeme tutarlarının, finansal kiralama işlemlerinde ise kira bedellerinin anaparayı aşan kısmı konut finansmanı sözleşmeleri bakımından faiz kabul edilir.

TKHK md.36/f.2 hükmü gereğince konut finansmanı sözleşmelerinde tarafların faiz

⁷³ Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (n 8) 34 ff, 193 ff; Yavuz, Acar and Özen, *Özel Hükümler* (n 46) 845; Yavuz, Acar and Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri* (n 8) 455; Ümit Gezder, *Tüketici Kredisi Sözleşmesi* (1th edn, Beta 1998) 115 ff.; Akipek (n 45) 46, 54; Özdemir (n 8) 91; Yılmaz (n 8) 97.

⁷⁴ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası:6102, Kabul Tarihi: 13.1.2011, RG 14.2.2011/27846.

⁷⁵ Kalender (n 8) 97.

⁷⁶ Zevkililer and Özel (n 8) 277; Kalender (n 8) 77, 97.

⁷⁷ Kalender (n 8) 97.

oranını serbestçe kararlaştırmaları mümkün değildir. Gerçekten de gerek TKHK md.36/f.2'ye gerekse de KFS Yön. md.14/f.2'ye göre sözleşmede belirtilmek suretiyle konut finansmanına yönelik kredilerde ve finansal kiralama işlemlerinde faiz oranı sabit ve değişken olarak ya da aynı kredi için her iki yöntem esas alınmak suretiyle belirlenebilir. Maddenin devamında belirtildiği üzere faiz oranının sabit olarak belirlenmesi halinde, sözleşmenin kurulduğu tarihte belirlenen oran kural olarak değiştirilemez. Meğerki tarafların bu konuya ilişkin rızası olsun. Oranın değişken olarak belirlenmesi halinde ise, başlangıçta sözleşmede belirlenen oran, dönemsel geri ödeme tutarı başlangıçta sözleşmede belirlenen azami dönemsel geri ödeme tutarını aşmamak koşuluyla ve sözleşmede belirlenecek yurt içinde veya yurt dışında genel kabul görmüş ve yaygın olarak kullanılan endekslerden en düşük olanı baz alınarak değiştirilebilir. Oranların değişken olarak belirlenmesi halinde ise bu yöntemin muhtemel etkileri konusunda tüketicilerin bilgilendirilmesi şarttır. Bu amaçlarla kullanılacak referans faizler ve endeksler Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirlenir.

Yukarıda da belirttiğimiz şekilde konut finansmanı sözleşmelerinde taraflar faiz oranı olarak sabit, değişken veya karma oran olarak belirleyebilirler.

(i)-Sabit Oranlı Faiz

Değişken Faizi İçeren Konut Finansmanı Sözleşmelerine Dair Tüketicilerin Bilgilendirilmesi Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁷⁸ md.4/f.1-f bendine göre sabit faiz, sözleşme başlangıcında belirlenen ve her iki tarafın ortak rızası dışında değiştirilemeyen faiz oranını ifade eder. Aynı yönetmeliğin 14. maddesinin 3. fıkrasına göre sabit faizi içeren konut finansmanı sözleşmelerinde tek bir akdi faiz oranına yer verilir. Erken ödeme, temerrüt veya benzeri durumlarda bu akdi faiz oranı dikkate alınır.

Sabit oranlı faizin öngörüldüğü sözleşmelerde kredinin ilk taksitlerinde geri ödenen miktar içinde faizlerin bedeli yüksek olup taksitlerde sona doğru gidildikçe ödenen faiz miktarı azalmaktadır⁷⁹.

(ii)-Değişken Oranlı Faiz

Değişken faizin tanımı KFS Yön. md.4/f.1-c bendinde yapılmıştır. Buna göre değişken faiz, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirlenen referans faiz ve endekslere konut finansmanı kuruluşunca uygulanacak marj oranı eklenerek bulunan faiz oranını ifade etmektedir. Bu yöntemde faiz oranı 6 ay, 1 yıl veya 2 yıl gibi aralıklarla yeniden belirlenmektedir⁸⁰. Değişken oranlı faizin belirlenmesi halinde faiz oranları değişen koşullara göre azaltılıp artabilecektir. Buna bağlı olarak

⁷⁸ Değişken Faizi İçeren Konut Finansmanı Sözleşmelerine Dair Tüketicilerin Bilgilendirilmesi Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG 31.05.2007/ 26538.

⁷⁹ Kalender (n 8) 99.

⁸⁰ İbid 100.

da tüketici faiz oranları düşerse bundan olumlu etkilenecek, yükselirse olumsuz etkilenecektir. Bu husus sabit faiz ile değişken faiz arasındaki temel ayrımdır. Bu faiz oranının kararlaştırılmasının tüketici açısından en büyük faydası erken ödeme halinde TKHK md.37/f.1’de öngörülen erken ödeme tazminatını ödemekten kurtulmasıdır.

TKHK md.36/f.2’ye göre oranın değişken olarak belirlenmesi hâlinde, başlangıçta sözleşmede belirlenen oran, dönemsel geri ödeme tutarı başlangıçta sözleşmede, belirlenen azami dönemsel geri ödeme tutarını aşmamak koşuluyla ve sözleşmede belirlenecek yurt içinde veya yurt dışında genel kabul görmüş ve yaygın olarak kullanılan endekslerden en düşük olanı esas alınarak değiştirilebilir. Ayrıca oranların değişken olarak belirlenmesi hâlinde bu yöntemin muhtemel etkileri konusunda tüketicilerin bilgilendirilmesi de şarttır. Bu amaçlarla kullanılacak referans faizler ve endeksler Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirlenir.

KFS Yön. md.14/f.5’e göre değişken faizi içeren konut finansmanı sözleşmelerinde faiz oranında değişiklik olması durumunda, bu değişikliğin, oluşacak yeni faiz oranları doğrultusunda hazırlanacak yeni bir ödeme planı ile birlikte değişiklik gerçekleşmeden önce tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirilmesi zorunludur. Bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali halinde konut finansmanı kuruluşu her bir kredi işlemi veya sözleşme için bin Türk Lirası idari para cezası ödemek zorundadır.

(iii)-Karma Oranlı Faiz

Konut finansmanı sözleşmelerinde taraflar sabit veya değişken faiz oranı kararlaştırabileceği gibi aynı anda her iki yöntemi de benimseyebilirler. Bu yöntemde faiz oranları başlangıçta sabit olarak belirlenmekte ancak kredi daha sonra yeniden hesaplanabilmektedir.

Karma faiz oranının kararlaştırılması halinde tüketiciden erken ödeme tazminatı istenip istenemeyeceğine dair TKHK’da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kanımızca⁸¹ burada tüketici lehine yorum yapılması gerekmekte ve karma faizin kapsamında değişken faiz de kararlaştırıldığından ve değişken faiz oranının öngörüldüğü hallerde tüketiciden erken ödeme tazminatı alınamayacağından karma faiz halinde de tüketiciden erken ödeme tazminatı istenemez⁸².

(b)-Bileşik Faiz Yasağı

Tüketici işlemlerinin temel ilkelerinin düzenlendiği TKHK md.4/f.7’de genel olarak ve konut finansmanı sözleşmeleri bakımından da KFS Yön. md.14/f.4’te özel olarak temerrüt hâli de dâhil olmak üzere, tüketici işlemlerinde bileşik faizin uygulanamayacağı düzenlenmiştir.

⁸¹ Aynı yöndeki görüş için bkz: Kalender (n 8) 102; Çabri, *Şerh* (n 10) 626.

⁸² Aksi yöndeki görüş için bkz: Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri* (n 50) 267-268.

Bahsi geçen düzenlemeler sebebiyle konut finansmanı sözleşmelerinde tüketiciden bileşik faiz alınması mümkün değildir. Yasak olmasına rağmen konut finansmanı sözleşmelerine bileşik faiz uygulanacağını öngören bir koşul bulunması halinde ise bu koşul geçersiz olacak ve sözleşmenin geri kalanı geçerliliğini koruyacaktır.

ii-Tüketicinin Temerrüdü Halinde Kalan Borcun Tamamının İfasını Talep Etme Hakkı

6502 sayılı TKHK md.34 uyarınca tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi halinde, belirli şartların gerçekleşmesi kaydıyla konut finansmanı kuruluşunun kalan borcun tamamının ifasını talep etme hakkı bulunmaktadır⁸³. Hemen belirtilmelidir ki borçlu tüketicinin temerrüde düşmesi ve fakat TKHK md.34'teki şartların gerçekleşmemesi halinde veya bu şartlar gerçekleşmiş olsa dahi alacaklı konut finansmanı kuruluşunun talebi doğrultusunda TBK md.117 vd. daki borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlere gidilmesi mümkündür. Diğer bir deyişle, TBK'daki borçlu temerrüdünün koşulları gerçekleşmiş ancak konut finansmanı kuruluşunun kalan borcun tamamının ifasını talep etmesi için TKHK md.34'te aranan şartlar gerçekleşmemiş olabilir ya da bu şartlar gerçekleşmiş olsa dahi konut finansmanı kuruluşu sadece vadesi gelen ancak ödenmeyen ayların taksitlerini isteyebilir. Her iki halde de konut finansmanı kuruluşunun borçlu temerrüdüne ilişkin TBK'daki genel hükümlere gitmesi mümkün olsa da çalışmamız açısından konut finansmanı kuruluşunun TKHK kapsamında sahip olduğu haklara değinilecektir.

Konut finansmanı sözleşmesi kapsamında tüketicinin taksitlerini⁸⁴ ödemede temerrüde düşmesi halinde konut finansmanı kuruluşunun kalan taksitlerin tamamının ifasını talep edebilmesi için TKHK md.34/f.1 uyarınca konut finansmanı kuruluşunun bu (kalan borcun tamamının ifasını talep etme) hakkını saklı tutması, bütün edimlerini ifa etmiş olması ve tüketicinin de birbirini izleyen en az iki taksiti ödemede temerrüde düşmüş olması gerekmektedir. Ayrıca bu şartların gerçekleşmiş olması konut finansmanı kuruluşunun bu hakkını kullanması için yeterli olmamakta, tüketiciye en az otuz gün süre verilerek muacceliyet uyarısında bulunulması gerekmektedir.

Muacceliyet uyarısına ilişkin olarak kanunda ve yönetmeliklerde herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Muacceliyet uyarısının geçerliliği şekle bağlı olmamakla birlikte yazılı olarak yapılması taraflar arasında ispata ilişkin çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi bakımından yerinde olacaktır⁸⁵.

⁸³ Borcun tamamının muaccel kılınması imkânının getirilmiş olması doktrinde TKHK'nın tüketiciyi koruma amacına uymaması, zayıf konumda olan tüketicinin konut finansmanı kuruluşu karşısında korunmaması, bilakis mevcut düzenlemenin tüketiciden çok konut finansmanı kuruluşunu koruduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Kalender (n 8) 112.

⁸⁴ KFS Yön. md.4/f.1- j bendine göre taksit, ödeme planında her bir vade için hesaplanan anapara, faiz, vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler toplamından oluşan her bir ödeme tutarını ifade etmektedir.

⁸⁵ Çabri, *Şerh* (n 10) 571; Yavuz (n 17) 844; Özdemir (n 8) 104.

Madde gerekçesinde belirtildiği üzere bu hükümlerle muacceliyet kayıtlarına karşı tüketicinin korunması amaçlanmıştır. Nitekim muacceliyet kayıtlarının varlığı halinde tüketicinin bir taksiti ödemede temerrüde düşmesi halinde henüz vadesi gelmemiş alacaklar da muaccel hale gelmekte ve konut finansmanı kuruluşu bu alacakları tüketiciden talep edebilmektedir. Anılan düzenleme ise muacceliyet kaydının geçerli olmasını belirli şartlara bağlayarak tüketicinin korunmasını amaçlamıştır.

Ayrıca konut finansmanı kuruluşunun, ödenmeyen taksidde ilişkin temerrüt faizi tahsil etmek suretiyle yeterince korunması mümkündür ve bu nedenle kural olarak, tüketicinin kalan bütün borcunu hemen muaccel kılmakta konut finansmanı kuruluşunun haklı bir menfaati yoktur. Meğerki tüketici geç ödemeyi alışkanlık haline getirsin ve bu açıdan konut finansmanı kuruluşunun gelecekte doğacak alacağını tahsil etmeyeceği ihtimali ortaya çıkmış olsun. Dolayısıyla muacceliyet kayıtları ancak TKHK md.34'te sayılan şartların bir arada gerçekleşmesi halinde haklı bir gerekçeye dayanır.

TKHK md.34/f.2 uyarınca muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masraflar dikkate alınmaz. Yani tüketicinin ödemesi gereken bedel hesaplanırken, muaccel kılınan taksit tutarından faiz, komisyon ve benzeri masraflar çıkarılacaktır. Gerçekten de tıpkı tüketicinin borcun tamamını erken ödemesinde olduğu gibi konut finansman kuruluşunun krediye erken kavuşmasından dolayı gerekli faiz indirimini yapması gerekir⁸⁶.

iii-Erken Ödeme Tazminatı İsteme Hakkı

Sabit faiz oranının kararlaştırıldığı konut finansmanı sözleşmelerinde tüketicinin erken ödeme yapması halinde, konut finansmanı kuruluşunun erken ödeme tazminatı talep edebilmesi kabul edilmiştir. Gerçekten de TKHK md.37/f.2'ye göre faiz oranının sabit olarak belirlenmesi hâlinde, sözleşmede yer verilmek suretiyle, bir ya da birden fazla ödemenin vadesinden önce yapılması durumunda, konut finansmanı kuruluşu tarafından tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edilebilir. Erken ödeme tazminatı gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve tüketici tarafından konut finansmanı kuruluşuna erken ödenen tutarın kalan vadesi otuz altı ayı aşmayan kredilerde yüzde birini, kalan vadesi otuz altı ayı aşan kredilerde ise yüzde ikisini geçemez. Oranların değişken olarak belirlenmesi hâlinde ise tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edilemez.

Anılan düzenleme ile tüketiciden erken ödeme tazminatının talep edilebilmesi faizin sabit oranlı olarak kararlaştırılması ve konut finansman kuruluşunun bu hakkını sözleşmede açıkça belirtilmesi koşullarına bağlıdır. Gerçekten de gerek madde lafzından gerekse de gerekçesinden anlaşılacağı üzere, kredi akdi faiz oranının

⁸⁶ Çabri, *Şerh* (n 10) 572.

sabit olduğu bir dönemde ödenmişse konut finansmanı kuruluşunun erken ödeme tazminatı talep etmesi mümkün iken, akdi faiz oranının değişken olduğu bir dönemde erken ödeme yapılması durumunda ise herhangi bir tazminat uygulanması mümkün olmamaktadır. Akdi faiz oranının sabit olduğu bir dönemde borcun erken ödenmesi durumunda, faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin gerekli indirim yapılarak, erken ödeme tarihinde ödenmesi gereken anapara tutarı hesaplanacaktır. Konut finansman kuruluşu, bu hesaplanan tutarın en fazla % 2'sini erken ödeme tazminatı olarak tüketiciden isteyebilecektir.

TKHK md.37 hükmü gereğince şartlarının bulunması halinde konut finansmanı kuruluşu erken ödemede bulunan tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edebilecektir. Peki temerrütteki tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edilebilecek midir? Daha açık bir ifade ile, taksit borcunu ödemede temerrüde düşmüş ve TKHK md.34 gereğince kalan borcunun tamamı muaccel olmuş bir tüketicinin tüm kredi borcunu ödemesi halinde, konut finansmanı kuruluşunun erken ödeme tazminatı talep etmesi söz konusu olabilir mi? Bu konuya ilişkin olarak TKHK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre mevcut kanuni düzenlemelere göre, her ne kadar TKHK md.37 borcuna sadık bir tüketicide erken ödeme yapması halinde tazminat ödeme yükümlülüğü getiriyor ve borca aykırı davranarak temerrüde düşen tüketiciden erken ödeme tazminatı istenebileceğini öngörmüyor ve bu durum adeta borcuna sadık tüketicide cezalandırıyor gibi görünse de, TBK'ya göre genel kuralın erken ödeme halinde tazminat yokluğu olması ve TKHK md.37'nin bu açıdan istisnai bir hüküm olması ve istisnai bir hükmün kıyasen uygulama alanının genişletilmesinin isabetli olmaması sebebiyle TKHK md.34 kapsamında erken ödemede bulunan tüketiciden tazminat istenemeyeceğinin kabulü gerekmektedir⁸⁷. Ayrıca md.34 uyarınca kalan borcunun tamamı muaccel olan bir tüketiciden -yani ödeme güçlüğü içinde olan borçludan- kalan borcunun tamamının ödenmesi istenmekte iken bir de ondan tazminat istemek kanunun tüketicinin korunması gerektiği amacıyla bağdaşmamaktadır⁸⁸. Diğer bir deyişle temerrüt halinde tüketicinin kalan taksitlerinin tamamını ifa etmek zorunda kalması tüketici için bir yaptırımdır ve hem bu yaptırımla karşılaşması hem de erken ödeme tazminatı ödemek zorunda kalması tüketici için ağır bir yükümlülük olup kanunun amacıyla bağdaşmaz⁸⁹.

iv-İcra dışında (doğrudan) konutun satışını isteme hakkı

Hukukumuzda kural olarak alacağını elde edemeyen alacaklının doğrudan borçluya ait malvarlığını satışa çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. Gerçekten de alacaklının ancak İİK⁹⁰ çerçevesinde icra yoluna başvurarak icra kanalıyla satış isteme hakkı bulunmaktadır.

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Acar (n 48) 375 ff; Çabri, *Şerh* (n 10) 572-573; Özdemir (n 8) 105.

⁸⁸ Acar (n 48) 375 ff.

⁸⁹ Çabri, *Şerh* (n 10) 573.

⁹⁰ İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi:9.6.1932, RG 19.6.1932/2128.

Finansal kiralama şirketleri tarafından yapılan konut finansmanı sözleşmelerinde ise TKHK md.34/f.3 hükmü ile bu kurala bir istisna getirilmiştir. Anılan düzenlemeye göre finansal kiralama işlemlerinde, muacceliyet uyarısında verilen süre içinde tüketicinin edimini yerine getirmemesi hâlinde, bu sürenin sona ermesini takiben konut finansmanı kuruluşu kalan borcun tamamını ifa etme hakkını kullanmak üzere konut finansmanı sözleşmesini feshettiği takdirde, konutu derhâl satışa çıkarmak suretiyle bu hakkını kullanabilmektedir. Konut finansmanı kuruluşu satış öncesinde konut için 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca yetki verilmiş olan kişi veya kurumlara kıymet takdiri yaptırır. Takdir edilen kıymet, satıştan en az on iş günü önce tüketiciciye bildirilir. Konut finansmanı kuruluşu takdir edilen kıymeti dikkate alarak basiretli bir tacir gibi davranmak suretiyle konutun satışını gerçekleştirir. Konutun satışından elde edilen bedelin, kalan borcu aşması hâlinde aşan kısım tüketiciciye derhâl ödenir. Konut finansmanına yönelik finansal kiralama işlemlerinde 21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı FKFFŞK'nın 33. maddesi uygulanmaz.

Hemen belirtilmelidir ki doğrudan satış imkânı her finansman kuruluşuna tanınmamış olup sadece finansal kiralama şirketlerine özgüdür. Bunun nedeni ise konut bedelinin tamamen ödenmesi aşamasına kadar mülkiyetin finansal kiralama şirketinde olmasıdır⁹¹. Diğer bir deyişle burada aslında finansal kiralama şirketinin kendi malını satışa çıkarması söz konusudur.

Finansal kiralama şirketinin bu hakkını kullanabilmesi için muacceliyet koşuluna ilişkin şartların gerçekleşmiş olmasına ek olarak tüketiciciye verilen muacceliyet uyarısındaki sürenin sona ermesini takiben konut finansmanı kuruluşunun kalan borcun tamamını ifa etme hakkını kullanmak üzere makul süre içerisinde⁹² konut finansmanı sözleşmesini feshetmesi ve konutu derhal satışa çıkarması gerekmektedir.

Satış sonrasında elde edilen bedel borcu aşıyorsa borç ödendikten sonra kalan bedeli tüketiciciye ödenir ve bunu takiben tüketici veya zilyetliğin devredilmiş olması hâlinde zilyetliği elinde bulunduran üçüncü şahısların konutu tahliye etme yükümlülükleri söz konusu olur (TKHK md.34/f.4).

(2) Konut Finansmanı Kuruluşunun Borçları

i-Genel Olarak

Konut finansmanı sözleşmelerinde kredi veren finansman kuruluşunun en önemli borcu sözleşmede kararlaştırılan krediyi tüketiciciye kullandırmaktır. Bunun dışında sözleşme kurulmadan önce tüketiciciyi bilgilendirme, sözleşmede öngörülen şartları tüketici aleyhine değiştirmeme (TKHK md.4/f.2) , sır saklama gibi diğer borçları da bulunmaktadır.

⁹¹ Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri* (n 50) 262.

⁹² Çabri, *Şerh* (n 10) 573-574.

ii-Kredi Sağlayan Konut Finansmanı Kuruluşunun Sözleşme Öncesi Bilgi Verme Yükümlülüğü

Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü 6502 sayılı TKHK md.33/f.1’de öngörölmüş ve TKHK md.39/f.4’te bu konunun yönetmelikte düzenleneceğı belirtilmiştir.

TKHK md.33/f.1’de konut finansmanı kuruluşu bakımından tüketiciye, konut finansmanı sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu, sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce vermek zorunluluğı getirilmiştir.

Makul süreden ne anlaşılması gerektiğı konusunda kanunda bir düzenleme bulunmasa da Konut Finansmanı Kuruluşlarınca Verilecek Sözleşme Öncesi Bilgi Formu Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md.5/f.1’de sözleşme öncesi bilgi formunun tüketiciye yazılı olarak verilmesini takip eden 1 iş günü geçmeden imzalanan sözleşmelerin geçersiz olacağı belirtilerek bu sürenin formun tüketiciye verilmesinden itibaren en erken 1 iş günü sonrası olduğı düzenlenmiştir.

KFS Yön. md.5’e göre sözleşme öncesi bilgi formunun, en az on iki punto büyüklüğünde anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmesi ve bir örneğinin kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunlu olduğı düzenlenmiştir.

Konut finansmanı kuruluşunun sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğüne aykırı davranması halinde Konut Finansmanı Kuruluşlarınca Verilecek Sözleşme Öncesi Bilgi Formu Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md.5/f.1’e göre sözleşme geçersizdir. Ancak bilgilendirme yükümlülüğünün ihlaline dayanarak sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürme hakkı sadece tüketiciye ait olup konut finansmanı kuruluşu sözleşmenin geçersizliğini ileri süremez.

Bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali aynı zamanda TKHK md.77/f.1 hükmü gereğince idari para cezasına bağlanmıştır. Anılan hükme göre bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı hareket eden konut finansmanı kuruluşuna, aykırılığı tespit edilen her bir işlem için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

B. Konut Finansmanı Sözleşmelerinin Sona Ermesi

Borcu sona erdiren haller TBK md.131 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre ifa, ifa imkânsızlığı, ibra, takas, yenileme ve alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi borç ilişkisini sona erdirmektedir. TBK’daki borcu sona erdiren bu hallerden bazıları TKHK’da konut finansmanı sözleşmeleri bakımından ayrıca düzenlenmiştir.

Borçların en doğal sona erme şekli ifadır. Buna göre tüketici tarafından sözleşmeyle temin edilen kredinin tamamının ifası halinde konut finansmanı sözleşmesi sona erer.

TKHK md.37 hükmü gereğince tüketicinin konut finansmanı sözleşmesindeki tüm borcunu erken ödemesi halinde de konut finansmanı sözleşmesi sona erer.

Son olarak, TKHK md.34 hükmü gereğince tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda konut finansmanı kuruluşunun kalan borcun tamamını talep etme hakkının olduğu hallerde, tüketicinin tüm borcunu ödemesi üzerine konut finansmanı sözleşmesi sona erer.

Sonuç

İnsanların barınma ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri amacıyla konut edinmelerinde gerekli finansmanın sağlanması amacıyla 5582 sayılı Konut Finansman Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile birçok kanunda değişiklik yapılmış ve 4077 sayılı TKHK'ya 'Konut Finansmanı Sözleşmeleri' başlığı ile 10/b maddesi eklenerek konut finansmanı sözleşmeleri tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir. Daha sonra 4077 sayılı kanunun yürürlükten kaldırılması üzerine konut finansmanı sözleşmeleri 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un üçüncü bölümünde konut finansmanı başlığı altında 32-39 maddeleri arasında, 4077 sayılı kanuna göre daha sistematik ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir.

Konut finansmanı sisteminin, tüketicilerin ihtiyaç duydukları konutu edinmek amacıyla konut finansmanı kuruluşuyla konut finansmanı sözleşmesi yapması ve teminatlı kredi alacağının menkul kıymete bağlanarak tedavüle konulması şeklinde iki aşaması bulunmakta ise de çalışmamızda sadece finansman sisteminin birinci aşaması yani konut finansmanı kuruluşu ile tüketici arasında yapılan konut finansmanı sözleşmesi inceleme konusu yapılmıştır.

6502 sayılı TKHK md.32 uyarınca konut finansmanı sözleşmesinin, konut edinmeleri amacıyla; tüketicilere kredi kullanılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullanılması ve bu kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kredi kullanılması şeklinde dört türü bulunmaktadır.

Konut finansmanı sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte bizim de katıldığımız ağırlıklı görüşe göre konut finansmanı sözleşmesi tüketim ödücü (karz) sözleşmesi niteliğindedir. Buna göre konut finansmanı sözleşmelerine ilk önce konut finansmanına ilişkin TKHK'daki hükümler uygulanacak, TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde ise TBK'daki tüketim ödücüne ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Konut finansmanı sözleşmelerinde sözleşmenin taraflarından finansman kuruluşunun asıl borcu sözleşmede kararlaştırılan kredi tutarını tüketiciye devir ve teslim etmek iken, tüketicinin asıl borcu ise, kendisine kullanılan krediyi konut finansmanı kuruluşuna geri ödemektir.

Bunun dışında konut finansmanı kuruluşunun tüketiciciye kullandırdığı kredi karşılığında faiz isteme, tüketicinin temerrüdü halinde kanundaki koşulların gerçekleşmesi şartıyla kredi borcunun tamamının ifasını istemek ve erken ödeme halinde erken ödeme tazminatı talep etme gibi hakları ve sözleşmede kararlaştırılan krediyi tüketiciciye kullandırma, sözleşme kurulmadan önce tüketiciciyi bilgilendirme, sözleşmede öngörülen şartları tüketici aleyhine değiştirmeme, sır saklama gibi borçları bulunmaktadır. Tüketicinin ise krediyi kullanma, faiz miktarında indirim yapılmasını isteme ve erken ödeme şeklinde hakları ve kredi bedelini geri ödeme, kredi görüşmeleri sırasında konut finansmanı kuruluşuna doğru bilgi verme, krediyi kabul etme, krediye karşılık teminat gösterme, sözleşmeden kaynaklanan masrafları ve krediye karşılık faiz ödeme gibi borçları bulunmaktadır.

Konut finansmanı hususuna ilişkin olarak, konut finansmanı kuruluşunun tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi halinde kalan borcun tamamının ifasını talep etme hakkı gibi bazı konulardaki düzenlemeler, tüketiciden ziyade finansman kuruluşunu koruduğu ve TKHK'nın amacı ile bağdaşmadığı gerekçeleriyle doktrinde eleştirilmektedir.

Son olarak konut finansmanı sözleşmesi TBK'daki genel hükümlere ek olarak, tüketicinin kredi borcunu ödemesi, TKHK md.37 hükmü gereğince konut finansmanı sözleşmesindeki tüm borcunu erken ödemesi ve TKHK md.34 hükmü gereğince tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda konut finansmanı kuruluşunun kalan borcun tamamını talep etmesi üzerine yapılan ödeme ile sona erer.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

- Acar F, 'Konut Finansmanı Sözleşmesinin Sona Ermesi ile İlgili Bazı Düşünceler' (2017) (1) Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları 372-376.
- Akıpek Ş, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi* (1th edn, Seçkin 1999).
- Akyol Ş, 'Banka Sözleşmeleri' (2001) Ord. Prof. Dr Kemaleddin Birsen'e Armağan.
- Aslan İY, *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku* (4th edn, Ekin 2014).
- Aydoğdu M, *Tüketici Hukuku Dersleri* (1th edn, Adalet 2015) (Tüketici Hukuku Dersleri).
- Aydoğdu M, *Konut Finansmanı Sistemi (Mortgage) Sistemin Tüketici Hukukuna Etkileri ve Sistemde Yer Alan Menkul Kıymetler* (1th edn, Adalet 2010) (Mortgage).
- Baker PV, *Megarry's Manual Of The Law Of Real Property*, (4th edn, 1969).
- Çabri S, 'Konut Finansmanında Bağlı Kredi Sözleşmesi' (2017) (1) Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları (Bağlı Kredi).
- Çabri S, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (1th edn, On İki Levha 2010) (Konut Finansmanı Sözleşmeleri).
- Çabri S, *6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (1th edn, Adalet 2016) (Şerh)
- Çetiner B, 'Konut Kredileri ve Tüketicinin Korunması' (2007) (4) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 351-356.
- Gezder Ü, *Tüketici Kredisi Sözleşmesi* (1th edn, Beta 1998).
- Green K, *Land Law*, (3th edn, 1997).
- Kalender A, *Konut Kredisi Sözleşmesi* (1th edn, Seçkin 2016).
- Kocayusufoğlu N, Hatemi H, Serozan R and Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I.: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (7th end, Filiz 2017).
- Koçak D, *Konut Finansmanı Kanunu Öncesi ve Sonrası Mortgage Türk Uzun Vadeli Konut Finansman Sisteminde Varlığa Dayalı Menkul Kıymetleri Rolü* (1th edn, Beta 2007).
- Küçükaydın EA, *Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı*, (1th edn, On İki Levha 2018).
- Oy O, *Türkiye'de Mortgage Uygulaması: Konut Finansmanı Sistemi ve Ana Hatları ile Gayrimenkul Mevzuatı* (1th edn, Beta 2007).
- Özdemir G, *Konut Kredileri ve Konut Kredilerinde Teminat İşlemleri* (1th edn, Seçkin 2017).
- Reisoğlu S, 'Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları' (2007) (61) Bankacılar Dergisi 75-84.
- Smith RJ, *Property Law*, (2th edn, 1998).
- Yavuz C, Acar F and Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (10th edn, Beta 2014) (Özel Hükümler).
- Yavuz C, Acar F and Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (14 th edn, Beta 2016) (Borçlar Hukuku Dersleri).
- Yavuz N, *Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, (1th edn, Kartal 2007) 850.
- Yılmaz ÇM, *Mortgage Sisteminin Hukuki Niteliği ve Türk Hukuk Sistemindeki Yeri* (1th edn, Yetkin 2012).
- Zevkliler A and Özel Ç, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (1th edn, Seçkin 2016).

Elektronik Kaynaklar/Electronic Resources

www.kazanci.com

www.kararara.com

www.uyap.gov.tr



İstanbul Hukuk Mecmuası

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 08.02.2019
Revision requested: 20.06.2019
Last revision received: 28.06.2019
Accepted: 28.06.2019

Cyberbullying and Criminal Law

Gülşah Bostancı Bozbayındır ^{*}

Abstract

As a result of the rapid growth and availability of information and communication technology (ICT) traditional bullying and harassment activities have started to appear on the internet. Current forms of cyberbullying and cyberharassment are a cause of great concern with respect to children's safety and well-being. Cyberbullying lacks a universally accepted definition, namely there is no consensus on a single definition of cyberbullying - which is, after all, generally understood as bullying occurring on the internet - determined at an international or European level. However, in this study we have identified the distinctive features of cyberbullying, that is, the high degree of anonymity, power imbalance between the offender and the victim, potentially public nature of cyberbullying and defencelessness of the victim, and the high probability of repetition with anonymity being one of the unique features of cyberbullying. We shall analyse all these elements of cyberbullying, respectively. After this conceptual analysis, we shall assess the approaches and solutions that have been adopted towards cyberbullying in a comparative manner. Finally, we will address the question of whether acts of cyberbullying should be criminalized and we will discuss the employability of options other than criminal law.

Keywords

Cyberbullying • Bullying • ICT • Criminal law

Siber Zorbalık ve Ceza Hukuku

Öz

Bilişim ve iletişim teknolojilerinin hızlı gelişimi ve ulaşılabilirliği, taciz ve benzer nitelikteki olayların internet üzerinden gerçekleştirilmeleri sonucunu doğurmaktadır. Yüz yüze tacizden farklı olarak siber taciz ya da zorbalık olayları çok çeşitli fiilleri kapsayacak biçimde ve bu nedenle birçok görünüm biçimini de içeren dünya genelinde yeni bir fenomen haline gelmiştir. Her ne kadar henüz siber tacize ilişkin gerek Avrupa gerekse dünya genelinde ortak bir tanım yapılmamışsa da en basitiyle internet üzerinden gerçekleştirilen taciz, zorbalık anlamına gelmektedir. Siber taciz vakalarının işlenme sıklığı ve sayısı her geçen gün daha da artma eğilimi göstermekte, tacizcilerin internet kullanma oranı da artış göstermesi ile beraber özellikle çocukların bu fiillere maruz kalma ihtimali de yükselmektedir. İnternet ortamında gerçekleşen siber taciz vakaları çocukların güvenliği ve refahı bakımından büyük bir endişe kaynağı teşkil etmektedir. Bu nedenle, çalışmamızda siber taciz kavramının başat unsurlarını tespit etmeye çalıştık. Bu unsurlar, yüksek seviye anonimlik, mağdurun kendini savunma imkanlarının büyük ölçüde kısıtlanmış olması ve tekerrür ihtimalinin oldukça yüksek olmasıdır. Çalışmamızda, siber taciz kavramının bu ayırıcı vasıflarını sırasıyla tahlil edeceğiz. Bu kavramsal analizin akabinde, karşılaştırmalı hukukta siber taciz konusunda benimsenen yaklaşım ve çözümleri değerlendireceğiz. Nihayet, siber taciz fiillerinin suç haline getirilip getirilmemesi gerektiği sorusunu ve ceza hukuku dışındaki çözüm ihtimallerini ele alacağız.

Anahtar Kelimeler

Taciz • Siber taciz • Ceza hukuku • Bilgi ve iletişim teknolojileri

* **Correspondence to:** Gulsah Bostancı Bozbayındır (Dr. Lecturer), İstanbul Sabahattin Zaim University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, İstanbul, Turkey. Email: gulsah_bostanci@yahoo.com ORCID: 0000-0003-0602-2713

To cite this article: Bostancı Bozbayındır G, "Cyberbullying and Criminal Law" (2019) 77(1) İstanbul Law Review 425
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0009>

Introduction

As a result of the rapid growth and availability of information and communication technology (ICT), new risks related to privacy have begun to emerge. One of these risks is that traditional bullying and harassment activities have started to appear on the internet. Indeed, current forms of cyberbullying and cyber harassment are a cause of great concern with respect to children's safety and well-being. Furthermore, the numbers and frequency of cyberbullying cases have a tendency to increase rapidly and children have encountered a more widespread contact risk on the internet in recent years¹ because people have started to increasingly use the internet to slander² and cyberbully other people³. For instance, according to a recent study conducted by the Cyberbullying Research Center in America, in 2016 approximately 34% of students reported experiencing cyberbullying and approximately 12% of students admitted that they had committed acts of cyberbullying against others at some point in their lifetime. According to the 2014 EU Kids Online and Net Children Go Mobile Report⁴, cyberbullying and negative forms of user-generated content are on the rise among girls and in the youngest age group (9-16 years) from 8% to 12%. According to another report issued by the Counselling Service from Northern Ireland, 25% of adolescents reported that they had struggled with repeated bullying on their mobile phone or on the Internet and 52% of adolescents reported being cyberbullied. About half of young people have also reported other forms of cyberbullying they were facing. Among these young people, almost 20% experience cyber bullying regularly⁵. This data is also verified in the i-SAFE Foundation survey⁶. One out of every three (34%) children in the United Kingdom have been exposed to cyberbullying, exposed to damaging content of a website encouraging self-harm or saw some other type of negative consequences when using social media⁷.

The statistics given above show that there have been many incidents in which young people harmed themselves or committed suicide as a result of an act of bullying which took place online - such as the case of Megan Meier, which will be analysed below. Such incidents may be extreme, but it is often the case, especially among young people, that they are pressured primarily online, and their personality is systematically destroyed via the Internet. Typically, a perpetrator begins the cyberbullying by sharing opinions or posting images of the victim. The individual

¹ Milda Macenaite, *Regulation of Children's Online Privacy*, (Tilburg University Research Master Paper 2012), 7.

² Krupa Patel, 'Cyberbullying: What's the Status in England?', (2011-2012) (13) San Diego International Law Journal, 589, 602.

³ Patel (n 2) 590.

⁴ <<http://netchildrengomobile.eu/ncgm/wp-content/uploads/2014/11/EU-Kids-Online-Net-Children-Go-Mobile-comparative-report.pdf>> accessed 12 December 2018

⁵ <<https://nobullying.com/cyber-bullying-statistics-2014/>> accessed 6 November 2018

⁶ <https://www.isafe.org/outreach/media/media_cyber_bullying> accessed 24 June 2019

⁷ <<https://www.theguardian.com/technology/2017/jun/30/british-teenagers-among-worlds-most-extreme-internet-users-report-says>> accessed 15 March 2018

threat, insult, harassment or exclusion is not a criminal offense, nor is spreading individual embarrassing photos. As in stalking, perpetrators act systematically and the acts or their effects continue for a long time. It is particularly traumatic for a victim of cyberbullying that there appears to be no escape.

I. Definitional Issues and the Unique Nature of Cyberbullying

A. Definitions of Cyberbullying

1. General Remarks

In comparison with traditional/face-to-face bullying⁸, cyberbullying is a relatively new worldwide phenomenon which encompasses a wide variety of acts and therefore has several subtypes. Cyberbullying lacks a universally accepted definition, namely there is no consensus on a single definition of cyberbullying - which is, after all, generally understood as bullying occurring on the internet - determined at an international or European level.⁹ Put generally, current conceptions of cyberbullying treat the subject merely as a form of traditional bullying, which is committed through novel means¹⁰.

Indeed, cyberbullying and bullying in its traditional forms share a common trait, that is, the element of repetition or the continuous nature of acts. It should not be forgotten that, with some exceptions, cyberbullying is an extension of traditional face-to-face bullying¹¹. In the literature, it has been argued whether cyberbullying is either an umbrella term to cover electronic bullying and internet harassment¹² or it is face-to-face bullying retaining some of the main elements including repetition, power imbalance and intention¹³. The content of cyberbullying encompass not only harassment - which includes (but is not limited to), aggressive acts, sexual abuse, physical threats, mobbing or insulting others but also includes social bullying such as non-verbal cues signalling the intent to spread rumours, slander, social inclusion and the like¹⁴.

⁸ 'Face-to-face bullying is regarded as an abusive relationship that involves repeated, intentionally hurtful acts directed towards a target who is less powerful than the perpetrator and is unable to defend themselves' Lucy R. Betts, *Cyberbullying, Approaches, Consequences and Interventions*, (Palgrave 2016) 29.

⁹ Cyberbullying among young people, <[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/.../IPOL_STU\(2016\)>](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/.../IPOL_STU(2016)>), 8. accessed 13 April 2018

¹⁰ Philipp Pelka, 'Cybermobbing und die Notwendigkeit einer neuen Strafrechtsnorm in Deutschland' (Grin Verlag 2015) 2.

¹¹ <<http://oecdeducationtoday.blogspot.com.tr/2014/10/combating-bullying-in-schools.html>> accessed 14 April 2018; Nicole Weber and William V. Jr. Pelfrey, *Cyberbullying-Consequences, Causes and Coping Strategies* (Lfb Scholarly Pub 2014) 30.

¹² R.S. Tokunga, 'Following you home from school: A critical review and synthesis of research on cyberbullying victimization' 26 (3) *Computers in Human Behaviour* 277, 277.

¹³ D. Olweus, 'School Bullying: Development and Some Important Challenges', (2013) (9) *Annual Review of Clinical Psychology* 751, 752, Kimberly L. Mason, 'Cyberbullying: A Preliminary Assessment for School Personell, *Psychology in the Schools*' (2008) 45(4) *Psychology in the Schools*, 323, 324 <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/pits.20301>> accessed 21 June 2019, J. Wang, R.J. Iannotti and J.W. Luk, 'Patterns of Adolescent Bullying Behaviours: Physical, Verbal, Exclusion, Rumor and Cyber' (2012) 50(4) *Journal of School Psychology* 521, 534. for the different detailed definitions of cyberbullying: Nicole Weber, V. William and Jr. Pelfrey, (no 11) 32 ff.

¹⁴ A Millwood Hargrave, 'Protecting Children from Harmful Content Report Prepared for the Council of Europe's Group

According to the OECD Report of 2018, cyberbullying is defined as ‘an aggressive, intentional act carried out by a group or individuals, using electronic forms of contact, repeatedly and over time against a victim who cannot easily defend him or herself’¹⁵. Both bullying and cyberbullying are aggressive conducts whose objective is to harm another person. Thus, in this way, cyberbullying possesses another feature that deserves its distinct treatment vis-a-vis traditional bullying. Indeed, cyberbullying targets a victim’s life in a repeated, continuous fashion through the use of ICTs. Most of the prerequisites of traditional bullying are also valid for the phenomenon of cyberbullying, that is, in both forms of bullying there are elements of aggressive behaviour, power imbalance between the perpetrator and the victim and repetition of harmful acts¹⁶. Cyberbullying is a “psychologically harmful form of social cruelty among peers” experienced through the means of electronic media and ICT¹⁷. In this respect, cyberbullying is a systematic abuse of power which takes place using internet technology by means of Facebook, twitter, etc¹⁸. That said, employment of new technologies further complicates the matter, since further elements such as anonymity cause difficulties with identifying the bully and the duration of bullying. These elements mark the distinctiveness of cyberbullying and its potential to cause more harm than traditional, face-to-face bullying. Self-evidently, the Digital World is a liberating environment which brings a lot of privileges but at the same has disadvantages and risks especially for young people including but this is by no means limited to cyberbullying. In this vein, we shall treat cyberbullying as a new form of bullying in its own right since there is growing evidence that cyberbullying represents a unique form of bullying. Despite the discrepancies in defining cyberbullying or the lack of consistency and consensus on the definition in the literature, the following requirements are generally acknowledged as the constitutive elements of an act of cyber-bullying: the power dynamic between the victim and the perpetrator, anonymity of perpetrator, repeated acts, high publicity¹⁹.

of Specialists on Human Rights in the Information Society’ <[www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/\(2009\)13_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/(2009)13_en.pdf),p.8> accessed 27 March 2017; Betts (n 8) 13.

¹⁵ OECD Report on New Technologies and 21st Century Children: Recent Trends and Outcomes, Education Working Paper No. 179, s.24, <<http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/>> accessed 28 March 2018. Although there are many types of bullying, generally accepted as a form of harassment involving aggressiveness, intent to harm, repetition and a power imbalance between the bully and the bullied. For more detailed: <<https://www.bullying.co.uk/general-advice/what-is-bullying/>> accessed 29 May 2018.

¹⁶ Peter Smith, Georges Steffgen and Ruth Sittichai, ‘The Nature of Cyberbullying and an international Network’ in Peter Smith and Georges Steffgen (eds) *Cyberbullying through the new media* (Psychology 2013) 26.

¹⁷ Shaheen Shariff, Dianne L. Hoff, ‘Cyberbullying: Clarifying Legal Boundaries for School Supervision in Cyberspace’, (2007) 1 (1) *International Journal of Cyber Criminology*, 76 ff.

¹⁸ Smith, Steffgen and Sittichai (n 16) 26.; Weber (n 11) 30.

¹⁹ For detailed information and discussions: Betts (n 8) 10 ff. ‘A recent research argued that the definitions of cyberbullying consist of four elements: (1) intentional aggressive behaviour that is (2) carried out repeatedly (3) occurs between a perpetrator and a victim who are unequal in power and (4) occurs through ICT. Kowalski, Giumatti, Schroder and Lattanner, ‘Bullying in the Digital Age: A critical review and meta-analysis of cyberbullying research among youth’ (2014) 4 (140) *Psychological Bulletin* 1073, 1137. Another research emphasis ‘anonymity and potential public nature of cyberbullying as more important facets in definitions of cyberbullying’. H. Thomas, P. Connor and J. Scott, *Integrating Traditional Bullying and Cyberbullying: Challenges of Definition and Measurement in Adolescents*, (27) *Education Psychology Review* 135, 152.

2. Distinctive Features of Cyberbullying

a. A High Degree of Anonymity

Anonymity is one of the unique features of cyberbullying. Anonymity and accessibility distinguish cyberbullying from traditional bullying. The anonymity of the perpetrator affects the victims in various ways. The degree of anonymity in cyberbullying can be very high, because perpetrators are not physically recognizable at first and can also be hidden behind a pseudonym (e.g., wrong profile or wrong profile photo) or they can manipulate their true identity. Hiding their identity gives the perpetrator more power over the victim, the perpetrators' actions are less likely to be judged by acquaintances and also anonymity encourages the perpetrator to increase the degree of fear²⁰. As the online attacks cause the victim to feel isolated, become dehumanized and helpless, victims of cyberbullying are more likely to suffer from higher levels of depression²¹.

Anonymity also brings the lack of empathy. This element leads to more fear among victims, and they mostly do not find solution strategies faced with the difficulty in identifying perpetrators. Victims of cyberbullying who face continuous humiliation from an unidentified bully, are afraid that they cannot prove who was the perpetrator and they cannot ask for assistance from others. Additionally, perpetrators are committing the acts solely on the Internet meaning that a connection in the real environment - such as school - does not exist and perpetrators are in most cases not aware of the emotional symptoms that victims suffer as a result of an act of cyberbullying. In other words, the perpetrator does not witness the victim's reaction and therefore it encourages cyberbullying, because the lack of direct feedback prevents feelings of empathy with the victim or feeling sorry for him or her. This lack of empathy causes the perpetrator to use crueler language including threats that increases the level of fear that is gradually instilled into the heart of the victim, since he is helpless faced with the humiliation and seriousness of the threat.

One of the challenges is the issue of dark figures in such cases. Generally, it is a fact that cyberbullying cases ending in the suicide of the victims can fall within the criminal law. For example, a study has revealed that 40% of young people never report cyberbullying abuse. Moreover, the parents are reluctant to report such incidences²². When a minor becomes a victim, he/she is not even aware of the fact that the relevant conduct can constitute a crime or a wrongful act. The dark figures also can be explained by the fact that victims fear being labelled as a 'snitch'; the fear of making that situation worse and not taking the matter seriously

²⁰ Betts (n 8) 44.

²¹ Stephanie Chen, 'In a wired world, children unable to escape cyberbullying', <<http://www.cnn.com/2010/LIVING/10/04/youth.cyberbullying.abuse/index.html> <http://www.nih.gov/news/health/sep2010/nichd-21.htm>> accessed 14 April 2018.

²² <<https://www.ditchthelabel.org/wp-content/uploads/2016/04/Annual-Bullying-Survey-2016-Digital.pdf>> accessed 3 May 2018.

and being embarrassed about revealing the act of cyberbullying against him/her and the like²³.

b. Power Imbalance

Both technological knowledge and anonymity create and contribute to the power imbalance between victims and perpetrators. Although it is a common characteristic of both traditional bullying and cyberbullying, the definition of power imbalance has a new dimension when it comes to cyberbullying. In traditional bullying, for instance, the power imbalance will be between peers, the bully and the victim. The bully who is the domineering passive peer has the power to control the other child. In traditional bullying, power imbalance refers to physical strength, psychological confidence, numbers, popularity or rejection in a group context²⁴. In cyberbullying cases power dominance is not determined in terms of physical strength, rank, or age but rather technological knowledge and anonymity²⁵. However, regarding the power imbalance, two rather new opportunities - technical ability with ICTs and anonymity - become significant. It is assumed that anonymity can contribute to a power imbalance. In other words, if the perpetrator attacks and the victim is upset and does not know the bully or how to defend themselves, it creates the imbalance of power²⁶. Thus, it is now not only a problem in adolescents or physically weak people. Teachers, for instance, are increasingly becoming the targets of cyberbullies who might happen to be their students. The most common way to bully teachers is to form a hate group on social networking sites containing defamatory comments and to create fake profiles in their names, potentially using non ethical images. When all these reasons are taken into consideration, power imbalance is a unique defining moment of cyberbullying, since without such an element the act of cyberbullying cannot be defined²⁷.

c. The Potentially Public Nature of Cyberbullying and Defencelessness of Victims

A high level of publicity of cyberbullying and its effects that cause massive distress in its victims are the main distinctive characters of this conduct compared to traditional bullying. The constant availability of the internet is one of the causes of the substantial harm to the victim²⁸.

When hurtful remarks or sexually explicit content images are posted on a website,

²³ <<https://www.ditchthelabel.org/wp-content/uploads/2016/04/Annual-Bullying-Survey-2016-Digital.pdf>> accessed 3 May 2018.

²⁴ Smith, Steffgen and Sittichai (n 16) 26.

²⁵ Betts (n 8) 41.

²⁶ Menesini, Nocentini, Palladino, Scheithauer, Krumbholz and Frisen 'Definitions of Cyberbullying', in Peter Smith and Georges Steffgen (eds), *Cyberbullying Through the New Media* (Psychology Press 2013) 49.

²⁷ Menesini, Nocentini, Palladino, Scheithauer, Krumbholz, Frisen, (n 26) 49.

²⁸ Patel (n 2) 596.

it becomes available to be seen by all. Hundreds of thousands, even millions of users without the usual boundaries of time and space can be directly online via social media and involved in cyberbullying²⁹. Social media networks with growing usage could also become platforms for hate speech, defamation and the like. In a similar fashion, an act of bullying which takes place on the Internet would no longer be seen or heard among the members of a tiny community, but it may, in some instances, be accessed by the entire world. It is noteworthy that one who was humiliated by a traditional act of bullying could leave the community and make a fresh start elsewhere. This would no longer be possible for victims of cyberbullying, for the Internet does not forget.

Moreover, if the perpetrator uses bystanders (who under normal circumstances only watch but do not get involved) in social media or e-mail to send bullying messages, the bystander could become the potential participant in tormenting the victim. Just as the perpetrator, bystanders might feel safe in their anonymity³⁰. Also, it can be said that bystanders' positions and roles get even more complicated than the traditional bullying when it comes to cyberbullying. Firstly, when a derogatory, defamatory or offensive content is sent or posted by the perpetrator, bystanders can repeatedly visit the relevant website. Secondly when unwanted internet content is received, bystanders may also become participants in this humiliating act³¹. Victims cannot even feel safe in their own homes or bedrooms because perpetrators and bystanders reach virtually via smartphones or PC's directly into the victims' room and consequently cyberbullying is likely to have a very negative effect on young people's health³². In other words, it is a plain fact that the digital world does not have any geographical limits; thus the perpetrator does not need to be together with the victim in the same physical environment.

d. Repetition

Another negative effect of social media is the repetition of the cyberbullying act. Repetition is one of the much-debated aspects of cyberbullying, especially with respect to determination of its proper scope³³. Repetition may occur in each new view when it comes to cyberbullying. Due to numerous technologic advantages, one act may easily 'snowball' out of the initial control of the bully³⁴, after all cyberbullying acts take place more than once. So, the continuous effect of an incident gives cyberbullying act a multi-episodic character³⁵. In other words, even if the message was only posted

²⁹ Kai Cornelius, 'Plaedyoyer für einen Cybermobbing-Straftatbestand' (2014) ZRP 165; Betts (n 8) 15.

³⁰ Patel (n 2) 596.

³¹ Quing Li, Peter Smith and Donna Cross, *Cyberbullying in the Global Playground*, (Wiley-Blackwell 2012) 8.

³² Pelka (n 10) 10.

³³ Betts (n 8) 38.

³⁴ Smith, Steffgen and Sittichai (n 16) 26.

³⁵ Philip C. Rodkin and Karla Fischer, 'Cyberbullying from Psychological and Legal Perspectives', (2012) 3(77) Missouri Law Review 619, 625.

once, the potential impact on the victim could be endless. Accordingly, cyberbullying is in a sense endless, since once a post is published online it cannot be deleted. This makes cyberbullying unique. Furthermore, people send posts - which are almost impossible to retrieve or undo - without thinking about the consequences of sharing through the instantaneous capabilities of the internet. Repetition in cyberbullying may take different forms. Repeated acts could be committed against the victim where the bully is the same or a single act could be viewed by many different audiences on a number of occasions. When a single act on YouTube or on other web pages is viewed by multiple audiences/bystanders who intend to mock and deride the victim, this exposes the victim to the risk of repeated humiliation because one single act can lead to an extreme number of reposts, without any further contribution from the initial perpetrator³⁶. Although the act is not repeated, the negative experience associated with it repeats itself as long as the material is accessible. What matters here is the impact of the action upon the victim, in other words its gravity. Thus, a single act that could be viewed by a continually growing and unlimited audience may be considered as having a greater impact and more severe than a few repeated acts against the victim.

Some definitions of cyberbullying regard repetition as a constitutive element of cyberbullying. Yet, repetition is not a common element in the definitions of cyberbullying in different jurisdictions³⁷. Whereas the U.S. law focuses on repeated harm-repetition, the UK focuses on the element of upsetting someone without any requirement concerning the element of repetition.

3. Cyberbullying and It's Relation to Similar Acts

Although some scholars scrutinise cyberbullying as a single construct³⁸, several types of aggressive behaviours constitute cyberbullying³⁹. Acts of cyberbullying include, among others, teasing, insults, hate speech, social exclusion, pejorative names, extortion or threatening the victim via SMS, emails, chatrooms, social networks, blogs, websites, etc. Dissemination of personal information without consent is also a form of cyberbullying. Flaming, as another form of cyberbullying, involves an intense and aggressive dispute via e mail or instant messages⁴⁰. Flaming generally takes place in online forums and settings, such as chatrooms. Generally rude, vulgar language, insults and threats may be brought into the discussion between two people⁴¹. Denigration means that the harmful, untrue and cruel comments which

³⁶ Menesini, Nocentini, Palladino, Scheithauer, Krumbholz and Frisen (n 26) 49.

³⁷ Betts (n 8) 38.

³⁸ Smith, Steffgen and Sittichai (n 16) 27.

³⁹ Betts (n 8) 19; N.E. Willard, *Cyberbullying and Cyberthreats: Responding to the Challenge of Online Social Aggression, Threats, and Distress*, Champaign (IL: Research Press 2017).

⁴⁰ Macenaite (n 1) 7.

⁴¹ Patel (n 2) 601; Pelka (n 10) 5.

are spread by the perpetrator can be posted on websites and social media or can be sent to others via mail or instant messaging. By this form of cyberbullying, the victim is not next to the act but the object of the act⁴². Also recording a physical attack and publishing it or showing intimate or embarrassing photos and video clips of a victim in social networks or video platforms is a means by which the bully reads remarks about the victim is known as happy slapping. The purpose is to send it to audience/bystanders in the hope that it will frustrate the relationship between the victim and their friends or tarnish the victim's reputation.

One form of cyberbullying is sexting. The distribution of sexual images, creating and sharing embarrassing images or videos, and sending sexually explicit messages via social media constitute sexting. In general, sexually explicit messages or images are sent in the context of romantic relationships. When a couple bring the relationship to an end, or when the sexually explicit messages and images are circulated without the victim's consent, sexts can be a mechanism of cyberbullying⁴³.

One form of cyber harassment has been criminalised by the Convention of Council of Europe on the Protection of Children against Sexual Exploitations. Article 23 of the Convention requires that contracting parties '*shall take the necessary legislative or other measures to criminalise the intentional proposal, through information and communication technologies, of an adult to meet a child who has not reached the age set in application of Article 18, paragraph 2 (For the purpose of paragraph 1 above, each Party shall decide the age below which it is prohibited to engage in sexual activities with a child.), for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Article 18, paragraph 1.a (engaging in sexual activities with a child who, according to the relevant provisions of national law, has not reached the legal age for sexual activities;), or Article 20, paragraph 1.a (Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conduct, when committed without right, is criminalised: producing child pornography), against him or her, where this proposal has been followed by material acts leading to such a meeting.*⁴⁴' By means of the article, communication with a

⁴² Pelka (n 10) 6.

⁴³ Betts (n 8) 123.

⁴⁴ In the UK Sexual Offences Act 2003, Section 15 became up to date with changes as follows:

'15 Meeting a child following sexual grooming'

(1) A person aged 18 or over (A) commits an offence if—

(a) A has met or communicated with another person (B) [on one or more occasions] and subsequently—

(i) A intentionally meets B,

(ii) A travels with the intention of meeting B in any part of the world or arranges to meet B in any part of the world, or

(iii) B travels with the intention of meeting A in any part of the world,

(b) A intends to do anything to or in respect of B, during or after the meeting mentioned in paragraph (a)(i) to (iii) and in any part of the world, which if done will involve the commission by A of a relevant offence.]

(c) B is under 16, and

(d) A does not reasonably believe that B is 16 or over.

(2) In subsection (1)—

(a) the reference to A having met or communicated with B is a reference to A having met B in any part of the world or having communicated with B by any means from, to or in any part of the world;

child to establish mutual trust with the intention of initiating sexual contact offline constitutes a crime.

Some types of conduct listed below are classified as direct or indirect cyberbullying in a broad sense. For instance, pressuring the victim into sending sexual secrets or private image material or engaging in sexual conversations, creating false profiles under the real name of a classmate and in doing so spreading false and unkind things, assuming the victim's identity and using it to send harmful or inappropriate messages to others⁴⁵, also spreading rumours by cell phone, email, chat and taking part in voting on a defamatory polling websites, outing of entrusted information⁴⁶, isolating and excluding a person, sending insulting and threatening or abusive messages, exclusion and ostracism, rejecting friendships on online platforms, uploading or sending embarrassed or intimate photos or videos of classmates or teachers on the internet, adding fake photos of the victim to an existing profile or personal websites with other web content, creating and sharing humiliating images or videos, sending explicit messages, inciting young people to self-harm and other dangerous behaviours, voting for or against someone in an abusive poll and the like.⁴⁷

Moreover, it has been argued that cyberbullying is an emerging international public health problem. Researchers investigating the consequences of cyberbullying have shown that detrimental consequences such as increased anxiety, depression, lower self-respect and psychosomatic symptoms, psychosomatic problems increasing the risk of difficulties at school and behaviour maladjustment and substance abuse are all associated with children who have been bullied⁴⁸. For example, a recent study carried out by The National Institutes of Health analysing the effect of cyberbullying showed that victims suffer higher levels of depression because online attacks are more likely to lead the victim to despair, feeling isolated, or helpless⁴⁹. These heavy consequences

(b) "relevant offence" means—

(i) an offence under this Part,

(ii)

(iii) anything done outside England and Wales F5. . . which is not an offence within sub-paragraph (i) . . . but would be an offence within sub-paragraph (i) if done in England and Wales.

(3)

(4) A person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years.]

⁴⁵ As an example to impersonation is the Callum case in which the 17 year old perpetrator who set up a fake Bebo account named Callum and tricked his friend into falling in love with fake personality. When the victim learned the joke, he tried to commit suicide. The court assessed the acts as cyberbullying and imposed a penalty of 250 Pound. Bebo Cyber-bully Faces Jail After Tricking Friend Into Falling in Love with Fake Profile, Daily Mail, Jan.29 2008. <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-5371583/Teen-hung-feared-going-jail-like-dad.html>> accessed 6 May 2018. Pelka (n 10) 6.

⁴⁶ Pelka (n 10) 7.

⁴⁷ NSPCC website, Bullying and Cyberbullying: what are bullying and cyberbullying?, <https://www.nspcc.org.uk>> accessed 31 May 2017.

⁴⁸ Marilyn Campbell and Ales Završnik, 'Should Cyberbullying be criminalized', in Peter Smith and Georges Steffgen (eds) *Cyberbullying Through The New Media* (Psychology Press 2013), 82.

⁴⁹ <<https://www.nih.gov/news-events/news-releases/depression-high-among-youth-victims-school-cyber-bullying-nih-researchers-report>> accessed 31 May 2017.

of cyberbullying have placed the issue to the forefront of the public's attention⁵⁰. It impairs the health of adolescents, since it causes anxiety, loss or damage to self-respect, emotional disturbance, substance use and suicidal behaviour⁵¹.

B. Approaches to Cyberbullying in Comparative Criminal Law

In response to the demands for the new legislation tackling the negative consequences of cyberbullying, some states have started to criminalize acts constituting cyberbullying⁵². These statutes that criminalize cyberbullying fall into two categories. Some of these laws are aimed at modernizing the existing law by adding the element of '*via telecommunications or by electronic means*', specifically to harassment or stalking laws. Others have drafted new crimes concerning cyberbullying.

In Common Law countries, such as the United States of America have taken the lead in legislating cyberbullying. Since 2009 several U.S. states have started adopting legislation in which cyberbullying is classified as a criminal offense. Bullying laws target bullying conducted on the Internet or via mobile phones. In the U.S., 49 states have incorporated electronic harassment into existing bullying laws. For example, North Carolina is one of the first states to impose criminal sanctions to cyberbullies and to students who cyberbully school employees⁵³.

Although in the UK cyberbullying is not a specific criminal offense, cyberbullying behaviours are incorporated into other crimes such as harassment or threatening behaviour⁵⁴. In the UK four statutes exist that can be applied in cases of cyberbullying. Perpetrators of cyberbullying have been brought before the courts under existing laws such as the Protection from Harassment Act 1997, the Communications Act 2003, the Malicious Communication Act 1988, the Offences Against the Person Act 1861, the Communications Act 2003 or the Criminal Justice and the Public Order Act 1994. For example, in order to protect the victim, the Protection from Harassment Act 1997 is used to prosecute. The Act refers to a 'course of conduct' which is essential to bring a claim before the court⁵⁵. Although harassment is not defined by the Act itself,

⁵⁰ In 2006, Megan Meier, 13, hanged herself after being cyber-bullied on MySpace. In 2008, a Brighton schoolboy attempted suicide after persecution on Bebo, another social networking site. In 2009, 15-year-old Cheshire schoolgirl Megan Gillan killed herself, also after being tormented on this site. <<https://www.reuters.com/article/us-myspace-suicide/woman-indicted-in-myspace-hoax-suicide- accessed 24 June 2019>>

⁵¹ C.L. Nixon, 'Current perspectives: The Impact of Cyberbullying on Adolescent Health' (2014) (5) *Adolescent Health, Medicine and Therapeutics* 143, 154.

⁵² Campbell and Završnik (n 48) 83.

⁵³ § 14-458.2. Cyber-bullying of school employee by student General Assembly Of North Carolina Session 2011 Session Law 2012-149 Senate Bill 707.

⁵⁴ According to Daily Mail (15 November 2017), the number of cyberbullying incidents jumped by 37 per cent in 12 months, four of ten teacher have had to deal with online bullying in their classroom and online safety experts urge that the problem was getting worse. <<http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-5085475/Cyber-bullying-rocketing-UK-schools.html>> accessed 14 June 2017.

⁵⁵ An example of harassment at the forefront of a cyberbullying incident is the case of Keeley Houghton. In the landmark ruling the 18 year old teenager Keeley became the first to be jailed for bullying on the internet in the UK. After posting humiliating and threatening posts to Emily's facebook profile who is 14 years old, she went to trial and the court gave a

the Act defers the issue of definition to the courts which will make a case-by-case determination. The Protection from Harassment Act 1997 is considered sufficient to prosecute bullying conducted using social media. Likewise, according to section 1 of the Malicious Communications Act 1988 sending a communication which is grossly offensive with the purpose of causing distress or anxiety shall constitute an offence. These laws can be useful tools in order to provide effective protection of the victim's rights but nevertheless they may be ineffective and outdated struggling against modern cyber problems such as cyberbullying and therefore are unsuitable⁵⁶. The Crown Prosecution Service in the UK released a set of interim guidelines called 'Guidelines on prosecuting cases involving communications sent via social media' which was published in order to set out the approach outlining regulations for communications sent via social media.

According to the OECD Report on the Protection of Children Online 2012, Austria (which has the highest cyberbullying rate in the EU), is a unique example when it comes to the regulation of cyberbullying. Indeed, Austria, unlike other European jurisdictions, cyberbullying has been a criminal offense since 1 January 2016. With a new Article 107c titled 'Continued Harassment Disturbance via Telecommunication or a Computer system', Austria has introduced an offense to its criminal code, thereby being the first European country explicitly penalizing cyberbullying. The legislator chose the term 'harassment' instead of cyberbullying. It is only punishable under Section 107c if it might have an effect of unreasonably impairing the lifestyle of the victim. An actual impairment is not necessary. If the cyberbullying leads to a suicide or suicide attempt, the offender shall be punished with aggravated imprisonment. The crime is primarily concerned with the protection of the freedom of determining one's own life. The section penalizes serious attacks against people and interferences with their personal sphere on the Internet because it is hardly controllable with actions usually having a widespread reach and thereby seriously destroying their personality. The legally protected good of Article 107c/1 is the victim's honour. Violation of honour within the ambit of the Article does not mean the "subjective sense" of honour of the victim, but rather honour in the objective meaning⁵⁷. Distribution of naked pictures of the victim could be an example. The notion of "sense of honour" applies to sexual life, family life, disease, disabilities or religious views⁵⁸. If, for example, the perpetrator spreads awareness of the victim's HIV-disease, this will be regarded as a violation of sense of honour pursuant to the meaning of the offense. Facts distributed by the perpetrator could be true or false. Pictures encompass both photos and videos.

ruling on the act which constituted cyberbullying. This verdict is the first in England to impose a criminal penalty on a perpetrator of cyberbullying. Patel (n 2) 601.

⁵⁶ Jennifer Agate and Jocelyn Ledward, 'Social Media: How The Net is Closing in on Cyberbullies' (24) 8 (2013) Ent. L.R. 263, 268.

⁵⁷ Schweighofer, in Höpfel and Ratz (eds) *Wiener Kommentar StGB*, (2th, Manz Verlag Wien) para. 7.

⁵⁸ Schweighofer (n 57) para 11.

The main case in this regard is the distribution of naked pictures. Whether half-naked pictures could be subsumed under this offense depends on the circumstances of the particular case⁵⁹. The Article also contains a condition that the violation of honour be perceivable by a large number of people. A large number of people according to the prevailing view in the literature should include at least ten persons. Thus, a private defamatory Facebook message or remark on WhatsApp against a particular person would not suffice. The facts or pictures should be accessible by others. Sending the material to a large number of people or to place it on the Internet or sharing the password of the relevant website would suffice⁶⁰. The action must be continued. Hence repeated action is necessary in the sense of several separate individual actions.

On 17 May 2017, Italy adopted a new law to combat cyber harassment, which makes it illegal to post insults or defamatory messages against minors online, to blackmail them on the Internet or steal their identities. This development is a significant step towards addressing this phenomenon and fill the gap in the legislation that is still present in many other EU countries. The law is dedicated to the first victim of cyberbullying in Italy, Carolina Picchio, who killed herself by jumping from her window after being cyberbullied with a video of her apparently drunk at a party, which was subsequently posted on Facebook, sparking a barrage of abuse online from an ex-boyfriend and his peers. It is for the first time that the legislation provides a specific legal definition of cyberbullying in Italy. The law makes cyberbullying acts illegal *'by using the internet to offend, slander, threaten or steal the identity of a minor; and allows the victim or their parents to demand from the website hosting abusive content to remove it within 48 hours'*⁶¹. Cyberbullying is defined as; (i) any repeated aggression / harassment; (ii) aimed at causing anxiety/fear; (iii) through, inter alia, psychic violence/pressure, the threat of personal injury, etc.; (iv) by means of any telematics platform including telephone, the internet, social network, instant messaging.

Spain is also one of the few EU countries to have a specific provision for acts constituting cyberbullying in their legislation. According to article 173 and 169 of the Spanish Criminal Code, *'a fine or imprisonment can be imposed on whoever harasses a person insistently and repeatedly through a range of behaviours seriously altering the daily life of the victim, such as contacting the victim through media'*. The Article determines aggravating circumstances with regard to cyberbullying. For example, if the victim is vulnerable because of his/her age, and if the perpetrator has an emotional connection with or is related to the victim⁶².

⁵⁹ Schweighofer (n 57) para 12.

⁶⁰ Schweighofer (n 57) para 13.

⁶¹ <<https://www.lastampa.it/2017/05/19/esteri/italy-passes-first-law-to-fight-online-bullying>> accessed 16 June 2018.

⁶² Prevent and combat cyberbullying: is the current regulatory framework sufficient?, <<http://www.jei.it/infogiuridica-jei/item/487-prevent-and-combat-cyberbullying-is-the-current-regulatory-framework-sufficient>> accessed 17 June 2018;

In Ireland the Harmful Communications and Digital Safety Bill came into force in 2017 to tackle online abuse. Article 5 of the Harmful Communications and Digital Safety Bill creates new criminal offences to deal with posting intimate images online without consent. Even though using the term cyberbullying or bullying is avoided in the Bill because of the lack of the agreed definition of it, it is accepted in the most serious form of harmful communications. Harmful communications covers cyberbullying with a broad sense and the Bill describes harmful communications such as the intentional victim-shaming of individuals, intimidating and threatening messages, non-consensual taking and communication of intimate images, harassment⁶³. With the Bill, the offences when committed by means of communications become part of the criminal law system. The offence of sending threatening or indecent messages is extended to apply to online communications. According to Part 2 of the Bill, in accordance with article 4: ‘Distributing intimate images without consent, or threatening to do so, with intent to cause harm’ with article 5: ‘taking or distributing intimate images without consent taking or distributing intimate images without consent’ and with article 6 ‘distributing threatening or false messages’ are now criminal offences.

In Germany, cyberbullying has become a fast-growing problem. Although in Germany cyberbullying is not a specific criminal offense, conduct that constitutes cyberbullying can be regarded as an offence that falls within the scope of other crimes such as that of insult (as defined in German Criminal Code ‘dStGB’ art.185); stalking (as defined in art. 237); or violation of intimate privacy by taking photographs (art.201a); dissemination of depictions of violence (as defined in art.131); defamation (as defined in art.186); threat (as defined in art. 240). A study in Germany has shown that one in every three children aged between 10-18 are the victim of cyberbullying⁶⁴. Therefore, at the yearly conference, organized by the ministers of justice, it was announced that Germany should fight against cyberbullying. Justice ministers were not only concerned about the growing number of insults and defamation on the internet but also emphasised that although insults and defamation are crimes according to the Criminal Code, cyberbullying has a different quality of injustice because of the huge numbers of internet users who can perceive the unhindered comments of unpleasant situations⁶⁵. For this reason, cyberbullying acts may not be covered by the applicable criminal law and it is needed to have the necessary measurements⁶⁶. The German Lawyer Association (DAV) announced that the articles of the German Criminal Code listed above are enough to tackle the problem of cyberbullying. The

⁶³ <<https://www.euractiv.com/section/social-europe-jobs/news/cyberbullying-a-creeping-phenomenon-only-punished-by-law-in-spain/>> accessed 17 June 2018.

⁶⁴ Law Reform Commission, The Report of Harmful Communication and Digital Safety Bill, (2016) 42.

⁶⁵ Cornelius, (n 29) 164.

⁶⁶ <<https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/justizministerkonferenz-2014-mein-kampf-cybermobbing-korruption/>> accessed 13 September 2018.

⁶⁷ <<https://www.udldigital.de/justizministerkonferenz-neue-beschluesse-zu-cybermobbing-und-justiz-it/>> 14 September 2018.

DAV also emphasised the importance of the adoption of preventive measures outside the realm of criminal law⁶⁷. Contrary to the DAV, the former North Rhine-Westfalia Minister of Justice Thomas Kutschaty was of the view that defining a new type of crime regarding cyberbullying is necessary and he claimed that if such a definition were adopted, the victim could report the crime more easily and quickly⁶⁸.

II. Legal Challenges in Drafting the Legislation for Cyberbullying: Criminalisation and Evidence Issues

A. General Remarks

A landmark decision, *U.S. v. Lori Drew* in 2009, the so-called Magen Meier case, showed how a lack of a definition of cyberbullying could lead to gaps in the coverage of such behaviour under existing laws. Mr. Drew was only convicted of violating MySpace's terms of service, which, in turn, caused demands for enacting specific laws to tackle cyberbullying in order for cyberbullies to be held responsible for their actions. Lori Drew was accused of '*accessing a computer without proper authorization in violation of the federal Computer Fraud and Abuse Act*' and in said case it was an infringement of the rules on MySpace's terms of service. On appeal, the federal court quashed the decision of Drew given at first instance, sentencing that a federal law that '*makes violating a website's terms of service a crime is unconstitutionally vague*'. The terms of service of MySpace fell short of the standard set by the Supreme Court which requires laws to have relatively clear guidelines as to prohibited conduct. For example, Internet service providers are completely immune from tort actions for allowing third parties posting that which is known to be of harassing nature and not taking any action against it.

In this regard, Liskula Cohen brought a lawsuit against Google in the U.S. to find a cyberbully who had tagged her as 'a skank and a ho' on a blog website⁶⁹. The aim with regard to the case was to force Google to reveal the identity of the blogger so that she could open a case of defamation⁷⁰.

Another case called 'Clementi' brought the substantive criminal law matter to the attention of the public, which showed how cyberbullying can devastate a victim's life leading to suicide⁷¹. In the literature, it is argued that the current criminal law does

⁶⁷ Press release of DAV <https://anwaltverein.de/de/newsroom/pm-19-14?page_n27=143> 4 October 2018.

⁶⁸ <<https://www.heise.de/newsticker/meldung/NRW-Justizminister-fordert-Paragraf-gegen-Cybermobbing-2072>> accessed 3 May 2018.

⁶⁹ *Cohen v. Google Inc.* (2009) 887 NYS. 424 ff.

⁷⁰ Details of the case shall be discussed under III.I.c of the study.

⁷¹ Tyler Clementi, who was 20 years old student, committed suicide after being spied on by his roommate Ravi. Ravi installed a webcam in his room in order to watch Clementi's intimate moments with his gay friend and tweeted with the comments by inviting the other students to the Show. <<https://www.nytimes.com/2016/09/10/nyregion/conviction-thrown-out-for-rutgers-student-in-tyler-clementi-case.html>> accessed 9 September 2018.

not provide sufficient protection of an individual's privacy rights in a digital context. Thus, using civil and tort law might be a solution to seek justice⁷². Prosecutions against cyberbullies could be brought under the law associated with assault, threat, sexual offences, stalking, harassment, and torture. However, present crimes remain incapable of punishing each cyberbullying act and perpetrators cannot be held responsible for their actions. For this reason, the approaches of national legislation are often show reluctance to react against cyberbullying. Despite the debates and lack of clarity surrounding the legal aspects of cyberbullying, there have been calls for specific criminal laws to tackle cyberbullying.

B. Legal Challenges in Drafting the Legislations

1. Should Cyberbullying be an independent criminal act?

Regarding the legal measures to be taken in the field of criminal law, law makers may face new challenges. The challenges in drafting legislation is a very controversial subject and has faced criticism. First of all, it has been debated by the scholars whether cyberbullying should be an independent criminal act. Indeed, the current legal regimes regard the phenomenon of cyberbullying as an act of tort rather than a criminal act, which has been criticized in the literature due to the fact that the law as it now stands does not satisfy the needs of victims. On the contrary, it is disputable whether cyberbullying can be analysed as a criminal act and could be regulated by laws related to assault, threats, extortion, stalking, harassment, indecent conduct, torture, cyberstalking and telecommunication offences⁷³. It is claimed that the new intended cyberbullying laws targeting cyberbullying acts risk over-criminalizing by creating new crimes that overlap with existing ones⁷⁴. Undoubtedly acts that constitute cyberbullying may also satisfy the definitional elements of other types of offences under domestic laws. Nonetheless, the main problem is whether cyberbullying should be a crime per se or should it be treated as harassment, for instance.

First of all, it should be scrutinized with regard to the purposes of criminal law and reasons why a certain act should become a crime. In the broadest sense, both civil and criminal codes intend to create and maintain the good of society by way of prohibition and requirement of special conduct. However, in the preservation of social order, the criminal law plays a unique role. One of the key roles is to prohibit people from doing acts which have harmful effect on others or society. The purpose of the criminal law is to protect social order.

⁷² M. Schultz, 'The Responsible Web: How Tort Law Can Save the Internet' 5(2) (2014) *Journal of European Tort Law* 182, 204.

⁷³ Betts (n 8) 129.

⁷⁴ Lyrissa Lidsky and Andrea Pinzon Garcia, 'How Not to Criminalize Cyberbullying' (2012) 77 *Missouri Law Review* 693, 697.

In order to criminalize behaviours, two leading principles govern the criminalising process. One of them is the harm principle generally used in Anglo-American Law and the other is the legally protected right principle particularly used in continental law. According to the harm principle a behaviour should not be criminal unless the behaviour causes harm to others. The principle was initially designed to hinder the criminalization of conduct that has their origins in moral or paternalistic grounds. Despite the fact that the principle has been widely accepted, there has been debates over the term of harm because criminal law is not only brought to bear in taking action against the perpetrators who cause of direct harm to other people but also causes harm to the state, public morals and the environment. In addition to this, criminal law goes far beyond the direct harm and punishes conduct which may not cause harm but put others or perpetrator himself at risk⁷⁵.

As another principle, legal good, which finds its origin in the idea that all offenses are there to defend specific legally protected interests, has an important role in criminalization theories⁷⁶. The common definition of ‘legal goods’ is based on the goods or values of a particular society that may be mirrored in and protected by the law⁷⁷. According to the principle, in order to decide whether a legal good is worthy of protection by the criminal law, two main requirements must be examined. The first requirement is that the entire good must be of essential social importance and the second requirement is that the good requires an essential interference of the criminal law. The purpose of the legal goods concept is to limit the intervention of criminal law properly⁷⁸. Continental legal thought when dealing with the interpretation of the Criminal code’s provisions, defining their objects and interrelation with other norms, in their majority, subscribe to the so-called doctrine of protected legal interests and the concept of the specific protective purpose of a law⁷⁹. The essential difference between cyberbullying and other crimes arises out of the legally protected right. Repeated attacks over a certain period of time that generate a special mental strain, demoralise the victim and can lead to behavioral changes leaning towards self-injury or even suicide. It is acceptable to say that although some results of cyberbullying are similar to stalking or other crimes, cyberbullying is not based on the persistent action of only one offender⁸⁰.

⁷⁵ Jonathan Herring, *Criminal Law*, (8th Palgrave Macmillan Law Masters) 4.

⁷⁶ Kimmo Nuotio, Theories of criminalization and the limits of criminal law: A legal Cultural Approach, in R.A. Duff, Lindsay Farmer, S.E. Marshall, Massimo Renzo, and Victor Tadros (eds) *The boundaries of the criminal law*, (Oxford Scholarship 2011) 372.

⁷⁷ Nina Persak, *Criminalising Harmful Conduct* (Springer 2006) 104.

⁷⁸ Kai Ambos, ‘The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the Rechtsgut and the Harm Principles’, (2015) 9(2) *Criminal Law and Philosophy* 301, 305.

⁷⁹ Gülşah Bostancı Bozbayındır, Criminal Law, in Gökhan Güneysu (ed), *Introduction to Law* (Anadolu University 2017) 115.

⁸⁰ Cornelius (n 29) 167.

2. Definitional Challenges

The other main problem in drafting criminal legislation on cyberbullying crime is the requirement of observing the principle of *lex certa* (*certainty principle*). The principle requires that crimes should be expressed in a clear and precise language⁸¹. Anti-cyberbullying legislations should not limit fundamental rights with a view to protecting individuals from physical and psychological harm. Possible legal definitions of cyberbullying are thus of importance in setting clear boundaries between what is legal and illegal⁸². The definition of the norm should not be too detailed or too broad, since it would very likely render the legislation ineffective.

Cyberbullying could also be used as a basis in defining cyberstalking, grooming, sexting or cyber harassment and this definition would lead to incomprehensibility. The main reason for the confusion with the definition of cyberbullying is the linguistic difficulties. Legal discussions and arrangements predominantly take place in the English-speaking world. For instance, grooming and sexting are both special forms of the cyberbullying and constitute crimes. In the same vein, cyberstalking or cyber harassments international comparisons in the majority of non-English speaking World, that is Continental Europe, are more confusing and do not incriminate either stalking or cyberstalking. Eventually, discrepancies in defining cyberbullying or the complete lack of definitions often leave the national laws not to focus on those cyberbullying cases which would deserve regulations up to the level of crime⁸³.

3. Anonymity

Also, anonymity remains the biggest hurdle in identifying and bringing perpetrators to justice. Potential legislation or articles in penal codes require the cooperation of law enforcement with the telecommunications sector or service providers in order to uncover the identity of perpetrators hiding behind the veil of anonymity. Perpetrators can disguise themselves easily with pseudonyms and IP addresses could be disguised too⁸⁴. The Liskula Cohen case serves here as an example in which the court forced Google to reveal the identity of a blogger who insulted Cohen. The objective of the case was to compel Google to unveil the identity of the perpetrator so that she could bring an action against the blogger for defamation. The court accepted Cohen's request to unveil the blogger's identity as she established that a '*defamation cause of action had merit and the blogger's identity was material and necessary for the action*'⁸⁵.

⁸¹ Smith, Steffgen and Sittichai (n 16) 89.

⁸² *ibid* 89.

⁸³ *ibid* 90.

⁸⁴ *ibid* 93.

⁸⁵ *Cohen v. Google Inc.* (2009) 887 NYS. 424 ff.

4. Collecting Transnational Evidence

The other problem concerning the drafting of criminal legislation is how to obtain legal evidence across national borders. Due to the rapid development of ICT (information and communication technologies) and their complicated structures, it may be a challenge for national authorities to execute the drafting process for cyberbullying and other cybercrimes without international cooperation⁸⁶. In the face of lack of adequate instruments to investigate potential cyberbullying acts, it may be easy for offenders to use ICT's in various ways in the preparation and execution of their computer related offences such as cybercrimes, and cybercrime investigations at the national level can face a risk of failure by reason of the long procedure of investigations and therefore important data is deleted before procedural measures can be exacted. For this reason, digital evidence is a new source of evidence. The main source of evidence for the cybercrimes and specially cyberbullying is digital evidence. Cyberbullies leave digital traces. The evidence for cyberbullying can be gathered merely via ICT technologies and computer forensics⁸⁷. Although the European Convention on Cybercrime - known as the 'Budapest Convention' - does not define nor contain an offence definition concerning all the conducts related to cybercrimes, it is the first international treaty seeking to address computer crime - especially sexual exploitation of children online. The Convention placed the signatory states under obligation to adopt and harmonize domestic criminal and procedural law as well as foster international cooperation. The third part of the Convention defines three general principles with regard to the international cooperation in cybercrime investigations among member states. Article 23 of the Convention requires not only cooperation in international investigations to the widest extent possible but also this general principle should be applied not only to the extent of the convention but also in any investigation where evidence in electronic form needs to be collected⁸⁸. According to articles 23 and 25, the Parties shall co-operate with each other to the widest extent possible for the purposes of investigations or for the collection of evidence in electronic form of a criminal offence. In the European Union (EU), the European arrest warrant is a useful tool to facilitate prosecutions of cross-border crimes, but at international level only mutual cooperation regulated by international organizations are being taken into consideration. In the EU, three different mainstream models currently exist. These are the request model, the mutual recognition model and the availability model. The use of models depends on the material act that is needed⁸⁹. All conventions of the Council of Europe, as well as of the Conventions of the European Union follow the request model. The last Convention of the EU in criminal matters is the EU Mutual Assistance Convention.

⁸⁶ ITU Report on Understanding cybercrime, *Phenomena, Challenges and Legal Response*, (ITU 2012) 83. <<https://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/legislation.html>> accessed 24 June 2019.

⁸⁷ See for the detailed information: ibid 240 ff.

⁸⁸ ibid 273.

⁸⁹ See for the detailed information of the models: Andre Klip, *European Criminal Law*, (3th Intersentia) 380.

III. Cyberbullying and European Convention of Human Rights

Balancing cyberbullying and the freedom of expression is a crucial issue in order to strike a fair balance between freedom of expression and security of the person from each kind of harm. Legislation against cyberbullying should be enacted in balancing acts which would take into consideration the obligation of states to ensure the security of the person's psychological and physical integrity and the freedom of expression. It is noteworthy that the scope of freedom of expression is generally different in common law and continental Europe. While the ECHR pays attention to national constitutional practices, the USA adopts a broader margin of protection to the freedom of expression. Also, in some cases it is obvious that the ECHR has referred to the international Conventions on civil and political rights or other international documents protecting freedom of expression⁹⁰. While the common law has chartered a territory of free expressions very broadly, the ECHR has allowed much broader limitations for freedom of expression.

Article 10 of the ECHR is structured in two paragraphs; 10/1 defines the freedoms protected by the article and 10/2 stipulates the limitations on the freedom of expression. As freedom of expression is not an unlimited right, limitations of free speech are either allowed by the international human rights law or by case law of the ECHR⁹¹. In essence, Article 10 is not a shelter for the incitement of violence, hate speech or racism. In addition to this, it can be said that the freedom of expression shall be limited in line with Article 10/2 of the ECHR in order to protect 'public safety, prevention of disorder or crime, public order and public morals.' Incitement to violence and hate speech fall outside the protection conferred by Article 10. One of the restrictions of Article 10/1 is in the matter of hate speech. Although there is not a universally accepted definition of hate speech in international human rights law, it is considered a hate speech if such a speech attacks against someone personally based on their race, religion or sexual identity. Hate speech can also be defined as speech which is directed against someone from hated groups on the Internet with the intention of bias or prejudice against him/her.

From a different perspective, cyberbullying is also contrary to the absolute freedom from torture contained in Article 3 of the ECHR. Article 3 of the ECHR protects and guarantees a fundamental right. Article 3 is violated by either inhuman or degrading treatment or punishment or severe violation by torture⁹². Torture is considered by the ECtHR as committed by either through bodily injury or intense physical and mental suffering⁹³. Treatment can be regarded as being degrading 'if it was such as to

⁹⁰ Dominika Bychawska-Siniarska, *Protecting The Right To Freedom Of Expression Under The European Convention On Human Rights*, (2017 Council of Europe) 12.

⁹¹ Smith, Steffgen and Sittichai (n 16) 91.

⁹² Helmut Satzger, *International and European Criminal Law* (2th, Beck/Hart/Nomos 2018) para 9.

⁹³ *Kalashnikov v. Russia*, App no 47095/99 (ECHR, 15 July 2002) para 95.

arouse in the victim's feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them' and attains a certain level of severity.' Generally, the offender in torture cases acts in order to humiliate his/her victim, but also without such an intention a treatment could be considered as degrading treatment⁹⁴. According to Article 3 of the Convention it should generally be applied to state citizen relationships. However, the ECHR has extended the scope of the protection to the citizen-citizen relationship, that is, article 3 prohibition has a horizontal effect (*drittwirkung*)⁹⁵. Thus, if the bully's behaviours exceed the threshold of the gravity accepted by the ECHR, it may constitute a violation of article 3 of the ECHR. In some instances, an action of national authorities may lead to a violation of article 3 of the ECHR. Article 3 of the ECHR can be enforceable in cyberbullying acts where a person has committed suicide and one of the causes of the victim's actions is cyberbullying or other negative experiences such as harassment, threats, grooming, in the digital World⁹⁶.

Article 8 of the ECHR protects persons against violations of their privacy and family life. In this regard the Court puts the Contracting States under an obligation to protect victims in a wide range of cases. In such cases, the State is not the primary violator of the rights protected by the Convention but rather the State has insufficient means and structures in order to prevent violations of the protected rights. The following example from the ECHR jurisdiction illustrates how the horizontal effect of article 8 of the Conventions is employed by the Court. Although the case is not itself an example of cyberbullying it shows that private individuals may also violate article 8 of the Convention. The Grand Chamber of the European Court of Human Rights in the case of *Sweden v. Söderman*⁹⁷ found that Sweden had violated Article 8 of the European Convention on Human Rights because Sweden failed to have in place laws protecting the applicant from being filmed without consent. In brief, according to the Court's decision, Ms. Söderman who was at the age of 14 discovered that her stepfather had a hidden recording camera in the bathroom in an attempt to film her naked while she was having a bath. Upon her complaint, her stepfather was prosecuted for sexual harassment of children and convicted by the court in the first instance. But, the Swedish Court of Appeal acquitted the accused on the grounds of the lack of the intention element of recording Ms. Söderman. The Court of Appeals noted that Swedish law had no general prohibition against the filming of individuals without their consent and furthermore, his conduct may have constituted attempted child pornography but he could not be held criminally responsible for sexual harassment of children. Ms. Söderman brought a case against the Swedish Government under Article 8 of the ECHR with the claim that the Government had failed to provide necessary

⁹⁴ *Kudla v. Poland* App no. 30210/96 (ECHR 26 October 2000) para 92; *Yankov v. Bulgaria* App no.1509/05 (ECHR 22 April 2010) para 106. Satzger (n 92) para 35.

⁹⁵ Satzger (n 92) para 38.

⁹⁶ *Betts* (n 8) 3.

⁹⁷ *Söderman v Sweden*, App no. 5786/08 (ECHR 12 November 2013) para 78 ff.

civil or criminal remedies against her stepfather's shooting with a hidden camera, thereby violating her personal integrity. At the time of committing the act of filming of Ms. Söderman, the damages due to the lack of protection of her rights under Article 8 of the ECHR had not been remedied by any other provision of criminal law. In Sweden a new legislation was adopted and came into force in July 2013 which was designed to cover such acts as in Ms. Söderman's case. The Grand Chamber was not satisfied that the relevant Swedish legislation at that time had sufficiently protected Ms. Söderman's right to respect of her private life in such a manner that complied with the state's obligations under Article 8 of the ECHR. As a result of the decision, it should be understood that the act committed against Ms. Söderman violated her integrity and no other provision of Swedish criminal law protected Ms. Söderman against the lack of respect for her private life⁹⁸. What is important for our purposes is that there is a legal gap with regard to protection of citizens against such acts. In this case, the absence of both criminal and civil remedies led the Grand Chamber to conclude that the Swedish legislation in force at the time did not adequately protect the rights of Ms. Söderman under Article 8 of the ECHR. Finally, no other provisions in Swedish criminal law at the time could have protected her rights under Article 8 of the ECHR.

Conclusion

Generally, in various legal systems, there are many loopholes with regard to cyberbullying and similar phenomena. That said, the creation of a '*cyberbullying offence*' in its own right is also not easy. Although there are multiple articles in the criminal codes of the national legal systems governing the conducts which cyberbullying is encompassed, the fast-moving development within advanced technology will continue to bring about new means of regulating such acts, eventually allowing cyberbullying activities to transcend the scope of existing crimes. For example, individual harassment can be punishable as an insult or spreading pornographic content as sexual harassment. But many parts of cyberbullying, which resemble tiny fragments in the whole bullying picture, have no criminal relevance, such as the spreading of embarrassing content, posting false information on social networks or excluding people from Internet groups. Also, particular forms of cyberbullying have more harmful consequences. The law is struggling to catch up with rapid developments in information technology. It can adapt either by applying the existing rules to the social situations arising out of such developments or by creating new rules. Firstly, the legislators should look at possibilities offered by the existing rules and only create new rules if necessary and prevent over-regulation of everyday life. Legal theories offer various interpretation methods such as giving courts authorization to interpret the rules so to extend the meaning of existing rules to new situations. If there is no other way, new rules should be created in line with the

⁹⁸ *Söderman v Sweden*, App no. 5786/08 (ECHR 12 November 2013) para 98 ff.

existing legal principles codified in the constitution and international human rights law. The definition of a crime must take into account the existence of and respect for human rights and not merely an expression of arbitrary power.

By criminalization of the acts of cyberbullying, legal systems seek to prevent the likelihood of repetition of such acts in the future by other potential bullies. Indeed, criminal law is very much crafted towards prevention, at least in modern criminal law science. One may argue that punishment of cyberbullies would also serve as retribution. But the prevailing rationale in punishing such acts is either appropriate prevention or general prevention - or both. However, cyberbullying is not an issue which can be solved only by means of criminal law. Additionally, there is a debate as to whether acts which constitute cyberbullying should be criminalized or if cyberbullying should be considered a multidisciplinary matter to be dealt with using non-punitive approaches. It can be said that cyberbullying should be managed in multiple areas at the same time. For example, training courses to teachers in order to give them the opportunities to learn about the area of Internet communication could be considered.

Criminalization per se should not be regarded as a panacea for solving the present problem. Further mechanisms such as support of the social media companies such as Facebook or Twitter or Google are indispensable. A prompt and timely removal of the harmful content would enormously contribute to the objective of preventing cyberbullying. Besides, it would be a more efficient mechanism along with the criminal law.

Grant Support: The author received no financial support for this work.

References

- Agate J. and Ledward J., 'Social Media: How The Net is Closing in on Cyberbullies' (24) 8 (2013) Ent. L.R. 263–268.
- Ambos K., 'The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the Rechtsgut and the Harm Principles', (2015) 9(2) Criminal Law and Philosophy, 301-329.
- Betts L R., *Cyberbullying, Approaches, Consequences and Interventions* (Palgrave 2016)
- Bostancı Bozbayındır G., *Introduction to Law* (Anadolu University 2017)
- Bychawska-Siniarska D., *Protecting The Right To Freedom Of Expression Under The European Convention On Human Rights*, (2017 Council of Europe)
- Campbell M. and Završnik A., *Cyberbullying Through The New Media* (Psychology Press 2013)
- Connor T. P. and Scott J., *Integrating Traditional Bullying and Cyberbullying: Challenges of Definition and Measurement in Adolescents*, (27) Education Psychology Review 135-152.
- Cornelius K., 'Plaedoyer für einen Cybermobbing-Straftatbestand' (2014) ZRP 164-167.
- Hargrave A. M., 'Protecting Children from Harmful Content Report Prepared for the Council of Europe's Group of Specialists on Human Rights in the Information Society' (Council of Europe 2009)
- Herring J., *Criminal Law*, (8th Palgrave Macmillan Law Masters).
- ITU Report on Understanding cybercrime, *Phenomena, Challenges and Legal Response*, (ITU 2012)
- Klip A, *European Criminal Law*, (3th Intersentia 2018)
- Kowalski, Giumatti, Schroder and Lattanner, 'Bullying in the Digital Age: A critical review and meta-analysis of cyberbullying research among youth' (2014) 4 (140) Psychological Bulletin 1073-1137.
- Law Reform Commission, *The Report of Harmful Communication and Digital Safety Bill*, (2016).
- Lidsky L. and Garcia A., 'How Not to Criminalize Cyberbullying' (2012) 77 Missouri Law Review 693-726.
- Macenaite M, *Regulation of Children's Online Privacy* (Tilburg University Research Master Paper 2012)
- Mason K. L., 'Cyberbullying: A Preliminary Assessment for School Personell, Psychology in the Schools' (2008) 45(4) Psychology in the Schools 323-348.
- Menesini, Nocentini, Palladino, Scheithauer, Krumbholz and Frisen, *Cyberbullying Through the New Media* (Psychology Press 2013).
- Nixon, C.L., 'Current perspectives: The Impact of Cyberbullying on Adolescent Health' (2014) (5) Adolescent Health, Medicine and Therapeutics 143-158.
- Nuotio K., *The boundaries of the criminal law*, (Oxford Scholarship 2011).
- OECD Report on New Technologies and 21st Century Children: Recent Trends and Outcomes, (OECD Official Document Education Working Paper No. 179)
- Olweus D., 'School Bullying: Development and Some Important Challenges', (2013) (9) Annual Review of Clinical Psychology 751-780.
- Patel K., 'Cyberbullying: What's the Status in England?' (2011-2012) 13 (2) San Diego International Law Journal 589-622.
- Pelka P, *Cybermobbing und die Notwendigkeit einer neuen Strafrechtsnorm in Deutschland* (Grin Verlag 2015)

- Persak N., *Criminalising Harmful Conduct* (Springer 2006).
- Quing L, Smith P and Cross D, *Cyberbullying in the Global Playground*, (Wiley-Blackwell 2012).
- Rodkin P. and Fischer K., 'Cyberbullying from Psychological and Legal Perspectives', (2012) 3(77) *Missouri Law Review* 619-640.
- Satzger H., *International and European Criminal Law* (2th, Beck/Hart/Nomos 2018).
- Shariff S, Hoff D., 'Cyberbullying: Clarifying Legal Boundaries for School Supervision in Cyberspace', (2007) 1 (1) *International Journal of Cyber Criminology*, 76-118.
- Schultz M., 'The Responsible Web: How Tort Law Can Save the Internet' 5(2) (2014) *Journal of European Tort Law* 182- 204.
- Schwaighofer, *Wiener Kommentar StGB*, (2th, Manz Verlag Wien)
- Smith P., Steffgen G. and Sittichai R., 'The Nature of Cyberbullying and an international Network' *Cyberbullying through the new media* (Psychology 2013)
- Tokunga R.S., 'Following you home from school: A critical review and synthesis of research on cyberbullying victimization' *Computers in Human Behaviour* 26(3) 277-287.
- Wang J, Iannotti R.J. and Luk J.W., 'Patterns of Adolescent Bullying Behaviours: Physical, Verbal, Exclusion, Rumor and Cyber' (2012) 50(4) *Journal of School Psychology* 521-534.
- Weber N and Pelfrey W. V. Jr, *Cyberbullying-Consequences, Causes and Coping Strategies* (Lfb Scholarly Pub 2014)
- Willard N.E, *Cyberbullying and Cyberthreats: Responding to the Challenge of Online Social Aggression, Threats, and Distress*, Champaign, (IL: Research Press. 2007)

Electronic Resources

- <[>](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/.../IPOL_STU(2016)),
- <[>](http://netchildrengomobile.eu/ncgm/wp-content/uploads/2014/11/EU-Kids-Online-Net-Children-Go-Mobile-comparative-report.pdf)
- <[>](https://nobullying.com/cyber-bullying-statistics-2014/></p><p>< <a href=)
- <[>](https://www.theguardian.com/technology/2017/jun/30/british-teenagers-among-worlds-most-extreme-internet-users-report-says)
- <[>](http://oecdeducationtoday.blogspot.com.tr/2014/10/combating-bullying-in-schools.html);
- <[http://www.cnn.com/2010/LIVING/10/04/youth.cyberbullying.abuse/index.html](https://www.bullying.co.uk/general-advice/what-is-bullying/></p><p><<a href=).<http://www.nih.gov/news/health/sep2010/nichd-21.htm>.>
- <[>](http://www.dailymail.co.uk/news/article-5371583/Teen-hung-feared-going-jail-like-dad.html)
- <[>](https://www.nspcc.org.uk),
- <[>](https://www.lastampa.it/2017/05/19/esteri/italy-passes-first-law-to-fight-online-bullying),
- <[>](http://www.jei.it/infogiuridica-jei/item/487-prevent-and-combat-cyberbullying-is-the-current-regulatory-framework-sufficient)
- <[https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/justizministerkonferenz-2014-mein-kampf-cybermobbing-korruption/](https://www.euractiv.com/section/social-europe-jobs/news/cyberbullying-a-creeping-phenomenon-only-punished-by-law-in-spain/></p><p><a href=)

<<https://www.udldigital.de/justizministerkonferenz-neue-beschluesse-zu-cybermobbing-und-justiz-it/>>
< https://anwaltverein.de/de/newsroom/pm-19-14?page_n27=143 >
<<https://www.heise.de/newsticker/meldung/NRW-Justizminister-fordert-Paragraf-gegen-Cybermobbing-2072>>
<<https://www.nytimes.com/2016/09/10/nyregion/conviction-thrown-out-for-rutgers-student-in-tyler-clementi-case.html>>
<[www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/\(2009\)13_en.pdf,p.8](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/(2009)13_en.pdf,p.8)>
<<https://www.ditchthelabel.org/wp-content/uploads/2016/04/Annual-Bullying-Survey-2016-Digital.pdf>>
<<https://www.nih.gov/news-events/news-releases/depression-high-among-youth-victims-school-cyber-bullying-nih-researchers-report> >
<https://www.reuters.com/article/us-myspace-suicide/woman-indicted-in-myspace-hoax-suicide>
<<http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-5085475/Cyber-bullying-rocketing-UK-schools.html>>
<<https://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/legislation.html>>



İstanbul Hukuk Mecmuası

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 05.01.2019
Revision requested: 28.01.2019
Last revision received: 02.07.2019
Accepted: 03.07.2019

The Conditions for the Application of Successive Crime in the Turkish Criminal Code

Muhammed Demirel^{*}

Melik Kartal^{**}

Abstract

The act is one of the most important elements for the existence of a crime in criminal law. In this respect, the number of acts has an impact upon the number of crimes. As a matter of fact the general rule in Turkish criminal law is that: the number of crimes is determined by the number of acts and the number of punishments is determined by the number of crimes. This is named as a real joinder rule.

However, if this rule is applied without exception, some unfair consequences may occur. In order to prevent these unfair consequences, some exceptions are provided in the Turkish Penal Code. One of them is the regulation of the successive crime. Indeed, according to the provision of Turkish Penal Code (TPC) art. 43/1: where a person commits the same act, more than once, against the same person, at different times in the course of carrying out a decision to commit a crime, a single penalty shall be given. However, this punishment may be increased from one-fourth to three-fourths.

Although the other institutions of criminal law are included in the penal codes of many countries, the successive crime is not provided in the penal codes of many countries. As a consequence, the studies about successive crime in foreign doctrines are limited. In this respect, our study is not only important in terms of the Turkish doctrine but also in terms of foreign doctrines.

In this study, the conditions for the application of successive crime that is an exception of the real joinder rule were examined. While this issue was handled, the legal basement of successive crime was put forward and it was benefited from Turkish doctrine and Turkish court decisions.

Keywords

Successive crime • Same crime • Different times • Same person • Decision to commit one crime

Türk Ceza Kanununda Zincirleme Suçun Uygulanma Koşulları

Öz

Ceza hukukunda bir suçun varlığı için gerekli olan en önemli unsurlardan birini fiil oluşturmaktadır. Bu itibarla fiil sayısı suç sayısını da doğrudan etkilemektedir. Nitekim Türk Ceza Hukukunun öngördüğü genel kurala göre; ne kadar fiil varsa o kadar suç, ne kadar suç varsa o kadar ceza vardır. Bu kural gerçek içtima kuralı olarak ifade edilmektedir.

Ancak bu kural istisnasız bir şekilde uygulandığında bazı hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkabilecektir. İşte bu sonuçların önüne geçmek adına Türk Ceza Kanununda bazı istisnalara yer verilmektedir. Bunlardan biri de zincirleme suç düzenlemesidir. Nitekim Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 43/1'e göre; bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır.

^{*} **Correspondence to:** Muhammed Demirel (Dr. Lecturer), Istanbul University, Law Faculty, Criminal and Criminal Procedure Law Department, Istanbul, Turkey. Email: muhammeddemirel@gmail.com ORCID: 0000-0001-9162-1459

^{**} Melik Kartal (Dr.), Medeniyet University, Law Faculty, Criminal and Criminal Procedure Law Department, Istanbul, Turkey. Email: kartal3438@hotmail.com ORCID: 0000-0001-9233-1904

To cite this article: Demirel M and Kartal M, "The Conditions for The Application of Successive Crime In the Turkish Criminal Code" (2019) 77(1) Istanbul Law Review 451 <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0015>

Diğer ceza hukuku kurumlarının çoğu ülke kanununda yer almasına rağmen, zincirleme suçta pek çok ülke kanununda yer verilmemiştir. Bunun sonucu olarak zincirleme suçta ilişkin çalışmalar yabancı doktrinde sınırlıdır. Dolayısıyla çalışmamız yalnızca Türk doktrini açısından değil, yabancı doktrin açısından da önem arz etmektedir. Bu çalışmada gerçek içtima kuralının bir istisnasını oluşturan zincirleme suçun uygulanma koşulları ele alınmıştır. Bu husus ele alınırken zincirleme suçun hukuki esası ortaya konulmuş ve Türk doktrini ve Türk mahkeme kararlarından faydalanılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Zincirleme suç • Aynı suç • Farklı zamanlar • Aynı kişi • Tek suç işleme kararı

Introduction

The general rule in Turkish criminal law is that: the number of crimes is determined by the number of acts and the number of punishments is determined by the number of crimes¹. This is named as a real joinder rule. In this respect, real joinder is considered when more than one crime is committed. Therefore, a person who fires separately on both A and B and kills the two of them, is responsible for two homicides because there are two acts of committing a crime here.

However, there are some exceptions to this rule. This condition, that is named as joinder of crimes is composed of successive crime, ideal concurrence among the same types of crime and ideal concurrence among the different types of crime². Accordingly, although more than one crime is committed in each of the three cases, a single punishment shall be given to the perpetrator. Yet, the punishment imposed for successive crime and ideal concurrence among the same types of crime is increased to a certain extent. The application of this rule requires the fulfillment of some conditions. If these exceptions are not in question, the rule of real joinder is applied and the perpetrator receives punishment upon each crime separately³.

In our article, the conditions for the application of the successive crime are examined by means of definitive judicial decisions⁴.

I. The Definition of Successive Crime and Its Legal Basement

The provision of Turkish Penal Code (TPC) art. 43/1 provides a special rule of joinder. Accordingly, where a person commits the same act, more than once, against the same person, at different times in the course of carrying out a decision to commit a crime, a single penalty shall be given. However, this punishment may be increased from one-fourth to three-fourths.

¹ Türcan Yalçın Sancar, *Müteselsil Suç*, Seçkin, Ankara, 1995, 15; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13th Press, Seçkin, Ankara, 2017, 582; Neslihan Gökür, "Türk Hukukunda Suçların İçtima", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, VII, N:1-2, 2014, 31.

² Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel hükümler*, 4th Press, Adalet, Ankara, 2017, 706.

³ Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10th Press, Seçkin, Ankara, 2017, 496.

⁴ See also: Hakan Hakeri, Derya Tekin, Melik Kartal and Kübra Tunç, "Turkish Criminal and Criminal Procedure Law", *Turkish Public Law* (editor: M. Refik Korkusuz), Seçkin, Ankara, 2018, 140, 141.

In this regard especially needs to be put forward the difference between the successive crime and similar institutions. Within this framework the successive crime is different from the continuous crime and the repeat crime. While the successive crime is the same crime, which is committed more than once, the continuous crime is only one crime, which is committed continuously⁵. And the repeat crime is that same or different crime is committed after the finalization of the verdict. For the successive crime, the judgement regarding the first crime must not have been rendered already⁶.

Three different views have been put forward to explain the legal basis of successive crime. These views are; fictitious unity, oneness of crime, and finally, multitude of crimes.

According to the opinion of fictitious unity⁷, even if there is more than one crime within the context of successive crime, fundamentally there is an unity among these crimes because the existence of a decision to commit only one crime is in question here. Because of the fact that the same crime is committed in the course of the decision to commit a crime, there is a fictitious unity among these crimes⁸.

According to the opinion of the oneness of crime⁹, the unity among these crimes is not regarded as hypothetical¹⁰. Within this framework, in the countries, that do not have a regulation on this issue, it is accepted that there is a real unity among the crimes even if these crimes are committed at different times and it is assumed that only one crime is committed¹¹. On the other hand this opinion is criticised by virtue of the fact that it can not answer the question of “why the punishment is increased to a certain extent”¹².

Finally according to the opinion of the multitude of crimes¹³, each of the crimes under the successive crime is regarded separately. However, due to legal regulations,

⁵ Sancar, 30.

⁶ Sancar, 15; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pinar Bacaksız and İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8th Press, Seçkin, Ankara 2017, 536.

⁷ See, for detailed explanations, Öztekin Tosun, “Müteselsil Suçlar”, İHFM, V. XXII, N. 1-4, 129. See also Nurullah Kunter, “Müselnel Suç ve Af”, İHFM, V. XVII, N. 3-4, 893-895. Sulhi Dönmezer and Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, V. I, 7th Press, Sermet, İstanbul, 1979, 448. See for the writers who defend this opinion: Bahri Öztürk and Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 17th Press, Seçkin, Ankara, 2017, 394.

⁸ Koca and Üzülmöz, 508. Sancar who adopts this opinion stated that there are as many crimes as the violations of norm and here, more than one crime is committed; but these crimes shall be regarded as one crime by virtue of the fictitious unity of decision to commit crime (Sancar, 60).

⁹ See, for detailed explanations: Tosun, 130. In this regard, see for the opinion of “reality” Kunter, 895. See also Dönmezer and Erman, 448. Taner has also defended the opinion of oneness of crime. Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul, 1949, 102. This opinion was accepted in a decision by Supreme Court General Assembly of Criminal Chambers (YCGK, 18.12.2012 E. 2012-11/999, K. 2012/1862 (YCGK: Supreme Court General Assembly of Criminal Chambers), Özgenç, 592, footnote 1109).

¹⁰ Sancar, 56.

¹¹ Koca and Üzülmöz, 509; Özbek, Doğan, Bacaksız and Tepe, 536.

¹² Koca and Üzülmöz, 509.

¹³ See for detailed explanations: Tosun, 130.

these crimes are punished as a single crime¹⁴. In other words, according to this opinion, there is neither fictitious nor real unity among the crimes. The prevailing opinion in Turkish doctrine is the opinion of multitude of crimes¹⁵.

In our opinion, the opinion of multitude of crimes, which prevails in Turkish doctrine, is right because the crimes under successive crime are independent of each other in every sense. Conversely a single punishment is given to the perpetrator on the grounds that these crimes are committed in the course of a decision to commit a crime. This does not mean that the crimes under successive crime constitute only one crime or there is a fictitious unity among these crimes. Only one of these crimes is taken as a basis of the verdict, and the other crimes cause the increasement of the punishment¹⁶.

II. The Conditions for the Application of the Successive Crime

A. Committing of the Same Crime

According to Article 43 the application of the provision regarding successive crime depends on committing the same crime. Therefore the statement “same crime” is not a violation of same article but rather the violation of same type of crime¹⁷. In this respect the provisions regarding successive crime is also applicable in the event that the provisions under different codes are violated¹⁸.

Each of the acts composing these crimes must be appropriate to the typicality and unlawful¹⁹. The provisions of successive crime can be applied not only to the

¹⁴ Sancar, 58, 59.

¹⁵ Kayıhan İçel, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Yener Ünver and F. Selami Mahmutoğlu, *Suç Teorisi*, 4th Press, Beta, İstanbul, 2004, 434; Özgenç, 592; Özbek, Doğan, Bacaksız and Tepe, 537; Akbulut, 708, 709; Göktürk, 42. According to *Kunter*, the fact that the unity among the crimes which constitute successive crime is fictitious or real is not important, but it is important that whether the crime in question is divisible or not. *Kunter* asserts that the successive crime is not divisible (Kunter, 897). See, for the similar opinion: Dönmezer and Erman, 449. According to *Tosun*, the successive crime does not mean that the existence of only one crime is accepted. The legislator has provided an exception of the rule of real joinder (Tosun, 124 vd.). İçel remarked that there are as many crimes as the violations of norm and he did not make a mention of committing only one crime or the crime unity (Kayıhan İçel, *Suçların İçtimalı*, İstanbul 1971, 92). Zafer, unlike the above opinions, asserts that the opinion of oneness of crime should be taken as basis for penalisation; but the opinion of multitude of crimes should be taken as basis for the other institutions of criminal law provided that no other regulation is envisaged. For example each crime must be regarded as an independent crime in terms of the application of amnesty act (Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6th Press, Beta, İstanbul, 2014, 501).

¹⁶ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 21st Press, Adalet, Ankara, 2017, 619.

¹⁷ Koca and Üzülmüş, 514; Özbek, Doğan, Bacaksız and Tepe, 537; Hakeri, 620; Ömer Keskinsoy, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Müteselsil Suçla Alakalı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, N: 61, 2005, 343.

¹⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız and Tepe, 537. Therefore the provisions regarding successive crime can be applied between the offence of embezzlement in Turkish Criminal Code and the offence of embezzlement in the Banking Code (Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan and Mustafa Artaç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Hukuku V. I*, 2nd Press, Adalet, Ankara, 2014, 1241). But, there are also some writers who do not accept this opinion in Turkish doctrine. As a matter of fact according to *Hakeri*, it is not possible to apply the provisions of successive crime between a crime in Turkish Criminal Code and a crime in Special Code. See: Hakeri, 621. See for opposing view: İçel, Sokullu Akıncı, Özgenç, Sözüer, Ünver and Mahmutoğlu, 443.

¹⁹ (The term of typicality means that the act of perpetrator fits in the definition of crime, which is stated in the penal code. The term of unlawful means that there is no such defence in the case that makes the act of perpetrator lawful.) Sancar, 69; İçel, Sokullu Akıncı, Özgenç, Sözüer, Ünver and Mahmutoğlu, 436 Özbek, Doğan, Bacaksız and Tepe, 537; Hakeri, 620; Zafer, 502; Akbulut, 712. The Court of Cassation also drew attention to this issue in its decisions. See: Y. 10. CD., 21.11.2007, 2007/15026-2007/13536 (YCD: Penal Department of the Supreme Court) (Yaşar, Gökcan and Artaç, V. 1, 1231).

crimes committed with the positive act but also to crimes committed with the act of omission²⁰.

We must state that the repetition of the acts of the crime does not influence the unity of crime. For example A stabs B in 3 different body parts, there are no three acts²¹. Because here, there is only one act in the juristic sense²².

The provisions regarding successive crime are applied even if one of the crimes is attempted. In this respect, when one of the crimes is completed but the other is uncompleted, the provisions of successive crime can be applied²³.

In the previous Turkish Penal Code (Nr. 765) period, Court of Cassation made a decision that the provisions of successive crime can be implemented in the event that there is a mitigating/aggravating circumstance in terms of one of the crimes.²⁴ This issue was regulated by current Turkish Penal Code (Nr. 5237) specifically. Accordingly the basic version and qualified versions, which require higher or lesser punishment, of a crime shall be deemed to be one crime (TPC art. 43/1)²⁵. Therefore, if the offence of insult is committed against someone and one day later, the insult is committed in public (which is a qualified version of insult), in this case the provisions regarding successive crime are applied.

The same situation is also valid in terms of the aggravation of a crime due to its consequence²⁶. The aggravation of a crime due to its consequence is also based on the basic version of the crime. This issue is understood from that the regulation of the aggravation of a crime due to its consequence is created right after the basic crime and in determination of the verdict is attributed to basic crime²⁷.

However, in the case that there is no relation of basic and qualified versions of crime among the crimes (such as theft and robbery), the offenses are not the same but rather different offenses. In such cases, the provisions regarding successive crime can not be applied even though the perpetrator acts in the course of decision to commit one crime²⁸. The same situation is also valid in terms of the offence of sexual harassment and sexual assault. Because of that, there is not a relation of basic and

²⁰ Tosun, 130; İçel, Sokullu Akıncı, Özgüç, Sözüer, Ünver and Mahmutoğlu, 438; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12nd Press, Seçkin, Ankara, 2017, 540; Koca and Üzülmöz, 513; Akbulut, 713.

²¹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin and Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11th Press, Adalet, Ankara, 2017, 713.

²² Koca and Üzülmöz, 511. (In the case that the acts of perpetrator are carried out closely in terms of time and place, the acts are considered as a single act in the juristic sense.)

²³ Sancar, 69; Özbek, Doğan, Bacaksız and Tepe, 537; Zafer, 504; Akbulut, 714; Keskinsoy, 342.

²⁴ YCGK, 20.03.1973, 265 (Hakeri, 620).

²⁵ Keskinsoy, 343.

²⁶ Akbulut, 718.

²⁷ Hakeri, 621.

²⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız and Tepe, 538; Yaşar, Gökçen and Artuğ, V. I, 1241; Hakeri, 621.

qualified version of crime among these crimes, the provisions regarding successive crime can not be implemented in terms of these crimes²⁹.

The abolished TPC Nr. 765 used to refer to the violation of “the same provision of code³⁰, but the new code refers to committing the same crime. Within this framework as mentioned above, the phrase of “same crime” does not refer to the same article but the same crime type. This detection is of capital importance. because there is more than one crime types in some articles.³¹ For example in TPC art. 244, the offence of “preventing or corruption the functioning of a system and destruction or alteration of data” is generally regulated. Concordantly in the first subsection of this article, the offence of corruption of the functionality of a system is regulated and in the fourth subsection of the same article, the provision of obtaining unjust benefit by using information system is regulated. Accordingly, if a perpetrator commits the offence of corruption of an information system and a day later, commits the offence of obtaining unjust benefit by using information system in the course of decision to commit same crime, the provisions of successive crime shall not be applied.

In this context it is crucial to state that Turkish Court of Cassation decided that the provisions of successive crime can be executed for the offence of forgery of official documents and the offence of forgery of private documents. In the light of the information above, this decision of the Court of Cassation is not correct because both crimes are regulated in different articles as independent to each other. In other words, it is not possible for these crimes to be regarded as the same crime.

On the other hand, the Court of Cassation had regarded both crimes as the same crime and applied the provisions regarding successive crime on the grounds that the protected legal interest by the crimes and the victim of the crimes are the same³². According to the Court of Cassation, the legal interest in terms of both crimes is public confidence and furthermore the victim of these crimes is the community. Granted the Court of Cassation’s determination, regarding the protected legal interest and the victim is appropriate. However, both crimes are provided under the separate provisions, and the object of these crimes is created differently. As a matter of fact, while the object of the offence of forgery of an official document is an official document, the object of the offence of forgery of a private document is a private document. Moreover, both crimes are different from each other in terms of criminal

²⁹ Yaşar, Gökcan and Artuç, V. I, 1242.

³⁰ It is stated that the violation of “the same provision of code” is accepted as a condition for the successive crime in German doctrine. For this and more information about German law see: Hakan Hakeri, “Alman Ceza Hukukunda Müteselsil Suç”, Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, October 1999, 243.

³¹ However, one opinion in the doctrine alleges that even if the same crime in different codes is committed, it is possible to apply the provisions of successive crime due to the expression “the same crime” in current criminal code and in order to prevent this, the expression “the same provision of code” in the old code shall be situated in current code (Özbek, Doğan, Bacaksız and Tepe, 537).

³² YCGK, 05.06.2012, 15/491-219 (Yaşar, Gökcan and Artuç, V. I, 1242).

act. Accordingly, the offence of forgery of a private document is a crime, which constitutes of multiple acts, yet the offence of forgery of an official document is a crime which can be carried out by alternative acts. Therefore it is incorrect for Court of Cassation to regard both crimes as the same crime and to apply the provisions in relation to successive crime³³.

B. Committing the Same Crime at Different Times

The crimes committed against the same person must be committed at different times. In fact it is not possible to commit the same crime against the same person more than once at the same time³⁴. After a crime is committed against a person and completed and if the same crime is committed against the same person once again, this requirement will be fulfilled. Accordingly, the second offence of deprivation of the liberty of a person must be committed after the offence of deprivation of the liberty of the same person is completed. A short or long time period can be between these two crimes³⁵. The important issue here is that the second crime is committed following the completion of the first crime and both crimes must be committed in the course of a decision to commit the same crime. However, the time period between two crimes can be used as a measure in the matter of whether these crimes were committed in the course of a decision to commit one crime³⁶.

In this respect, the provisions of successive crime shall not be applied in the case that more than one alternative act of the crime is committed at the same time³⁷. As an example, if a wall is destroyed immediately after a garden wall is damaged by being painted, only one crime is already committed. Therefore, the provisions of successive crime are not applied. On the other hand, if a crime with an alternative act is committed and after a while, the other alternative act of the same crime is carried out, in this case two crimes exist and the provisions of successive crime are applied.

Having looked at the decisions of Turkish Court of Cassation, it seems that the Court of Cassation abides by this condition. The Court of Cassation ruled that the provisions of successive crime can not be applied in the case in which the accused had given three checks with the amount of 12.000.000.000 TL simultaneously. The court showed the expression “at different times” as a reason in legal regulation³⁸.

³³ See for similar opinion Akbulut, 716.

³⁴ Akbulut, 710, 711.

³⁵ This time period must not be too long. Because, if the time period among the crimes is too long, the decisions of committing a single crime cannot be mentioned. (Öztürk and Erdem, 397).

³⁶ Zafer, 505.

³⁷ Sancar, 68; Özbek, Doğan, Bacaksız and Tepe, 538.

³⁸ Y. 11. CD., 29.11.2007, 7718/8624 (Yargıtay Kararları Dergisi, Ekim 2008).

C. Committing the Crime Against the Same Person

The same crime must be committed against the same person at different times. In other words, the victim of the crimes must be the same person³⁹. In this context if the same crime is committed against different persons, even though in the course of enforcement of a decision to commit one crime is carried out, the provisions of successive crime will not be applied⁴⁰.

There was no requirement of “committing the crime against the same person” in the period of TPC Nr. 765. Therefore at that time, there was a debate about whether or not the provisions of successive crime could be applied in the event that the victims are different persons. However the prevailing opinion in doctrine accepted that the provisions of successive crime can also be applied where the crimes are committed against different persons since the expression “against the same person” was not provided in the code. Another opinion made a distinction among the crimes and asserted that the provisions of successive crime can be applied to crimes against property where the crimes are committed against different victims but can not be applied to the crimes committed against life and physical integrity.⁴¹ Eventually such discussions were finalized by being added the expression “against the same person” to the current code.

As understood from all these expressions, the victim must be correctly identified. If the perpetrator knows or may know that the victim of the crimes is not the same person, the provisions of successive crime can no longer be applied. Accordingly the provisions in relate to successive crime can not be applied to the thief who stole the things from the cupboards on which the owner name is written⁴². However, in the case in which some items are stolen from a family house, in which the items belong to the different members of the family, the Turkish Supreme Court accepts that only one crime is committed here, yet when the house is not occupied by a single family but is rather a shared house and the rooms are separated and if the perpetrator also knows or may know this circumstance, the Court of Cassation identifies these crimes as different crimes⁴³. Similarly the Court of Cassation did not apply the provisions of successive crime and accepted that three separate crimes were committed when three different bags on different desks in a classroom were stolen⁴⁴. The provisions of the successive crime shall also be applied to the crimes where the victim is not a specifically identifiable person due to a special regulation which was newly added to the code (TPC art. 43/1).

³⁹ Özgenç, 592

⁴⁰ Öztürk and Erdem, 399.

⁴¹ See for discussions: Sancar, 108, 109.

⁴² Özgenç, 597.

⁴³ See: Yaşar, Gökcan and Artuç, V. I, 1243.

⁴⁴ YCGK, 13.10.1998, 304 (Hakeri, 630).

Thus where the offence is committed against public, the provisions regarding successive crime shall also be applied, provided that the offence in question has been committed in the course of the enforcement of a decision to commit one crime. Accordingly, the Turkish Supreme Court implements the provisions regarding the successive crime in terms of collusive tendering (TPC art. 235)⁴⁵. However in our opinion, the rule of real joinder should be applied but not the provisions of successive crime where the victim of an offence against public or state is certain directly⁴⁶.

D. Committing the Crimes in the Course of Enforcement of a Decision to Commit One Crime

The most important application condition of successive crime is that the crimes are committed in the course of enforcement of a decision to commit a single crime. Accordingly even though these crimes are committed more than once against the same person, the provisions regarding the successive crime can not be applied if these crimes are not committed in the course of the enforcement of decision to commit a crime.

Within this framework, what “the decision to commit one crime” means must be set forth. The perpetrator must act with the will to commit the same crime while committing the crimes against the victim. It is stated that the will in question, which also involves the intention, is a subjective element⁴⁷. In this sense after the perpetrator commits an act, where he commits the same act once more by taking advantage of the situation, a decision to commit one crime is out of the question⁴⁸. Likewise, if the perpetrator arrives at a decision on committing the act for the second time after the first act has been committed, this condition will not be fulfilled and the provisions regarding successive crime can not be applied. In other words, the decision to commit the subsequent acts must be made before the first act has been committed. This decision must be made, at the latest, when the first act is committed⁴⁹.

Crimes of negligence can not be the object of the successive crime⁵⁰ because the existence of knowledge and intent, or at least foreseeing and remaining unresponsive, is necessary for the decision to commit a crime. However, because of the fact that the existence of crimes of negligence depend on a failure to discharge a duty of care and attention, it is not possible for the perpetrator to act on the decision to commit a crime⁵¹.

⁴⁵ Y. 5. CD., 05.02.2013, 848 (Hakeri, 631).

⁴⁶ See: Öztürk and Erdem, 399; see for example: Koca and Üzülmöz, 518; Akbulut, 720; Keskinsoy, 346.

⁴⁷ Tosun, 136; Sancar, 96, 98; İçel, Sokullu Akıncı, Özgenç, Sözüter, Ünver and Mahmutoğlu, 445; Özgenç, 599; Koca and Üzülmöz, 519; Hakeri, 625; Demirbaş, 542; Akbulut, 708; Keskinsoy, 342.

⁴⁸ Yaşar, Gökcan and Artuç, V. I, 1239.

⁴⁹ Hakeri, 626; Yaşar, Gökcan and Artuç, V. I, 1238.

⁵⁰ Tosun, 130; Demirbaş, 540; Öztürk and Erdem, 400; Keskinsoy, 342.

⁵¹ Hakeri, 627. However it is pointed out that there are different opinions about this issue. See: Sancar, 71. As a matter of fact one opinion in the doctrine argues that the provisions regarding the successive crime applied in the intentional crimes shall primarily be applied in the negligent crimes which have less intensity of injustice than intentional crimes (İçel, 147).

The determination of the existence of the decision to commit a crime is assessed by the judge⁵², considering the circumstances of each concrete case⁵³. In order to do this, specific criteria are taken into account⁵⁴. Accordingly, the similarities among crimes with regard to the way in which they are committed⁵⁵ are taken into consideration by the doctrine⁵⁶. This circumstance has been clearly expressed in the Court of Cassation's decisions⁵⁷.

In this respect, there is not a general rule for the time interval between the first and second crimes⁵⁸. Certainly the time interval between the crimes is not the only criterion here. While it may not be possible to apply the provisions regarding successive crime in some cases where the time interval between two crimes is too short, it may also be possible in some cases where the time interval between two crimes is too long. Nevertheless, the time intervals between crimes can be used as an important criterion in terms of the determination of the existence of a decision to commit one crime⁵⁹.

III. The Consequence of the Application of Successive Crime

If it is determined that the aforementioned conditions are met, the perpetrator will not be punished for each of these crimes separately but instead for only a single crime⁶⁰.

However the sentence shall be increased to a certain extent. This extent is indicated in the code. Accordingly, the sentence that will be imposed is increased from one-fourth to three-fourths. This increase is made upon the final sentence by being taken into the TPC art. 61 which stipulates the provisions regarding the determination of the punishment. This regulation outlines when the increase based on the successive crime should be made. Firstly in this context, the basic sentence will be determined. Secondly if there are the qualified versions of the crime which require a penalty higher or lower than the basic version of that crime, the basic penalty is first increased, then reduced. Finally, the provisions regarding attempt, participation and successive crime are respectively applied upon the determined sentence.

The sentence is determined according to the completed crime even though one of the crimes within the successive crime is completed but the other crimes are attempted.

⁵² Tosun, 136.

⁵³ İçel, Sokullu Akıncı, Özgenç, Sözüer, Ünver and Mahmutoğlu, 436; Özgenç, 599; Akbulut, 723.

⁵⁴ YCGK, 01.06.1999, 1999/6-122-1999/145 (Yaşar, Gökcan and Artuç, V. I, 1240).

⁵⁵ The fact that the crimes are committed in the same place can show that there is only one decision to commit one crime (Sancar, 102).

⁵⁶ Sancar, 99 vd.; Hakeri, 628; Zafer, 508, Öztürk and Erdem, 400.

⁵⁷ See: YCGK, 20.04.1999, 5/61-74 (Yaşar, Gökcan and Artuç, V. I, 1239).

⁵⁸ Sancar, 101.

⁵⁹ Sancar, 101; Hakeri, 627.

⁶⁰ Öztürk and Erdem, 400.

In other words, the attempt provision is considered in terms of the determining of the punishment only if all of the crimes are attempted. In our opinion, the attempted crime must be taken into account when determining the extent of the increase of the punishment in accordance with the successive crime provisions where one of the crimes is completed and the other is attempted. Consequently, there must certainly also be a difference between the fact that the subsequent crime has been completed or attempted.

IV. The Exception of the Application of Successive Crime

An exceptional regulation preventing the application of the rule in question is provided in the provisions regarding successive crime. Accordingly, the provision which regulates successive crime shall not apply to intentional homicide, intentional injury, torture and robbery (TPC art. 43/3).

Before the amendment in the Law No 5377, dated 29.06.2006, the offence of sexual assault and the offence of sexual abuse of a child were among the exceptional crimes. These two crimes have been excluded from the list by the aforementioned law. As justification, the problem of evidence in these crimes and the amount of nonproportional punishment have been shown. As a matter of fact, it is obvious that it is very hard to prove how many offences of sexual assault were committed against the victim by a perpetrator who incarcerated the victim in a house. However, it should be emphasized that the same difficulty is also valid in terms of torture or robbery⁶¹.

Consequence

We must underline that the regulation of successive crime is very reasonable. Likewise, it should be stated that this regulation of in Turkish criminal law has played an important role to prevent nonproportional punishment. However, imposing only one punishment for crimes, including serious results in terms of physical integrity such as intentional homicide, intentional injury would lead to unjust consequences. So the provisions of successive crime will not be applied in terms of intentional homicide, intentional injury, torture or robbery (TPC art. 43/3).

Grant Support: The author received no financial support for this work.

⁶¹ Özgenç, 602.

References

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (4th, Adalet 2017).
- Artuk ME, Gökçen A, Aļşahin ME and Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11th, Adalet 2017).
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12th, Seçkin 2017).
- Dönmezer S and Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, V. I* (7th, Sermet 1979).
- Göktürk N, 'Türk Hukukunda Suçların İçtimai' (2014) 1-2 V II Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 31-59.
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21st, Adalet 2017).
- Hakeri H, 'Alman Ceza Hukukunda Müteselsil Suç' (October 1999) Kamu Hukuku Arşivi Dergisi 239-266.
- Hakeri H, Tekin D, Kartal M and Tunç K, 'Turkish Criminal and Criminal Procedure Law' in M. Refik Korkusuz (ed) *Turkish Public Law* (1st, Seçkin 2018).
- İçel K, *Suçların İçtimai* (1st, İstanbul 1971).
- İçel K, Sokullu Akıncı F, Özgenç İ, Sözüer A, Ünver Y and Mahmutoğlu FS, *Suç Teorisi* (4th, Beta 2004).
- Keskinsoy Ö, 'Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Müteselsil Suçla Alakalı Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2005) N 61 TBB Dergisi 340-351.
- Koca M and Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10th, Seçkin 2017).
- Kunter N, 'Müteselsil Suç ve Af' XVII (3-4) İHFM 892-902.
- Özbek VÖ, Doğan K, Bacaksız P and Tepe İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8th, Seçkin 2017).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13th, Seçkin 2017).
- Öztürk B and Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (17th, Seçkin 2017).
- Sancar TY, *Müteselsil Suç* (1st, Seçkin 1995).
- Taner T, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (1st, İstanbul 1949).
- Tosun Ö, 'Müteselsil Suçlar' (V. XXII) 1-4 İHFM 124-149.
- Yaşar O, Gökcan HT and Artuç M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Hukuku V. I* (2nd, Adalet 2014).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ÇEVİRİ / TRANSLATION

Başvuru: 01.10.2018
Revizyon Talebi: 02.05.2019
Son Revizyon Tarihi: 17.05.2019
Kabul: 20.06.2019

Tüketici İşlemlerinde Sözleşmeye Aykırı Tüketim Malının İkame Edilmesine Kadarki Sürede Bu Malın Kullanımına Karşılık Değer Tazminatı İstenememesi

Avrupa Adalet Divanı'nın 17.4.2008 tarihli C-404/06 numaralı dava dosyasına ilişkin hükmü

Ahmet Hakan Dağdelen^{*}

Öz

Divan'ın önüne gelen aşağıdaki olayın konusu, ayıplı malın değiştirilmesine kadar geçen sürede, tüketiciden bu malın kullanılmasına karşılık olarak bir bedel talep edilip edilemeyeceğine ilişkindir. Alman Mevzuatı satıcıya bu yönde imkân sunarak, alıcıdan bu bedeli talep etmesine izin vermektedir. Divan'a yöneltilen soruda, Alman Mevzuatı'ndaki bu kabulün Topluluk Hukuku ile bağdaşır bağdaşmadığı incelenmektedir. Divan, satıcının seçilen tedbir türünü ivazsız gerçekleştirmek zorunda olduğundan hareketle, Alman Mevzuatı'nı Topluluk Hukuku ile bağdaşır bulmamıştır. Her ne kadar hükmün gerekçesi tartışmaya açık ve hükümde alıcının da ayıplı malın satım bedelinden önceden yarar elde ediyor oluşu üzerinde durulmasa da, hüküm vardıgı sonuç ile adil görünmektedir.

Anahtar Kelimeler

Tüketicinin korunması • 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi • Tüketim malları satımı ve bunlara ilişkin garantiler • Satıcının sözleşmeye aykırı bir tüketim malı için ikame tesliminde bulunması durumunda sözleşmeye aykırı malın kullanımına ilişkin değer tazminatı isteme hakkı, sözleşmeye aykırı tüketim malının kullanımının ivazsızlığı

No Charge for the use of the Goods not in Conformity Until Their Replacement with New Goods in Consumer Transactions

Abstract

The following judgment of the European Court of Justice deals with the problem whether the seller may require compensation from the consumer for the use of the goods not in conformity until their replacement with new goods. According to German Legislation, the seller is entitled to payment by way of compensation for the benefits derived by the purchaser from the use of those goods until their replacement with new goods. The question brought to Court of Justice is whether the provisions of German Civil Code are in compliance with the Community legislation. The Court has found German legislation not in conformity with the Community Legislation on the ground that the demanded remedy had to be completed without any financial burden on the consumer. Even though the grounds of the judgment seem not so convincing and the court did not discuss the fact that the seller also got benefits from the payment in advance for a defective good, the ruling seems fair in conclusion.

Keywords

Consumer protection • Directive 1999/44/EG • Sale of consumer goods and associated guarantees • Right of the seller, Where goods not in conformity are replaced, to require the consumer to pay compensation for the use of those goods, no charge for the use of the goods not in conformity

* Sorumlu Yazar: Ahmet Hakan Dağdelen (Dr. Öğr. Üyesi), Beykent Üniversitesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: hakandagdelen@beykent.edu.tr ORCID: 0000-0003-3794-1333

Atf: Dağdelen AH, "Tüketici İşlemlerinde Sözleşmeye Aykırı Tüketim Malının İkame Edilmesine Kadarki Sürede Bu Malın Kullanımına Karşılık Değer Tazminatı İstenememesi Avrupa Adalet Divanı'nın 17.4.2008 tarihli C-404/06 numaralı dava dosyasına ilişkin hükmü" (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası ?? <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0004>

QUELLE
DİVAN HÜKMÜ (Birinci Daire)
17 Nisan 2008¹

C-404/06 numaralı dava dosyasında,

ATKA'nın² 234. maddesine dayanan, Federal Yüksek Mahkeme (Almanya) tarafından 16 Ağustos 2006 tarihli karar ile ibraz edilen, Divan'a 28 Eylül 2006'da intikal eden,

Quelle AG

karşısında

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände

davasındaki bir ön karar başvurusuna ilişkin,

DİVAN'ın (Birinci Daire)

Daire Başkanı P. Jann (Raportör), Hakimler A. Tizzano, A. Borg Barthet, M. Ilešič ve E. Levits oluşumunda,

Genel Vekil: V. Trstenjak,

İdari Başkan: Yönetici B. Fülöp,

yazılı yargılama gereğince ve 4 Ekim 2007 tarihli duruşma üzerine,

- Quelle AG, Avukat A. Piekenbrock aracılığı ile temsil edilmekte,
- Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, Avukatlar P. Wassermann ve J. Kummer aracılığı ile temsil edilmekte,
- Alman Hükümeti, temsilciler M. Lumma ve J. Kemper aracılığı ile temsil edilmekte
- İspanya Hükümeti, temsilci N. Díaz Abad aracılığı ile temsil edilmekte
- Avusturya Hükümeti, temsilci C. Pesendorfer aracılığı ile temsil edilmekte,
- Avrupa Toplulukları Komisyonu, temsilciler A. Aresu, B. Schima ve I. Kaufmann-Bühler aracılığı ile temsil edilmekte,

tarafından yapılan açıklamalar dikkate alınarak,

15 Kasım 2007 tarihli oturumda Genel Vekil'in görüşünün dinlenmesinden sonra

verdiği takip eden

¹ Yargılama dili: Almanca

² Çevirenin notu: Avrupa Topluluğu Kuruluş Anlaşması.

Hüküm

- 1 Ön karar başvurusu, 25 Mayıs 1999 tarihli Tüketim Malları Satımının ve Tüketim Malları için verilen Garantilerin Belirli Bazı Yönleri Hakkında 1999/44 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi'nin (Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi L 171, s. 12, hükmün devamında: Yönerge) 3. maddesinin yorumuna ilişkindir.
- 2 Bu başvuru, postayla alışveriş şirketi Quelle AG (hükmün devamında: Quelle) ve listeli tüketici birliği vasfında Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände (hükmün devamında: Bundesverband³) arasındaki bir hukuki uyuşmazlık çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bundesverband, Quelle'nin bir müşterisi Bayan Brüning tarafından, Bayan Brüning'in haiz olduğu talepleri ileri sürmesi için yetkilendirilmiştir.

Hukuki çerçeve

Topluluk Hukuku

- 3 Yönerge, ATKA'nın 95. maddesi temelinde çıkarılmıştır. Yönerge'nin ilk gerekçesinde hatırlatılmaktadır ki, ATKA'nın 153. maddesinin 1. ve 3. fıkraları uyarınca Avrupa Topluluğu ATKA'nın 95. maddesi uyarınca çıkardığı tedbirler ile, tüketicinin korunmasında yüksek bir seviyeye ulaşılmasına katkıda bulunur.
- 4 Yönerge'nin 3. maddesi ("Tüketicinin hakları") şu şekildedir:

"(1) Satıcı, tüketim malının teslimi anında mevcut her türlü sözleşmeye aykırılıktan tüketici karşısında sorumludur.

(2) Sözleşmeye aykırılıkta, tüketici ya 3. fıkra ölçüsünce ıslah veya ikame teslimi ile sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin ivazsız gerçekleştirilmesine, ya da 5. ve 6. fıkralar ölçüsünce ilgili tüketim malının satım bedelinde uygun bir indirim veya sözleşmenin çözülmesine yönelik bir talebi haizdir.

(3) Tüketici, satıcıdan öncelikle tüketim malının ivazsız ıslahını veya ivazsız bir ikame teslimi isteyebilir, yeter ki bu gayrimümkün veya ölçüsüz olmasın.

Bir tedbir, ... alternatif tedbir ile karşılaştırıldığında satıcıya namakul masraflar doğuracaksa, ölçüsüz kabul edilir.

Islahın veya ikame tesliminin, uygun bir süre içinde ve tüketiciye fazla sıkıntı vermeden gerçekleştirilmesi gerekir, bu bağlamda tüketim malının türünün ve

³ Çevirenin notu: "Bundesverband" kelimesi Türkçe'ye "Federal Birlik" olarak çevrilebilecekse de anlam ve kavram karmaşası yaratmamak için Türkçe metinde olduğu gibi bırakılmıştır.

tüketicinin tüketim malına hangi sebepten ihtiyaç duyduğunun göz önünde bulundurulması gerekir.

(4) 2. ve 3. fıkradaki “ivazsız” kavramı, sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin gerçekleştirilmesi için gerekli olan masrafları, özellikle gönderim, iş gücü ve malzeme masraflarını, kapsar.

(5) Tüketici

- ne ıslaha ne de ikame teslimine yönelik talebi haizse veya
- satıcı uygun bir süre içerisinde tedbiri gerçekleştirmiş değilse veya
- satıcı tüketiciye fazla sıkıntı vermeden tedbiri gerçekleştirmiş değilse

satım bedelinde uygun bir indirim veya sözleşmenin çözülmesini isteyebilir.

...”

5 Yönerge'nin 15. gerekçesi uyarınca, “Üye devletler, malın tüketici tarafından teslimden itibaren kullanımını hesaba katmak için, tüketiciye yapılacak bir geri ödemede indirimle gidilebileceğini öngörebilir. Sözleşmenin çözülmesinin icrasının yapılandırılması ile ilgili düzenlemeler, devlet içi hukuk dâhilinde yapılabilir.”

6 Yönerge'nin 5. maddesinin (“Süreler”) 1. fıkrasının 1. cümlesi şu şekildedir:

“Sözleşmeye aykırılık, tüketim malının tesliminden sonraki iki sene içinde belirdiğinde, satıcı 3. madde uyarınca sorumludur.”

7 Yönerge'nin 8. maddesinin (“Devlet içi hukuk ve asgari koruma”) 2. fıkrası şu şekildedir:

“Tüketiciler için daha yüksek bir koruma seviyesini güven altına almak için, üye devletler bu Yönerge'nin kapsadığı alanda, Sözleşme ile uyumlu daha ağır düzenlemeler çıkarabilir veya bunları ayakta tutabilir.”

Milli Hukuk

8 Alman Medeni Kanunu'nun (hükümün devamında: BGB) Yönerge'nin Alman Hukuku'na iktibası amacıyla çıkarılan hükümlerine, bilhassa §§ 439 ve 346 dâhildir.

9 § 439 (“Telafi ifası”) fıkra 4 BGB şu şekildedir:

“Satıcı telafi ifası amacıyla ayıptan ari bir şey teslim ederse; o, alıcıdan ayıplı şeyin iadesini §§ 346 – 348 ölçüsünce isteyebilir.”

10 § 346 (“Dönmenin sonuçları”) fıkralar 1 – 3 BGB şu şekildedir:

“(1) Bir sözleşme tarafı, dönme hakkını kendisi için sözleşmede saklı tuttu veya kanundan doğan bir dönme hakkını haiz ise, dönme durumunda alınan edimlerin geri verilmesi ve elde edilen yararların teslim edilmesi gerekir.

(2) İade veya teslim yerine,

1. elde edilenin yapısı gereği iade veya teslimin gayrimümkün olduğu,
2. borçlunun alınan şeyi tükettiği, elden çıkarttığı, yükümlendiği, işlediği veya dönüştürdüğü,
3. alınan şeyin bozulduğu veya yok olduğu, buna karşın özgülemeye uygun kullanım sonucu ortaya çıkan bozulma dikkate alınmaz,

kadarıyla borçlunun değer tazminatı⁴ ifa etmesi gerekir.

Sözleşmede bir karşı edim belirlendi ise, bu edimin değer tazminatı hesabında temel alınması gerekir. Değer tazminatının, bir tüketim ödücünün kullanım faydasına karşılık ifa edilmesi gerekir ise, kullanım faydası değerinin daha az olduğu ispat edilebilir.

(3) Değer tazminatı yükümlülüğü,

1. dönme hakkı veren ayıp, kendini ilk defa şeyin işlenmesi veya dönüştürülmesi esnasında gösterdi ise,
2. bozulmanın veya yok olmanın alacaklıya izafe edilmesi gerekeceği veya zarar onda da aynı şekilde vuku bulacak olduğu kadarıyla,
3. kanundan doğan bir dönme hakkı durumunda, kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermesine karşın, bozulma veya yok olma hak sahibinde vuku buldu ise düşer.

Arda kalan bir zenginleşmenin teslim edilmesi gerekir.

11 § 100 (“Yararlar”) BGB şu şekildedir:

“Yararlar, bir şeyin veya hakkın meyveleri ve ayrıca şeyin veya hakkın kullanımının sağladığı faydalardır.”

Temel dava ve yöneltilen soru

12 2002 Ağustos’unda, Quelle, Bayan Brüning’in özel kullanımı için, kendisine

⁴ Çevirenin notu: “Wertersatz” kelimesinin çevirisinde “İkame değer” ifadesi de düşünülebilir.

bir ‘‘Ocak takımı’’ teslim etti. 2004 başında, Bayan Brüning ekipmanın sözleşmeye aykırı olduğunu tespit etti. Bir onarım mümkün olmadığından, Bayan Brüning ekipmanı, bunu bir yenisi ile ikame eden Quelle’ye geri verdi. Buna karşın Quelle, Bayan Brüning’ten, en baştan teslim edilen ekipmanın kullanımından elde ettiği faydalara karşılık değer tazminatı olarak 69,97 Euro ödemesini istedi.

- 13 Bundesverband, Bayan Brüning tarafından verilen yetkilendirmeye dayanarak, bu meblağın alıcıya geri ödenmesini talep etti. Bunun yanı sıra Bundesverband, Quelle’nin satım sözleşmesine uygun olmayan tüketim malının (hükmün devamında: sözleşmeye aykırı tüketim malı) ikamesinin teslimi durumunda, ayıplı malın kullanımının fatura edilmesinden kaçınmaya mecbur tutulması başvurusunda bulundu.
- 14 İlk derece mahkemesi ödeme talebini haklı gördü, bunun yanında Quelle’nin sözleşmeye aykırı tüketim mallarının kullanımının fatura edilmesinden kaçınmaya mecbur tutulması başvurusunu ret etti. Bu karar karşında hem Quelle hem de Bundesverband tarafından istinafta ileri sürülen dayanaklar ret edildi. Kendisinde temyiz yoluna gidilen Federal Yüksek Mahkeme’nin yaptığı tespite göre, § 346 fıkra 1 ve fıkra 2 bent 1 ile bağlantılı olarak § 439 fıkra 4 BGB’den anlaşılmaktadır ki, satıcı ayıplı bir şeyin ikamesinin teslimi durumunda, alıcının bu şeyden, bunun yeni bir şey ile değiştirilmesine kadarki sürede kullanması sonucu elde ettiği faydalara karşılık değer tazminatı isteyebilir.
- 15 Her ne kadar Federal Yüksek Mahkeme, alıcının sırtına bu şekilde tek taraflı olarak bindirilen yük karşısında şüpheleri olduğunu dile getirirse de, yine de milli düzenlemeyi yorum yolu ile düzeltmenin bir yolunu görmediğine işaretle bulunmaktadır. Mahkemenin ifadesine göre, satıcının alıcıdan, değiştirilen şeyin kullanımına karşılık değer tazminatı isteyemeyeceği tabirinde bir yorum, açıkçası hem ilgili düzenlemelerin lafzına hem de kanun koyucunun ifade edilen sarih iradesine aykırıdır, bunun yanı sıra içtihatın, hukuka ve kanuna bağlı olduğunu ifade eden Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca da caiz değildir.
- 16 Ancak Federal Yüksek Mahkeme, BGB hükümlerinin Topluluk Hukuku ile uyumluluğu konusunda kuşku sahibi olduğundan, davayı beklemeye aldı ve Divan’a cevaplanması için takip eden soruyu yöneltti:

Yönerge’nin 3. maddesinin 3. fıkrasının 3. cümlesindeki ya da 3. fıkranın 1. cümlesi ve 4. fıkra ile bağlantılı olarak 3. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemelerin, bunların bir milli yasa kuralına, ki bu milli yasa kuralına göre

sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin ikame teslimi ile gerçekleştirilmesi durumunda satıcı tüketiciden en baştan teslim edilen sözleşmeye aykırı tüketim malının kullanımına karşılık değer tazminatı isteyebilmektedir, engel olduğu yönünde mi yorumlanması gerekir?

Yöneltilen soruya ilişkin

- 17 Başvuruda bulunan mahkeme bu soru ile esasen Yönerge'nin 3. maddesinin, bunun bir milli yasa kuralına, ki bu milli yasa kuralı satıcıya, satıcı sözleşmeye aykırı bir tüketim malı teslim ettiğinde, tüketiciden bu malın yeni bir tüketim malı ile değiştirilmesine kadarki sürede kullanımına karşılık değer tazminatı isteme imkânı vermektedir, engel olduğu yönünde mi yorumlanmasının gerektiğini bilmek istemektedir.

Kabul edilebilirliğe ilişkin

- 18 Duruşmada Quelle, yöneltilen sorunun kabul edilemez olduğunu, zira başvuruda mahkemenin, Yönerge'nin iç hukuka iktibası amacıyla çıkarılan milli düzenlemelerin sadece tek bir yoruma izin verdiğine ve Alman Anayasa Hukuku'nun bu mahkemenin kanuna aykırı bir yorumda bulunmasına izin vermediğine işarette bulunduğunu ileri sürmüştür. Quelle'ye göre, Divan, Yönerge'nin 3. maddesini başka bir tabirde yorumlayacak olsa, başvuruda bulunan mahkeme Divan'ın bu cevabını göz önünde bulunduramazdı.
- 19 Buna ilişkin işarette bulunulması gerekir ki, milli mahkemeler ve Divan arasında açık bir görev ayırımına dayanan ATKA'nın 234. maddesi uyarınca bir davada, hukuki olayın özellikleri açısından hem kendi hükmünün verilmesi için bir ön kararın gerekliliğini, hem de Divan'a yöneltilen soruların önemini, sadece hukuki uyumsuzluk ile ilgilenen ve verilecek karar kendi sorumluluk alanına düşen milli mahkemenin değerlendirmesi gerekir. Bundan dolayı, sorular Topluluk Hukuku'nun yorumuna ilişkin olduğunda, Divan'ın kural olarak kendisine yöneltilen sorular üzerinde durması lazım gelir (krşl. diğerleri arasında 22 Haziran 2006 tarihli Conseil général de la Vienne Hükmü, C-419/04, derleme 2006, I-5645, paragraf 19; 18 Temmuz 2007 tarihli Lucchini Hükmü, C-119/05, derleme 2007, I-6199, paragraf 43).
- 20 Divan, milli bir mahkemenin yöneltilen bir sorusu hakkında karar vermektensez, Topluluk Hukuku'nun sorulan yorumunun gerçeklik veya temel davanın konusu ile açıkça hiçbir bağlantısı olmadığında, problem varsayıma dayalı bir yapıda olduğunda veya mahkeme Divan'a yöneltilen soruların esastan cevaplanması için gereken gerçekçi ve hukuki açıklamaları sunmadığında imtina edebilir (krşl. diğerleri arasında Conseil général de la Vienne Hükmü, paragraf 20; Lucchini Hükmü, paragraf 44).

- 21 Böyle bir durum burada mevcut değildir.
- 22 Divan'ın Yönerge'nin yorumuna ilişkin bir soruyu cevaplamasından sonra milli mahkeme için milli hukuku Divan tarafından ortaya koyulan ilkeleri dikkate alarak (bu tabirde krşl. 5 Ekim 2004 tarihli Pfeiffer ve Diğerleri Hükümü, C-397/01 – C-403/01, derleme 2004, I-8835, paragraf 113 – 116; 4 Temmuz 2006 tarihli Adeneler ve Diğerleri Hükümü, C-212/04, derleme 2006, I-6057, paragraf 110 – 112) bu cevap ışığında yorumlamanın mümkün olup olmadığına ilişkin belirsizlik, Divan'ın soru üzerinde durma yükümlülüğüne bir etkide bulunamaz. Aksi yönde bir sonuç, ATKA'nın 234. maddesi ile Divan'a tanınan ve esasen Topluluk Hukuku'nun milli mahkemeler tarafından yeknesak bir şekilde uygulanmasını sağlaması gereken yetkilerin amacı ile bağdaşmazdı (6 Aralık 2005 tarihli Gaston Schul Douane-expediteur Hükümü, C-461/03, derleme 2005, I-10513, paragraf 21; 10 Ocak 2006 tarihli IATA ve ELFAA Hükümü, C-344/04, derleme 2006, I-403, paragraf 27).
- 23 Sonuç olarak, ön karar başvurusu kabul edilebilirlik vasfını haizdir.

Sorunun cevaplanmasına ilişkin

- 24 Bundesverband ile İspanya ve Avusturya Hükümetleri yanında, Avrupa Toplulukları Komisyonu'nun kanaatine göre Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrası açıkça ortaya koymaktadır ki, sadece sözleşmeye aykırı tüketim malının satıcı tarafından ıslahının değil, bununla beraber gerektiğinde bu malın sözleşmeye uygun bir tüketim malı ile değiştirilmesinin de tüketici için ivazsız gerçekleştirilmesi gerekir. Bu bağlamda, ivazsızlık zorunluluğunun alıcıyı haklarını ileri sürmekten alıkoyabilecek tehditkâr finansal yüklerden koruması gereken ayrılmaz bir bütün olduğu ifade edilmektedir.
- 25 Alman Hükümeti'nin kanaatine göre Yönerge'nin lafzı, satıcı sözleşmeye aykırı tüketimin malının değiştirilmesi durumunda bu malın kullanılmasına karşılık bir bedel isteyebilir mi sorusunu düzenlememektedir. Alman Hükümeti, sistematik bir yorumlamada Yönerge'nin 15. gerekçesinde oldukça genel bir hukuk ilkesinin dile geldiğini, bu ilkeye göre ise tüketicinin bir tüketim malının kullanımına karşılık ne zaman bir bedel vermesi gerektiği sorusunun düzenlenmesinin üye devletlere bırakıldığını ifade etmektedir.
- 26 Öncelikle hatırlatılması gerekir ki, Yönerge'nin 3. maddesinin 1. fıkrası uyarınca satıcı, tüketim malının teslimi anında mevcut her türlü sözleşmeye aykırılıktan tüketici karşısında sorumludur.
- 27 Yönerge'nin 3. maddesinin 2. fıkrası, tüketicinin teslim edilmiş tüketim malının sözleşmeye aykırılığında satıcı karşısında haiz olduğu talepleri saymaktadır.

- Öncelikle tüketici sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin gerçekleştirilmesini isteyebilir. Tüketici, sözleşmeye uygun hâlin gerçekleştirilmesini elde edemezse, ikinci bir adımda satım bedelinde bir indirim veya sözleşmenin çözümlenmesini isteyebilir.
- 28 Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrası öngördüğü üzere, sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin gerçekleştirilmesine ilişkin olarak, tüketici satıcıdan tüketim malının ivazsız ıslahını veya ivazsız bir ikame teslimi isteyebilir, yeter ki alacağının ifası imkânsız veya alacak ölçüsüz olmasın.
- 29 Alman Hükümeti, ikisi de Komisyon tarafından sunulmuş, hem çıkarılacak bir Tüketim Malları Satımı ve Garantileri hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi'ne ilişkin teklifte (96/C 307/09) (ATRG 1996, C 307, s. 8) hem de çıkarılacak bir Tüketim Malları Satımı ve Garantileri hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi'ne yönelik değişikliğe uğramış teklifte (98/C 148/11) (ATRG 1998, C 148 s. 12) sadece “kullanılabilir duruma ivazsız getirme” veya “ikame teslimi” ile ilgili bahis mevzu olduğunu söylemektedir. Alman Hükümetine göre, ikame tesliminin finansal sonuçlarına ilişkin bu susma, kullanma tazminatına ilişkin sorunun Yönerge ile düzenlenmek istenmediğini göstermektedir.
- 30 Ancak bu durum tamamen önemsizdir, zira dayanağını 24 Eylül 1998 tarihinde Konsey tarafından kabul edilen Yönerge'nin çıkarılmasına ilişkin 51/98 numaralı Müşterek Görüş'te bulan (ATRG 1998 C 333, s. 46) “ivazsız ıslah ... veya ... ivazsız ikame teslimi” ifadesi nihai metinde korunmuştur, ki bu Topluluk Kanun Koyucusu'nun tüketicinin korunmasının güçlendirilmesine yönelik iradesini dile getirmektedir.
- 31 Burada geçen “ivazsız” kavramı, Yönerge'nin 3. maddesinin 4. fıkrasındaki tanıma göre “sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin gerçekleştirilmesi için gerekli olan masrafları, özellikle gönderim, iş gücü ve malzeme masraflarını” kapsar. “Özellikle” zarfının Topluluk Kanun Koyucusu tarafından kullanımından, bu sıralamanın sadece örnekler içerdiği ve sınırlayıcı yapıda olmadığı sonucu çıkmaktadır.
- 32 Alman Hükümeti tarafından ifade edilen durum, Konsey – Parlamento İletişim Komisyonu'nun 18 Mart 1999 tarihli tüketim malları için verilen garantiler üzerinde uzlaşma hakkında C/99/77 numaralı Basın Açıklaması'nın “ivazsız” kavramını dar yorumluyor oluşu, bu bağlamda önemsizdir. Yerleşik içtihata göre, bir Konsey protokolüne alınmış bir açıklama, bu açıklama hakkın doğduğu bir düzenlemede bir dayanak bulmadığında, bu düzenlemenin yorumlanmasında göz önüne alınamaz (diğerleri arasında krşl. 26 Şubat 1991

tarifli Antonissen Hükümü, C-292/89, derleme 1991, I-745, paragraf 18; 10 Ocak 2006 tarihli Skov ve Bilka Hükümü, C-402/03, derleme 2006, I-199, paragraf 42).

- 33 Buna göre hem Yönerge'nin lafzından hem de ilgili hazırlık çalışmalarından, Topluluk Kanun Koyucusu'nun sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin satıcı tarafından gerçekleştirilmesinin ivazsızlığını, Yönerge ile sağlanan tüketici korunmasının önemli bir parçası yapmak istediği anlaşılmaktadır.
- 34 Satıcıya yüklenen bu ıslah ya da sözleşmeye aykırı tüketim malının değiştirilmesi ile sözleşmeye uygun tüketim malı hâlini ivazsız gerçekleştirme yükümlülüğü, tüketiciyi, Genel Vekil'in de görüşünün 49 numaralı paragrafında ifade ettiği gibi, bu tip bir korumanın yokluğunda taleplerini ileri sürmekten alıkoyabilecek tehditkâr finansal yüklerden korumalıdır. İvazsızlığın Topluluk Kanun Koyucusu tarafından istenen bu garantisi şu anlama gelmektedir ki, satıcının ilgili sözleşme bağlamında sözleşmeye uygun tüketim malı halinin gerçekleştirilmesine ilişkin kendi yükümlülüğünün yerine getirilmesi çerçevesinde hiçbir finansal alacağı yoktur.
- 35 Bu yorum, Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının 3. bendindeki Topluluk Kanun Koyucusu'nun etkili bir tüketici korunması sağlanmasına yönelik iradesiyle onaylanmaktadır. Filhakika, bu düzenlemeye göre ıslah veya ikame tesliminin sadece uygun bir süre içerisinde değil, bununla beraber tüketiciye fazla sıkıntı vermeden gerçekleştirilmesi gerekir.
- 36 Bu yorum, Yönerge'nin ilk gerekçesinden de anlaşıldığı gibi, varlığı ile tüketicinin korunmasında yüksek bir seviyeye ulaşılması amacıyla bir katkı sağlanması gereken Yönerge'nin hedefine de uygundur. Yönerge'nin 8. maddesinin 2. fıkrasından anlaşıldığı gibi, Yönerge asgari bir koruma öngörmektedir, üye devletler daha ağır düzenlemeler çıkarabilirse de, Birlik Kanun Koyucusu tarafından öngörülen garantilere ızzar edemez.
- 37 Alman Hükümeti tarafından bu tip bir yorum karşısında ileri sürülen diğer argümanlar, bu yorumdan şüphe duyulması için yeterli değildir.
- 38 Sözleşmeye aykırı malın tüketici tarafından kullanımını göz önünde bulundurmaya müsaade eden Yönerge'nin 15. gerekçesine verilmesi gereken anlama ilişkin ilk olarak işarette bulunulması gerekir ki, bu gerekçenin ilk bölümü tüketiciye yapılacak bir "geri ödeme" ile ilgili bulunurken, ikinci bölüm "sözleşmenin çözülmesinin icrasının yapılandırılması" ile ilgilenebilmektedir. Bu ifadeler, Alman Hükümeti'nin de işarette bulunduğu Konsey'e ait Müşterek Görüş'te kullanılanlar ile örtüşmektedir.

- 39 Bu terminoloji kolayca farkına vardırıtmaktadır ki, 15. gerekçe sadece Yönerge'nin 3. maddesinin 5. fıkrasında öngörülen, elde edilen faydaların karşılıklı olarak teslim edilmesi ilkesi uyarınca satıcının tüketim malının satım bedelini tüketiciye geri ödemesi gerekeceği, sözleşmenin çözülmesi durumuna tekabül etmektedir. Alman Hükümeti'nin düşündüğünün aksine, 15. gerekçe böylece üye devletlere dilediği her durumda, Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bir ikame tesliminin istendiği durum da dâhil olmak üzere, sözleşmeye aykırı bir tüketim malının tüketici tarafından kullanımını göz önünde bulundurma yetkisi veren bir genel ilke olarak anlaşılabilir.
- 40 Alman Hükümeti'nin, tüketicinin bir finansal bedel ödemek zorunda kalmadan sözleşmeye aykırı bir tüketim malının değiştirilmesi sonucu yeni bir tüketim malı üzerinde tasarruf etmesinin bir sebepsiz zenginleşme teşkil ettiği iddiasına ilişkin ikinci olarak hatırlatılması gerekir ki, satıcı, tüketim malının teslimi anında mevcut her türlü sözleşmeye aykırılıktan tüketici karşısında sorumludur.
- 41 Satıcı; sözleşmeye aykırı bir tüketim malı teslim ederse, satım sözleşmesinde üstlendiği yükümlülüğü uygun bir şekilde ifa etmemiş olur ve bu yüzden satıcının kötü ifanın sonuçlarını omuzlanması gerekir. Kendi tarafında satım bedelini ödemiş ve böylece sözleşmedeki yükümlülüğünü uygun bir şekilde yerine getirmiş tüketici, sözleşmeye aykırı tüketim malının ikamesi mahiyetinde yeni bir tüketim malı elde etme ile sebepsiz zenginleşmemektedir. O, sadece gecikmeli olarak, aslında ta en başında alması gerektiği gibi, sözleşme hükümlerine uygun bir tüketim malı elde etmektedir.
- 42 Şu da var ki, satıcının finansal çıkarları hem Yönerge'nin 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca iki senelik zamanaşımı süresi hem de ona Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının 2. bendinde tanınan ikame tesliminden bu tedbirin kendisine namakul masraflar doğuracağından ötürü ölçüsüz görünmesinde kaçınma imkânı ile korunmaktadır.
- 43 Tüm bunları takiben, yöneltilen soruya ilişkin cevap şudur ki, Yönerge'nin 3. maddesinin, bunun bir milli yasa kuralına, ki bu milli yasa kuralı satıcıya, satıcı sözleşmeye aykırı bir tüketim malı teslim ettiğinde, tüketiciden sözleşmeye aykırı tüketim malının yeni bir tüketim malı ile değiştirilmesine kadarki sürede kullanımına karşılık değer tazminatı isteme imkânı vermektedir, engel olduğu yönünde yorumlanması gerekir.

Masraflar

- 44 Temel davanın tarafları için bu dava, başvuruda bulunan mahkemedeki derdest hukuki uyuşmazlıktaki bir ara uyuşmazlıktır. Masraflara ilişkin karar, bu

sebepten bu mahkemenin görevidir. Açıklamaların Divan önünde ibrazı için diğer katılanların yaptıkları masrafların tazmini kabil değildir.

Bu gerekçelere dayanarak, Divan'ın (Birinci Daire) verdiği hüküm:

25 Mayıs 1999 tarihli Tüketim Malları Satımının ve Tüketim Malları için verilen Garantilerin Belirli Bazı Yönleri Hakkında 1999/44 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi'nin 3. maddesinin, bunun bir milli yasa kuralına, ki bu milli yasa kuralı satıcıya, satıcı sözleşmeye aykırı bir tüketim malı teslim ettiğinde, tüketiciden sözleşmeye aykırı tüketim malının yeni bir tüketim malı ile değiştirilmesine kadarki sürede kullanımına karşılık değer tazminatı isteme imkânı vermektedir, engel olduğu yönünde yorumlanması gerekir.

İSTANBUL HUKUK MECMUASI YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION PRINCIPLES OF ISTANBUL LAW REVIEW

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki sayı (Haziran ve Aralık) olarak yayımlanır.

Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published biannually (in January and in June) and indexed by ESCI and ULAKBİM.

2. Mecmua'ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.

The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.

3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, kör hakemlik ilkelerine uygun şekilde hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review, in order to be corrected within the frame of principles. Extraordinary clerical errors and not being compatible with the scientific standards are sufficient for a paper to be rejected by the Editorial Board. Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected.

4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adreslerini, ORCID bilgileri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, ORCID numbers, phone number and e-mail address.

5. Mecmua'nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Yazının başlığının Türkçe ve İngilizce çevirisi ile en az 150, en çok 200 sözcükten oluşan özetinin ve beş anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Türkçe makalelerde, çalışmanın kapsamını, amacını, ulaşılan sonuçları ve kullanılan yöntemi kaydeden 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. Title, abstract which consists of 150 to 200 words and five key words must be added to the paper in Turkish and English languages. In the articles submitted in Turkish language, there must be an extended abstract only in English between 600-800 words, summarizing the scope, the purpose, the results of the study and the methodology used.

6. İstanbul Hukuk Mecmuası, metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak sitilinin 4. edisyonunu benimser. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir.

Istanbul Law Review complies with OSCOLA style 4th Edition for referencing and quoting. The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page.

7. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name should be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consists of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e- mail address.

8. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article should contain a bibliography consisting of the sources used in the article at the end and references need to be arranged in alphabetical order of the authors' surnames.

9. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen makalenin çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

10. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra kabul edilen dillerde çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakati da iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

11. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların iuhfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) gönderilmesi gerekmektedir.

In order to submit a paper to be published, it should be sent to iuhfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*

12. Kurallar dâhilinde dergimize yayınlanmak üzere gönderilen çalışmaların her türlü sorumluluğu yazar/yazarlarına aittir.

The responsibility arising from the papers submitted to our journal for publication, belongs to the author(s).